

TOEKOMSTIGE UITDAGINGEN VOOR HET GELIJKEBEHANDELINGSRECHT

Jan-Peter Loof *

Samenvatting | Dit artikel is de bewerking van de toespraak die de auteur hield op het symposium '25 jaar Algemene wet gelijke behandeling: de AWGB in een veranderende samenleving'. In deze bijdrage wordt ingegaan op een aantal uitdagingen waarvoor het gelijkebehandelingsrecht en het College voor de Rechten van de Mens (als belangrijke toepasser van en toetsers aan het gelijkebehandelingsrecht) zich gesteld zien. Die uitdagingen hebben te maken met (1) de grenzen van de gelijkebehandelingsstoets, (2) Europese (jurisprudentiële) ontwikkelingen, (3) maatschappelijke ontwikkelingen en (4) de reikwijdte van het gelijkebehandelingsrecht. Wat betekenen die uitdagingen voor de positie en betekenis van het gelijkebehandelingsrecht en voor de werkzaamheden van het College? En vergen die uitdagingen wellicht ook iets van de wetgever?

Trefwoorden | Gelijke behandeling, discriminatie, AWGB, discriminatiegronden, antidiscriminatievoorzieningen

Navigators van Wolters Kluwer | NTM-NJCM Bull. 2020/20

1 Inleiding: de AWGB en de overige gelijkebehandelingswetten

De overige bijdragen aan deze 'mini-special' staan uitvoerig stil bij dat wat de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) ons in de afgelopen 25 jaar heeft gebracht als het gaat om het bevorderen van gelijke kansen en het tegengaan van maatschappelijke uitsluiting, bij welke winst er is geboekt en bij wat er in de afgelopen 25 jaar is veranderd binnen het gelijkebehandelingsrecht. Daarbij moet niet vergeten worden dat er meer gelijkebehandelingswetten zijn dan de AWGB.

Al voorafgaand aan de AWGB was er, sinds 1 maart 1980, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen¹ die het maken van m/v-onderscheid verbood bij het aangaan van arbeidsovereenkomst, bij aanstelling tot ambtenaar, in de arbeidsvoorwaarden, bij de arbeidsomstandigheden, bij het verstrekken van onderricht, bij de bevordering en bij de beëindiging van het dienstverband. Deze WGB m/v is nog altijd van kracht, naast de AWGB. En al sinds 1975 was er de Wet gelijke beloning mannen en vrouwen.² Na de AWGB volgden de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ; in 2003)³ en de Wet gelijke

■ Mr. dr. J.P. Loof is ondervoorzitter van het College voor de Rechten van de Mens en doceert staatsrecht en mensenrechten aan de Universiteit Leiden. Hij is tevens lid van de redactieadviesraad van dit tijdschrift.

1 Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*Stb.* 1980, 86). Deze wet introduceerde ook (de voorloper van) het huidige artikel 7:646 BW. De huidige tekst van dit artikel is het resultaat van enkele latere wijzigingen, die onder meer leidden tot het invoegen van bepalingen inzake seksuele intimidatie.

2 Ook deze wet was het resultaat van implementatie van een Europese richtlijn, Richtlijn 75/117/EEG. In 1980 werd deze wet geïntegreerd in de WGB m/v.

3 *Stb.* 2003, 206.

behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL; in 2004).⁴ En dan zijn er ook nog een tweetal minder bekende gelijkebehandelingswetten: de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT; uit 2002), die bepaalt dat een werkgever geen onderscheid mag maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, en de Wet onderscheid arbeidsduur (WOA; uit 1996), die werkgevers verbiedt om in de arbeidsvoorwaarden onderscheid te maken tussen fulltimers en parttimers.⁵

Er is in Nederland derhalve sprake van een flinke lappendeken aan gelijkebehandelingswetten.⁶ Die lappendeken vormt niet zozeer een uitdaging voor het College voor de Rechten van de Mens (hierna: College). Dat weet met zijn gespecialiseerde kennis daarin wel zijn weg te vinden. Voor de burger (of die in de procedure bij het College nu optreedt als verzoeker of als verweerder) en soms ook voor de rechtshulpverleners, is het echter behoorlijk onoverzichtelijk. Niet voor niets werd in 2010 een conceptvoorstel Integratiewet gelijke behandeling in consultatie gegeven, dat onder meer beoogde deze verschillende wetten samen te voegen.⁷ Tot indiening van deze Integratiewet bij de Tweede Kamer is het echter nooit gekomen. Het toenmalige kabinet (Rutte-I) viel in 2012. Aangezien het voorstel verder ging dan alleen integratie van de bestaande wetten en ook inhoudelijke wijzigingen van de politiek gevoelige ‘enkele feit’-constructie bevatte, achtte demissionair minister van Binnenlandse Zaken Spies het aan een nieuw kabinet om te beslissen over indiening. Die beslissing bleef tot dusverre (maart 2020) uit. Nu in 2015 – via een ander wetgevingstraject⁸ – de ‘enkele feit’-constructie is vervangen door een formulering die nauwer aansluit bij de formuleringen die in enkele gelijkebehandelingsrichtlijnen van de EU en in de jurisprudentie van het EU Hof van Justitie worden gehanteerd,⁹ zou het echter de moeite waard zijn om nog eens na te denken of verdere integratie van de gelijkebehandelingswetten een nieuwe poging waard is. Daarbij moet dan wel in ogenschouw worden genomen

4 *Stb.* 2004, 30. Zowel de WGBH/CZ als de WGBL geven mede uitvoering aan EG-richtlijn nr. 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, de zogenoemde ‘Kaderrichtlijn’.

5 De WOA is het gevolg van implementatie van EG-richtlijn 1990/70/EG en leidde tot de invoering in het BW van het huidige artikel 7:648. De WOBOT leidde tot art. 7:649 BW.

6 Uiteraard zijn er ook nog bepalingen in het Wetboek van Strafrecht inzake discriminerende uitingen en over discriminatie in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Deze blijven in deze bijdrage geheel buiten beschouwing.

7 Zie over deze Integratiewet: *Kamerstukken II* 2011/12, 28481, nr. 16 (Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 24 oktober 2011, inzake de evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling) en *Kamerstukken II* 2009/10, 28481, nr. 7 (Advies Raad van State). In verband hiermee is tevens relevant het Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG van de Commissie Gelijke Behandeling uit maart 2008 (Advies 2008/2). Zie voor het conceptvoorstel Integratiewet gelijke behandeling: www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb (laatst geraadpleegd op 1 februari 2020).

8 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32476 (Voorstel van wet van de leden Van der Ham, Van Miltenburg, Klijnsma, Jasper van Dijk en Van Gent tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in artikel 5, tweede lid; artikel 6a, tweede lid en artikel 7, tweede lid van de Algemene wet gelijke behandeling). De behandeling van dit initiatiefwetsvoorstel is voortgezet door andere kamerleden, zodat uiteindelijk sprake was van het Voorstel van wet van de leden Bergkamp, Van Ark, Yücel, Jasper van Dijk en Klaver tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling.

9 Zie *Stb.* 2015, 200. Ik kom hier in par. 3.2.2 nog op terug.

dat die integratie niet per se hoeft leiden tot een gelijk beschermingsniveau voor alle discriminatiegronden.¹⁰

Met het bovenstaande is allicht al een eerste uitdaging benoemd: één die op het bord van de wetgever ligt. Hieronder zal ik ingaan op enkele andere uitdagingen. Uiteraard zijn die er, want de veranderende samenleving – die niet voor niets in de titel van het symposium 25 jaar AWGB figureerde – brengt als vanzelf nieuwe situaties met zich die binnen de reikwijdte van het gelijkebehandelingsrecht vallen en die nieuwe vragen oproepen over het functioneren van het systeem van het gelijkebehandelingsrecht en de toetsing aan of toepassing van dat recht door het College. Ik zal mij concentreren op een viertal clusters van uitdagingen en heb daarbij niet de pretentie om uitputtend te zijn. Er zijn vast nog wel andere uitdagingen te noemen. In paragraaf 2 ga ik in op uitdagingen die te maken hebben met de grenzen van de gelijkebehandelingstoets. In paragraaf 3 volgen enkele uitdagingen die voortvloeien uit Europese (jurisprudentiële) ontwikkelingen. In paragraaf 4 sta ik stil bij enkele maatschappelijke ontwikkelingen, waaronder de invloed van nieuwe technologieën en die vragen die daaruit voortvloeien voor de handhaving van het gelijkebehandelingsrecht. Ten slotte komen in paragraaf 5 enkele uitdagingen ter sprake die samenhangen met de (beperkte) reikwijdte van de gelijkebehandelingswetten, die met zich brengt dat deze wetten niet van toepassing zijn op grote delen van het overheids-optreden. Een punt waarvoor Nederland bij diverse internationale toezichthouders kritiek oogst.¹¹ De overkoepelende vraag bij de beschrijving van al die uitdagingen is telkens: Wat betekenen die uitdagingen voor de positie en betekenis van het gelijkebehandelingsrecht en voor de werkzaamheden van het College? En vergen die uitdagingen wellicht ook iets van de wetgever?

2 De grenzen van de gelijkebehandelingstoets

2.1 De woonwagenzaken

Artikel 7a, eerste lid, AWGB verbiedt het maken van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming. Sociale bescherming is een ruim begrip en heeft ook betrekking op de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, waaronder huisvesting.¹² Op basis van dit artikel heeft het College in de afgelopen jaren een fors aantal oordelen gewezen over het beleid van gemeenten en van de rijksoverheid ten aanzien van woonwagendplaatsen. Daarin is duidelijk gemaakt dat het jarenlang door gemeenten gevoerde en door de rijksoverheid als optie aangedragen ‘uitsterfbeleid’, de toets aan de AWGB niet kan doorstaan.¹³ Mede op basis van deze oordelen heeft het College een advies uitgebracht

10 Ik kom hier nog op terug in par. 4.4. Zie in dit verband: H.M.T. Holtmaat & G.T. Terpstra, ‘Leve de pluriformiteit bij discriminatiebestrijding. Een kritiek op het ideaal van een uniforme aanpak van verschillende discriminatiegronden’, *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 159-173.

11 Zie European Commission against Racism and Intolerance, *Fifth report on the Netherlands*, Strasbourg: Council of Europe 4 June 2019, p. 13 (onder 8); VN-Mensenrechtencomité, *Concluding observations on the fifth periodic report of the Netherlands*, UN-doc. CCPR/C/NLD/CO/5, 25 juli 2019, par. 14.

12 *Kamerstukken II* 2002/03, 28770, nr. 3, p. 2 en 15.

13 Zie o.m. College voor de Rechten van de Mens 1 mei 2017, oordeel 2017-55.

aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.¹⁴ Daarin heeft het College erop gewezen dat de zogenoemde nul-optie niet in overeenstemming is met de verplichtingen die ingevolge de mensenrechten (onder meer de bescherming van het privé- en familieleven van art. 8 EVRM) en het gelijkebehandelingsrecht op gemeenten rusten. Onder invloed van deze oordelen en het advies heeft de minister een nieuw beleidskader voor het gemeentelijk woonwagenebeleid ontwikkeld.¹⁵ En we zien dat dat nieuwe beleidskader effect heeft. In heel veel gemeenten wordt nu anders tegen het onderwerp woonwagenebeleid aangekeken en gemeenten zetten stappen om de behoefte aan nieuwe standplaatsen te inventariseren en om waar nodig nieuwe standplaatsen te creëren.

Het College blijft evenwel verzoeken om een oordeel binnenkrijgen van woonwagenebewoners¹⁶ die klagen dat er voor hen – althans op dit moment – geen reëel zicht is op een standplaats.¹⁷ Het College moet dan in wezen beoordelen of de betreffende gemeente wel voortvarend genoeg te werk gaat in zijn onderzoek naar de behoefte aan woonwagenebeleid en in het waar nodig creëren van extra standplaatsen. En dan stuit het College op diverse ingewikkeldheden.

Een eerste ingewikkeldheid vloeit voort uit het gegeven dat zelfs als een gemeente echt haar best doet, het heel goed zo kan zijn dat het creëren van nieuwe standplaatsen nog een jaar of vijf/zes gaat duren. Bestemmingsplan wijzigen, alle juridische procedures die daar veelal uit voortvloeien doorlopen, grond bouwrijp maken, standplaatsen met voorzieningen aanleggen, dat kost tijd. Binnen de toets aan artikel 7a AWGB (verbod van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming)¹⁸ speelt de vergelijking tussen mensen die behoefte hebben aan een woonwagenebeleid en mensen die op zoek zijn naar een sociale huurwoning een belangrijke rol. Immers, om ongelijke behandeling te kunnen vaststellen, moet er een groep zijn met wie de standplaatszoekende te vergelijken valt. In de oordelenlijn van het College is er sprake van

14 College voor de Rechten van de Mens, *Advies inzake het woonwagene- en standplaatsenbeleid aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties naar aanleiding van de formulering van een nieuw beleidskader met betrekking tot het gemeentelijk woonwagene- en standplaatsenbeleid*, Utrecht: 22 januari 2018. Bijlage bij *Kamerstukken II 2017/18, 34775-VII*, nr. 70.

15 Minister van BZK, *Beleidskader voor gemeentelijk standplaatsenbeleid*, Den Haag juli 2018; bijlage bij *Kamerstukken II 2017/18, 34775-VII*, nr. 70. Zie ook: Brief minister BZK aan gemeenten met toelichting op Beleidskader gemeentelijk standplaatsenbeleid, *Kamerstukken II 2018/19, 32847*, nr. 462 (bijlage). Meer in het algemeen over dit onderwerp: L. Huijbers, 'Het woonwagenebeleid in Nederland vanuit mensenrechtelijk perspectief' *NTM/NJCM-Bull.* 2015, p. 387-417 en C.M.S. Loven e.a., 'Woonwagenebeleid mag toch blijven', *NJB* 2018/1998.

16 Vaak gaat het om kinderen van woonwagenebewoners die inmiddels volwassen zijn en die graag een eigen standplaats en woonwagen zouden willen. Ook komt het regelmatig voor dat zich verzoekers melden die in het verleden, vanwege het gebrek aan standplaatsen en het gevoerde uitsterfbeleid, zijn uitgeweken naar een 'gewoon' huis, maar daar niet kunnen aarden en dus graag terug willen naar een woonwagen. Volgens zowel het advies van het College als het nieuwe beleidskader van de minister moeten gemeenten bij de vormgeving van hun standplaatsenbeleid ook rekening houden met deze groep 'spijtoptanten'.

17 Terwijl dat 'reëel zicht hebben op' het kunnen innemen van een standplaats een element is van de toets die het College heeft ontwikkeld op basis van art. 7 AWGB.

18 Volgens de vaste oordelenlijn van het College moet het begrip sociale bescherming als bedoeld in artikel 7a, eerste lid, AWGB ruim worden opgevat en heeft het mede betrekking op het (aanbieden van) huisvesting. Ook is een vaste oordelenlijn van het College dat woonwagenebewoners die zich van generatie op generatie als zodanig manifesteren en die zich beschouwen als een bevolkingsgroep met een van andere bevolkingsgroepen te onderscheiden cultuur, onder het AWGB-begrip ras vallen. Het College verwijst in dat verband doorgaans ook naar de vaste jurisprudentie van het EHRM volgens welke het woonwageneleven een wezenlijk onderdeel van de cultuur van woonwagenebewoners vormt (EHRM 18 januari 2001, 27238/95 (*Chapman/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 73).

ongelijke behandeling als iemand veel langer moet wachten op toewijzing van een woonwagendstandplaats dan iemand anders moet wachten op toewijzing van een sociale huurwoning (of als de gemiddelde wachttijd voor een standplaats substantieel langer is dan die op een sociale huurwoning).¹⁹ Het verhaal van de betreffende gemeente is dan vaak: de wachtlijst voor een sociale huurwoning in onze gemeente is ook zo'n zes jaar, dus wij behandelen woonwagendbewoners niet ongelijk. En in zulke gevallen komt het College dan vaak tot de conclusie dat er inderdaad geen sprake is van verboden onderscheid.²⁰

Maar is daar nou echt geen sprake van ongelijke behandeling? Voor de woonwagendbewoners gold in heel veel gemeenten vaak al vijftien tot twintig jaar dat er helemaal geen mogelijkheid was om zich te registreren als standplaatszoekende. En in sommige gemeenten werden vrijvallende standplaatsen ongeschikt gemaakt voor bewoning (het zogenoemde 'uitsterfbeleid'). Aan de zijde van de standplaatszoekenden is er onbegrip: nu weten we dat dat oude gemeentelijk standplaatsenbeleid juridisch niet in de haak was, daar zijn wij jarenlang de dupe van geweest, maar nu gaat het nog zo'n zes jaar duren voor er echt iets beschikbaar komt. Voor het College is het echter heel lastig om uit artikel 7a AWGB een verplichting af te leiden die een gemeente dwingt tot het maken van een soort versnelde inhaalslag voor woonwagendstandplaatsen. Op basis van de bredere mensenrechtelijke verplichtingen die ook op gemeenten rusten kan dat misschien wel. Gelukkig heeft het College nu, anders dan de Commissie Gelijke Behandeling in het verleden, een breed mandaat/takenpakket als nationaal mensenrechteninstituut.²¹ Dat brede mandaat zal voor het oordeel in een concrete zaak niet echt iets kunnen veranderen, want dan zit het College immers vast aan het kader van artikel 7a AWGB. Maar op basis van zijn brede mandaat als nationaal mensenrechteninstituut kan het College wel aanbevelingen doen om gemeenten aan te zetten tot snellere – misschien tijdelijke – oplossingen. Voor het College is het dus de uitdaging om de oordelende taak en het bredere mandaat als mensenrechteninstituut goed op elkaar te laten aansluiten.

Een andere juridische uitdaging waar het College in recente woonwagenzaken tegenaan loopt, is het gegeven dat gemeenten hun woonruimtebeleid menigmaal in een regionaal samenwerkingsverband vormgeven.²² Binnen dat regionale samenwerkingsverband worden afspraken gemaakt over te ontwikkelen woningbouwlocaties en soms ook over te ontwikkelen woonwagendstandplaatsen. Zulke afspraken kunnen echter betekenen dat in gemeente X wel enkele nieuwe woonwijken worden gebouwd, maar geen woonwagendstandplaatsen worden ontwikkeld, omdat het creëren van een nieuwe woonwagendlocatie planologisch beter ingepast kan worden in een andere gemeente binnen het samenwerkingsverband. Kan een verzoeker in zo'n geval met succes bepleiten dat gemeente X woonwagendbewoners ongelijk behandeld door wel woonwijken, maar geen woonwagendstandplaatsen te ontwikkelen? De toets aan artikel 7a AWGB die het College verricht is nog niet helemaal afgestemd op zo'n situatie.

19 Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 2 december 2019, oordeel 2019-126 en College voor de Rechten van de Mens 28 augustus 2018, oordeel 2018-90.

20 Zie o.m. College voor de Rechten van de Mens 12 augustus 2019, oordeel 2019-81.

21 Zie art. 3 Wet College voor de Rechten van de Mens.

22 Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 19 maart 2020, oordeel 2020-24.

2.2 Het gesloten systeem van de AWGB en 'bagatel'-kwesties

Waar het bovenstaande vooral ging over een uitdaging die te maken heeft met wat je de 'bovengrens' van de AWGB-rechtsbescherming zou kunnen noemen (kan de AWGB nog rechtsbescherming bieden voor deze vorm van ongelijkheid?), zal ik hier ingaan op een kwestie die je zou kunnen duiden als een die te maken heeft met de ondergrens van de AWGB-rechtsbescherming (moet de AWGB wel rechtsbescherming bieden tegen deze vorm van ongelijkheid?).

2.2.1 *Het gesloten systeem*

Een bepalend kenmerk van de AWGB is het zogenoemde 'gesloten systeem' van uitzonderingen op het verbod van onderscheid: er is geen ruimte voor buitenwettelijke uitzonderingen op dit verbod.²³ Nu biedt de AWGB zelf in gevallen van *indirect* onderscheid – dat wil zeggen onderscheid dat voortvloeit uit de toepassing van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, waardoor personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder worden geraakt²⁴ – behoorlijk wat flexibiliteit. Indirect onderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn. Het gemaakte onderscheid moet dan een legitiem doel dienen en het gemaakte onderscheid moet voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.²⁵ Er is dus ruimte om een belangenafweging te maken. Echter, als sprake is van *direct* onderscheid – dat wil zeggen: als een persoon, vanwege zijn godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld²⁶ – dan is dat onderscheid vrijwel altijd verboden, tenzij de wet zelf expliciet aangeeft dat het onderscheid wel is toegestaan. Hier heeft dus de wetgever zelf de toegestane uitzonderingen op het discriminatieverbod bepaald en de afwegingen gemaakt, of althans getracht dit te doen. Dat heeft geresulteerd in een zeer beperkt aantal uitzonderingen, die vaak beogen om het maken van onderscheid toe te laten als dit dient ter bescherming van een bepaalde groep (bijvoorbeeld vrouwen, in verband met zwangerschap en bevalling) of om bepaalde groepen burgers een maatschappelijke achterstandspositie te laten inlopen (denk aan voorkeursbeleid ten aanzien van vrouwen of bepaalde etnische en culturele minderheidsgroepen).²⁷

2.2.2 *De bagatel-problematiek: futiele zaken*

Zo af en toe krijgt het College verzoeken om een oordeel waarbij op het eerste oog al duidelijk is dat er sprake is van direct onderscheid waarop geen wettelijke uitzondering van toepassing

23 Zie voor verdere uitleg over het gesloten stelsel: J.H. Gerards, 'Nieuwe ronde, nieuwe kansen. Naar een "semi-open" systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 144-156.

24 Zie art. 1 lid 1(c) AWGB.

25 Zie art. 2 lid 1 AWGB.

26 Zie art. 1 lid 1 onder b AWGB.

27 Zie artikel 2 lid 2 t/m 6 AWGB en het op deze bepalingen gebaseerde Besluit gelijke behandeling. Overigens bevat art. 5 lid 2 AWGB nog een andersoortige uitzondering op het verbod van direct of levensbeschouwelijke grondslag, instellingen van bijzonder onderwijs en instellingen op politieke grondslag.

is, maar waarbij desalniettemin de vraag opdoemt of de kwestie nu echt wel een oordeel van het College waard is, omdat die toch eigenlijk tamelijk futiel is. Het College is in de afgelopen jaren wat indringender gaan nadenken over de vraag of dergelijke 'bagatel'-zaken wel in behandeling moeten worden genomen.

De problematiek is niet nieuw: al in 2003 riep Holtmaat op tot een herbezinning op de gelijkebehandelingsoordelen van de CGB over futiele zaken.²⁸ En bij de derde evaluatie van de AWGB in 2011 besprak De Lange knelpunten in het gesloten systeem.²⁹ Hij wees toen op een aantal oordelen in de periode 2004-2010 waarin de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (CGB) zich in bochten had gewrongen om te ontsnappen aan een dictum 'verboden onderscheid'. Bekend oordeel uit die periode is oordeel 2008-102 over de 'Pink Lady Cab'. In deze zaak ging het om een taxibedrijf dat een 'vrouwentaxi' exploiteerde: een taxi met vrouwelijke chauffeurs die zijn diensten alleen aanbood aan vrouwen, vanuit de gedachte dat er behoefte was aan een taxi waarmee vrouwen zich veilig en zonder lastig gevallen te worden zouden kunnen begeven in het Tilburgse (nachtelijke) uitgaansleven. Dat hier sprake was van direct onderscheid op grond van geslacht was helder. De CGB concludeerde evenwel dat de gedragingen van het taxibedrijf niet konden worden gezien als zodanig ernstig 'dat beoordeling daarvan aan de gelijkebehandelingswetgeving is geboden', zodat het verzoek om een oordeel moest worden afgewezen 'wegens een gebrek aan achterliggend belang en onvoldoende gewicht van de bestreden gedraging'.³⁰ Annotator Terpstra stelde indertijd vragen bij de redenering van de CGB: werd hier niet het gering-belang-criterium van artikel 14 AWGB in feite gebruikt als een extra materieel toetsingscriterium? En werd daarmee dan niet het systeem van de wet min of meer omzeild? Immers, zo loodste de CGB 'via een achterdeur' een benadelings-benadering in plaats van een vergelijkings-benadering binnen in het AWGB-systeem.³¹ Kritische vragen, hoewel er op zichzelf, aldus Terpstra, voor een benadelings-benadering best iets te zeggen viel. Ook Gerards had zich al eerder in die richting uitgesproken.³²

Een ander oordeel waar De Lange in 2011 op wees was het 'fietsenstalling-oordeel' uit april 2010.³³ Hierin sprak de CGB uit dat de oproep 'heren worden verzocht hun fiets te stallen in het bovenrek, dames in het benedenrek' direct onderscheid naar geslacht opleverde. Natuurlijk, direct onderscheid was het zonder meer. En aan het verzoek lag misschien ook wel een genderstereotiep denken ten grondslag (mannen zijn sterk, vrouwen kunnen hun fiets niet van de grond tillen), waar van alles op af te dingen valt. Maar was de kwestie een CGB-oordeel waard? Hoe dwingend was die oproep in de fietsenstalling nu echt? En had dat genderstereotype niet op een andere manier kunnen worden aangekaart dan door een juridisch oordeel?

28 H.T.M. Holtmaat, 'Stop de inflatie van het discriminatiebegrip. Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en gelijke behandeling', *NJB* 2003, p. 1266-1276. Zie ook Diana de Wolff, 'Heren, uw fiets bovenop! Open of gesloten wijze van toetsen van discriminatie', in H.T.M. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 162 e.v.

29 R. de Lange, 'Knelpunten in het gesloten systeem', in: Commissie Gelijke Behandeling, *Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht 2010, p. 162-194.

30 Commissie Gelijke Behandeling 31 juli 2008, oordeel 2008-102, par. 3.15 en 3.16.

31 G.T. Terpstra, 'Noot bij oordeel 2008-102 (vrouwentaxi)', in: J.H. Gerards & P.J.J. Zoontjes, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: WLP 2009, p. 319-324.

32 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 77 en 576 e.v.

33 Commissie Gelijke Behandeling 15 april 2010, oordeel 2010-62.

In recente jaren waren er het oordeel over de Haagse boekhandel die op Moederdag gratis koffie schonk voor moeders³⁴ en het oordeel over de organisator van een modelspoorbeurs die op één van de openingsdagen van de beurs ('de familiedag') – in een poging om de verhouding tussen mannelijke en vrouwelijke bezoekers (95 om 5%) enigszins recht te trekken – vrouwen toegang bood voor de helft van de voor mannen geldende toegangsprijs.³⁵ In beide zaken oordeelde het College zonder veel omhaal van woorden tot verboden direct onderscheid. Het laatste oordeel deed juridisch commentator Folkert Jensma in het *NRC Handelsblad* verzuchten: 'Zijn mensenrechten niet af en toe een klein beetje potsierlijk?'³⁶ Een terechte vraag, want de oordelende taak van het College is weliswaar niet anders dan die van de CGB, maar het feit dat het vandaag de dag een oordeel is van het College *voor de Rechten van de Mens* geeft aan die oordelen misschien toch net een iets indringender lading. Als het over mensenrechten gaat, dan gaat het over fundamentele zaken (of zou het daarover moeten gaan), niet over futiele.

2.2.3 De bagatel-problematiek: overwegingen binnen het College

Het waren deze meer recente oordelen die in belangrijke mate de aanleiding hebben gevormd voor een versterkte aandacht binnen het College voor de vraag of een zaak belangrijk genoeg is om in behandeling te nemen. Overwogen werd dat oordelen over zaken die door zeer velen als futiel worden ervaren afbreuk doen aan het gezag van het College en tevens (belangrijker!) aan de status van het gelijkebehandelingsrecht als geheel.

Overwogen werd tevens dat het gesloten systeem weliswaar geen afwegingsruimte biedt bij situaties van direct onderscheid, maar dat artikel 12 lid 1, onder b, Wet College voor de Rechten van de Mens (WCRM) bepaalt dat het College geen onderzoek instelt, of het onderzoek beëindigt, indien 'het belang van de verzoeker of het gewicht van de gedraging kennelijk onvoldoende is'. Een bepaling van deze strekking is niet uniek voor het gelijkebehandelingsrecht. In het burgerlijk recht bepaalt artikel 3:303 Burgerlijk Wetboek dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. De civiele rechter dient ambtshalve te onderzoeken of de rechtszoekende een voldoende processueel belang heeft bij het instellen van de vordering. Deze bepaling is van openbare orde en dient het fundamentele algemene belang dat niet zonder enige redelijke grond acties worden ingesteld die de rechter en de wederpartij aanzetten tot zinloos, tijdrovend en kostbaar werk. In het bestuursrecht moet de rechter onderzoeken of iemand belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Algemene wet bestuursrecht is. Op Europees niveau kennen we artikel 35 lid 3, onder b EVRM, op grond waarvan een verzoekschrift niet-ontvankelijk kan worden verklaard indien 'de verzoeker geen wezenlijk nadeel heeft geleden'.

Artikel 12 WCRM biedt het College dus enige manoeuvreerruimte om verzoeken al dan niet in behandeling te nemen. Het Besluit werkwijze gelijke behandeling, de algemene maatregel van bestuur die de procedure bij het College nader reguleert, geeft echter geen antwoord op de vraag hoe het College in de praktijk van het oordelenproces te werk zou moeten gaan bij de beoordeling van de vragen of: i) verzoeker een belang heeft bij een oordeel van het College en/of, ii) het gewicht van de gewraakte gedraging kennelijk onvoldoende is om hiernaar onderzoek te doen. Het College moest hiervoor dus zelf een werkwijze bedenken.

34 College voor de Rechten van de Mens 16 december 2013, oordeel 2013-163.

35 College voor de Rechten van de Mens 21 april 2015, oordeel 2015-39.

36 Folkert Jensma, 'Mensenrechten kunnen in een klein hoekje zitten', *NRC Handelsblad* 2 mei 2015.

Geïnspireerd door overwegingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de toepassing van artikel 35 lid 3 EVRM heeft het College geconstateerd dat het antwoord op de vraag of een verzoeker voldoende belang heeft, dan wel of de gewraakte gedraging ernstig genoeg is, afhangt van alle relevante omstandigheden van het geval en een beoordeling van zowel de subjectieve beleving van de klager vergt als een beoordeling van de objectieve gronden van de klacht.³⁷ De beoordeling is dus naar zijn aard heel casuïstisch. Het College vindt het echter heel belangrijk dat die beoordeling op een zorgvuldige wijze plaatsvindt. Willekeur moet voorkomen worden. Bovendien, als het gaat om een geval waarin de schijn van direct onderscheid gewekt is, realiseert het College zich terdege dat er niet lichtvaardig omgegaan mag worden met de democratische gelegitimeerde keuze van de wetgever voor een gesloten systeem. Die keuze is immers ingegeven door een aantal zeer legitieme overwegingen, waaronder het bieden van rechtszekerheid, duidelijkheid en transparantie en de wens om een regel te formuleren die zich eenvoudig laat handhaven.

Om die zorgvuldige beoordeling binnen het College te waarborgen wordt, als bij de medewerker van het College die een verzoek om een oordeel onderzoekt de vraag rijst of er wellicht sprake zou kunnen zijn van een bagatel-kwestie, het verzoek voorgelegd aan de ondervoorzitter oordelen die de casus bespreekt in het werkoverleg met de overige Collegeleden. Naast deze procedurele zorgvuldigheid, hanteert het College een lijst met materiële aanknopingspunten voor het geven van een antwoord op de vraag of sprake is van een voldoende belang/voldoende gewichtige gedraging. Het gaat niet om een in beton gegoten lijst van criteria, het gaat meer om gezichtspunten die het College meeneemt in de beoordeling van potentiële bagatel-kwesties. Op die lijst figuren de volgende gezichtspunten:

Voldoende belang?

- Is er een duidelijke relatie tussen de casus en de doelstellingen die aan de gelijkebehandelingswetgeving ten grondslag liggen, namelijk: (1) bescherming van de menselijke waardigheid, (2) het tegengaan van maatschappelijke achterstelling/benadeling en (3) het bevorderen van volwaardige participatie in de samenleving.
- Is er behalve van een individueel belang in een zaak ook sprake van een breder algemeen belang? Gaat het om een problematiek waarbij het College het belangrijk vindt om het gelijkebehandelingsperspectief daarop onder de aandacht te brengen (ofwel bij het brede publiek, ofwel bij een bepaalde branche/beroepsgroep).
- Is sprake van een (bredere, maatschappelijke) negatieve stereotypering of van discriminerende vooronderstellingen die bestreden zouden moeten worden?
- Heeft de verweerder reeds erkend dat er sprake is geweest van ongerechtvaardigd onderscheid en is er een herstelaanbod gedaan of is een fout vrijwel direct hersteld waardoor de benadeling is weggenomen?
- Is er al een rechterlijke uitspraak gedaan in het geschil tussen partijen en is het aannemelijk dat het College daar op basis van de gelijkebehandelingswetgeving iets nieuws/anders over kan zeggen?

³⁷ European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Strasbourg: Council of Europe 2019, p. 67-68.

Gewicht van de gedraging voldoende?

- Wat is de frequentie van het probleem/de gedraging? Hoe vaak krijgt iemand ermee te maken?
- Is er sprake van een aanzienlijk financieel belang?
- Kan het nog wat uitmaken welke groep door de gedraging benadeeld wordt? Bijvoorbeeld dat het gemaakte onderscheid een rolpatroon-doorbrekend karakter heeft?

Met bovengenoemde procedurele werkwijze en deze lijst van gezichtspunten probeert het College de uitdaging van zorgvuldigheid bij het bewaken van de ondergrens van de gelijkebehandelingsbescherming het hoofd te bieden. Hierbij past echter een belangrijke kanttekening: verzoekers, rechtshulpverleners en anti-discriminatievoorzieningen moeten zich vooral helemaal niets van deze lijst met gezichtspunten aantrekken en gewoon elk verzoek dat zij relevant vinden aan het College voorleggen. Zij moeten niet 'voorsorteren' op de overwegingen van het College, maar het College juist de gelegenheid bieden om aan de hand van nieuwe casus tot weer nieuwe afwegingen of aanvullingen op de bovengenoemde gezichtspunten te komen.

3 Europese ontwikkelingen

Ook Europese ontwikkelingen leveren uitdagingen op voor (de toepassing van) het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. Daarbij denk ik in de eerste plaats aan enkele arresten van het Hof van Justitie in Luxemburg. Ook denk ik aan de Europese (en internationale) druk om extra discriminatiegronden op te nemen in de Nederlandse gelijkebehandelingswetten.

3.1 De HvJ EU-arresten *Achbita* en *Bougnaoui*

De arresten *Achbita* en *Bougnaoui* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) uit maart 2017³⁸ zijn reeds door diverse auteurs in Nederland toegelicht en becommentarieerd.³⁹ Ik zie hier dan ook af van het uitvoerig schetsen van de casuïstiek en inhoud van beide arresten: in de kern gaan beide zaken over werkgevers die hun personeel verbieden een hoofddoek te dragen. Ik zeg het Loenen na: het meest opvallende en misschien ook wel het meest problematische aan deze twee arresten is dat ze zo ontzettend summier zijn gemotiveerd en zoveel vragen onbeantwoord laten, waardoor ze meer verwarring scheppen dan duidelijkheid geven.⁴⁰ Beide arresten roepen de vraag op hoe ver werkgevers mogen gaan in het eisen van een neutrale uitstraling van hun personeel en welke consequenties nu precies verbonden moeten worden

38 HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Samira Achbita/G4S Secure Solutions NV*); HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:20 (*Asma Bougnaoui/Micropole SA*).

39 Zie o.m. AB 2017/183, m.nt. M.L.P. Loenen; EHRC 2017/96 m.nt. J.H. Gerards; JAR 2017/96 m.nt. E. Cremers; Monique Steijns, 'De zaak Achbita. Opmaat naar het verdwijnen van de hoofddoek op de werkvloer?', NJB 2017/844; A. Swarte & J.P. Loof, 'Ontslag vanwege een hoofddoek; de arresten Achbita en Bougnaoui en de Nederlandse rechtspraak', NtER 2017, p. 118-125; Titia Loenen, 'In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?', REALaw 2017/2.

40 Titia Loenen, 'De houdbaarheid van de Nederlandse regulering van religieuze symbolen op de werkvloer in het licht van de Europese rechtsontwikkeling', NTM/NJCM-Bull. 2017, p. 470.

aan het gegeven dat het HvJ EU in deze arresten zo nadrukkelijk verwijst naar de vrijheid van ondernemerschap als grondrecht (beschermd door artikel 16 EU-Grondrechtenhandvest). We merken in de praktijk van het College dat werkgevers zich graag beroepen op die ondernemersvrijheid en daaraan de conclusie verbinden dat zij bij het opstellen van kledingreglementen, in het bijzonder het verbieden van het dragen van een hoofddoek, zich van het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht dus weinig meer hoeven aan te trekken. In een enkel oordeel⁴¹ heeft het College al laten zien dat deze beide arresten juist heel veel aspecten van de belangenafweging in een concreet geval op het bordje van de nationale toetsende instanties leggen. Op die nationale instanties (dus ook op het College) rust de plicht om rekening te houden met alle betrokken belangen en om de inbreuk op vrijheden die in het geding zijn – waaronder de inbreuk op de godsdienstvrijheid – te beperken tot het strikt noodzakelijke.⁴² Het College pakt de ruimte die deze arresten laten voor die belangenafweging op nationaal niveau om enige eisen te stellen aan werkgevers die als gevolg van hun ‘neutraliteitsbeleid’ het dragen van religieuze symbolen of kledingstukken op de werkvloer verbieden. Om te beginnen een motiveringseis: leg maar eens uit waarom er voor uw bedrijf en voor deze functie een bijzondere noodzaak is om een neutrale uitstraling te vergen. Het enkele gegeven dat het gaat om een functie met klantcontacten, waaraan het HvJ EU refereert, is daarbij niet genoeg. Dit soort arresten, die een soort *sweeping statement* uit Luxemburg opleveren waarop binnen de nationale rechtsorde dan nog allerlei nuanceringsmogelijkheden zijn, vormen dus een uitdaging voor het College, maar wel één die het College durft op te pakken en kan oppakken.

3.2 HvJ EU-arrest *Egenberger*

3.2.1 *Egenberger en de interpretatie van AWGB-begrippen*

Een andere Europese juridische uitdaging voor het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht vloeit voort uit het *Egenberger*-arrest van april 2018.⁴³ De casus die de aanleiding vormde voor dit arrest komt erop neer dat mevrouw Egenberger werd afgewezen voor een tijdelijke baan — een rapportageproject over de naleving door Duitsland van het VN-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie — bij een hulporganisatie van de Duitse Evangelische Kerk, omdat zij geen lid is van een christelijke kerk en zich (daarmee) niet vereenzelvigd met de diaconale opdracht van die kerk. Deze functie-eisen waren gesteld in de vacaturetekst. Dit arrest heeft derhalve direct te maken met de ‘klassieke’ vraag die bij de totstandkoming van de AWGB zoveel politieke discussie opleverde en in 1994 leidde tot de roemruchte ‘enkele feitconstructie’: welke ruimte hebben religieuze instellingen om in hun personeelsbeleid onderscheid te maken op grond van godsdienst?

Bij de totstandkoming van de AWGB is in artikel 5 lid 2, artikel 6a lid 2 en artikel 7 lid 2 een aantal nuanceringsmogelijkheden op het verbod van onderscheid opgenomen die, voor zover relevant, betrekking hebben op instellingen op grond van een godsdienst of levensbeschouwing, instellin-

41 College voor de Rechten van de Mens 20 november 2017, oordeel 2017-135 (hoofddoek politie-medewerkster).

42 Zie voor een uitvoeriger uitleg: Swarte & Loof 2017 (*supra* noot 39).

43 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*).

gen van bijzonder onderwijs en instellingen op politieke grondslag. Deze nuanceringsen werden op hun beurt weer geclausuleerd. Zo liet artikel 5 lid 2 onder b, instellingen van bijzonder onderwijs de vrijheid om ‘eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag’ onder de voorwaarde dat deze eisen niet ‘leiden tot onderscheid op grond van *het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat*’ [mijn cursivering; JPL]. De andere clausules bevatten indertijd vergelijkbare – zij het niet geheel identieke – formuleringen. De politieke discussie over deze door sommigen verfoeide compromistekst heeft vele jaren doorgesudderd. Uiteindelijk is als gevolg van een reeds in 2010 ingediend initiatiefwetsvoorstel in 2015 deze ‘enkele feit’-constructie uit de AWGB verdwenen.⁴⁴ Zoals ik in de inleiding van deze bijdrage reeds aangaf sluit de vervangende tekst nauwer aan bij de formuleringen die in enkele gelijkebehandelingsrichtlijnen van de EU en in de jurisprudentie van het HvJ EU worden gehanteerd. Het vernieuwde tweede lid van artikel 5 stelt nu dat het verbod van onderscheid onverlet laat dat (a) een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, (b) een instelling van bijzonder onderwijs, of (c) een instelling op politieke grondslag,

‘ten aanzien van personen die voor haar werkzaam zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.’

In het *Egenberger*-arrest geeft het HvJ EU een nadere invulling aan het criterium ‘wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste’.⁴⁵ Aangezien deze termen nu ook voorkomen in de AWGB is het College bij de interpretatie van die termen gebonden aan de wijze waarop het HvJ EU deze interpreteert. Het begrip ‘wezenlijk’ houdt volgens *Egenberger* in dat het behoren tot een geloof of het aanhangen van een overtuiging waarop de grondslag van de betrokken kerk of organisatie is gebaseerd, noodzakelijk moet zijn vanwege het belang van de betreffende beroepsactiviteit voor de bevestiging van die grondslag of van de uitoefening door die kerk of deze organisatie van haar recht op autonomie.⁴⁶ Uit het begrip ‘legitiem’ vloeit volgens *Egenberger* voort dat het hanteren van het beroepsvereiste niet mag dienen om een doel na te streven dat geen verband houdt met de grondslag van de instelling of met de uitoefening van

44 Zie *Kamerstukken II 2009/10, 32476, (supra noot 8)*.

45 Ook om een andere reden is het arrest-*Egenberger* belangrijk. Het HvJ EU kent daarin namelijk expliciet horizontale werking toe aan het in het EU-grondrechtenhandvest neergelegde verbod van discriminatie op grond van godsdienst. Daarmee lijkt het Hof de deur te hebben opengezet voor rechtstreekse werking van ‘dwingende’ en ‘onvoorwaardelijke’ Handvestbepalingen in relaties tussen particulieren, waarbij het niet is uitgesloten dat deze Handvestbepalingen als zelfstandige toetsingsmaatstaf dienen voor zuiver particulier handelen. Zie daarover: A. Eleveld, ‘Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie. De lessen uit *Egenberger*, Bauer en Cresco Investigation’, *NtER* 2019, nr. 3/4, p. 88-95.

46 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 45 (*Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*).

haar recht op autonomie.⁴⁷ Het begrip ‘gerechtvaardigd’ brengt ten slotte met zich dat de instelling verplicht is om in het licht van de feitelijke omstandigheden van het specifieke geval aan te tonen dat het risico van aantasting van haar grondslag of haar recht op autonomie waarschijnlijk en ernstig is, zodat het hanteren van het vereiste voor de betreffende functie inderdaad noodzakelijk is in het concrete geval.⁴⁸ Naast deze drie elementen moet het beroepsvereiste volgens *Egenberger* nog in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. De bepaling waarin het vereiste is opgenomen, bepaalt immers dat elk verschil in behandeling moet worden toegepast in overeenstemming met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en het evenredigheidsbeginsel maakt daarvan deel uit.⁴⁹ Wat die evenredigheidstoets dan nog precies kan toevoegen aan die onder het criterium ‘gerechtvaardigd’ – die legt het HvJ toch ook uit als een op de concrete situatie toegespitste evenredigheidstoets? – is mij eerlijk gezegd niet duidelijk, maar dat terzijde.

In de eerste oordelen die het College gewezen heeft met toepassing van de nieuwe tekst van artikel 5 lid 2 AWGB zien we deze Luxemburgse interpretatie van de begrippen wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd terug. Of die nieuwe wettekst en de Luxemburgse interpretatie van de genoemde begrippen daarbij leiden tot heel andere uitkomsten dan de toets die in het verleden door de CGB/het College verricht werd op basis van de oude enkele feit-constructie, staat te bezien. In één van de twee tot dusverre gewezen oordelen achtte het College de eis van een christelijke achtergrond voor een medewerker van een (door een kerkgenootschap opgerichte) kledingbank voor hulpbehoevendens niet gerechtvaardigd.⁵⁰ De afwijzing door een protestants-christelijke school van een leerkracht die vanwege haar islamitische geloofsovertuiging een hoofddoek droeg, kon volgens het College wel de toets aan het nieuwe criterium doorstaan.⁵¹ In zoverre zou je *Egenberger*-interpretatie van de genoemde begrippen nauwelijks een uitdaging hoeven te noemen.

3.2.2 *Egenberger* en artikel 3 AWGB

Het *Egenberger*-arrest roept echter ook de vraag op of artikel 3 AWGB wel onverkort houdbaar is. De Duitse juridische situatie waarop het *Egenberger*-arrest ziet, sloot namelijk beslissingen van religieuze instellingen over hun personeelsbeleid vrijwel volledig uit van rechterlijke toetsing. Het HvJ EU oordeelde dat er in alle gevallen iets van een onafhankelijke evenredigheidstoetsing op nationaal niveau zou moeten kunnen plaatsvinden. Artikel 3 AWGB sluit echter bepaalde gevallen uit van een toets aan het gelijkebehandelingsrecht. Dit artikel zegt immers dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag en niet op het geestelijk ambt. Op de gedachte van de wetgever achter artikel 3 AWGB valt wat mij betreft niet zoveel af te dingen. Deze begrenzing van de reikwijdte van de AWGB houdt rechtstreeks verband met de belijdenis van

47 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 46 (*Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*).

48 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 47 (*Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*).

49 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 48 (*Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*).

50 College voor de Rechten van de Mens 1 november 2018, oordeel 2018-110.

51 College voor de Rechten van de Mens 10 oktober 2018, oordeel 2018-102.

de religieus-levensbeschouwelijke overtuiging: ‘Terughoudendheid is dan vereist met betrekking tot de innerlijke overtuiging en de directe uitdrukking daarvan in het genootschappelijk verband’.⁵² De consequentie van artikel 3 is en blijft echter dat beslissingen die zien op dit soort rechtsverhoudingen of ambten ook in Nederland niet kunnen worden getoetst aan het discriminatieverbod. Van Kooten wierp in 2018 al de vraag op of die constructie in het licht van *Egenberger* nog wel houdbaar is.⁵³ Ik denk dat hij daar wel een punt heeft. Weliswaar is bij de totstandkoming van artikel 3 AWGB al duidelijk gemaakt dat het in dienst nemen van een schoonmaker of glazenwasser door een kerkelijke gemeente niet valt onder de term ‘rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap’ zodat voor dat soort functies een toets aan de AWGB-normen kan plaatsvinden,⁵⁴ maar voor functies die meer ‘identiteitsbepalend’ zijn en voor de echte geestelijke ambten gaan we er in Nederland tot dusverre toch van uit dat een toets aan de AWGB-normen buiten beeld blijft. Het HvJ EU stelt in *Egenberger* echter resoluut dat er – ook als een kerkgenootschap onderscheid op grond van godsdienst of overtuiging maakt – sprake moet zijn van ‘doeltreffend rechterlijk toezicht’. Dat houdt in dat de rechter altijd moet kunnen toetsen of is voldaan aan de criteria die artikel 4 lid 2 Kaderrichtlijn ter zake stelt (en die nu terug te vinden zijn in artikel 5 lid 2 AWGB).⁵⁵ Daarbij speelt mee dat de Kaderrichtlijn geen uitzondering op het discriminatieverbod kent voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. Er is dus sprake van een andere systematiek dan die in artikel 3 AWGB wordt gehanteerd, mét een verdergaande rechterlijke toetsing.⁵⁶ Bovendien heeft het HvJ EU deze redenering inmiddels in een ander arrest herhaald.⁵⁷ We hebben dus niet te maken met een eendagsvlieg. Van Kooten concludeert dan ook dat:

‘artikel 3 Awgb in zijn huidige redactie juridisch niet meer houdbaar is. Zijn houdbaarheidsdatum is verstreken. Het artikel is namelijk achterhaald door de Kaderrichtlijn en de uitleg die het Hof van Justitie sinds het jaar 2018 daaraan geeft. Per saldo zal – voor wat betreft het nationale recht – artikel 5 lid 2 Awgb steeds behoren te worden toegepast op (ook) kerkelijk personeelsbeleid ongeacht of het gaat om de predikant, priester, koster, kerkmusicus of schoonmaker.’⁵⁸

Egenberger legt dus een uitdagende vraag op het bord van de wetgever: kan artikel 3 AWGB gehandhaafd blijven? De uitdagende vervolgvraag is of het schrappen van artikel 3 materieel veel verschil zou maken voor kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag. Met Van Kooten denk ik dat dat wel meevalt. Doorgaans zal bij dragers van een geestelijk ambt of andere identiteitsbepalende (kern)functies binnen een religieuze organisatie het gestelde beroepsvereiste – bijvoorbeeld dat de betrokkene de geloofsleer onderschrijft en lid is van het kerkgenootschap – als wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd kunnen worden gekwalificeerd en daarmee toelaatbaar zijn.⁵⁹

52 *Kamerstukken II 1990/91*, 22014, nr. 3, p. 15 (MvT).

53 T. van Kooten, ‘Gelijke behandeling en personeelsbeleid binnen kerkelijke organisaties: is artikel 3 Awgb over zijn juridische houdbaarheidsdatum?’, *NTKR* 2018, p. 131-147.

54 *Kamerstukken II 1991/92*, 22014, nr. 5, p. 76 (MvA).

55 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 55 (*Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*).

56 Van Kooten 2018 (*supra* noot 53), p. 147.

57 HvJ EU 11 september 2018, ECLI:EU:C:2018:698, r.o. 43 (IR/JQ), *JAR* 2018/259, m.nt. T. van Kooten.

58 Van Kooten 2018 (*supra* noot 53), p. 147.

59 Van Kooten 2018, p. 146.

4 Maatschappelijke ontwikkelingen

4.1 Discriminatie risico's voortvloeiend uit digitalisering en toepassing van algoritmen en kunstmatige intelligentie

De 'digitalisering' van de samenleving (de opkomst van Big Data, mede gestimuleerd door het Internet of Things, het gebruik van algoritmen en andere vormen van kunstmatige intelligentie bij het nemen van beslissingen of het verrichten van gedragingen door allerlei maatschappelijke actoren) zal in de komende jaren een belangrijk aandachtspunt zijn voor het College.⁶⁰ Daarbij zal het onder meer gaan om de effecten van deze technologische ontwikkelingen voor de bescherming tegen discriminatie, bijvoorbeeld op de arbeidsmarkt.

De genoemde technologische ontwikkelingen vergroten de mogelijkheden tot differentiatie in de benadering, beoordeling of behandeling van groepen of personen en daardoor vergroten ze ook het risico op discriminatie.⁶¹ Vanuit het perspectief van het discriminatieverbod biedt geautomatiseerde algoritmische besluitvorming echter ook voordelen. Veel discriminatie wordt veroorzaakt door menselijke vooringenomenheid en vooroordelen. Bij geautomatiseerde besluitvorming kan dit worden voorkomen door het inzetten van objectieve en neutrale algoritmes. Vetzo, Gerards en Nehmelman leggen in hun boek *Algoritmen en mensenrechten* uit 2018 echter helder uit dat van dergelijke neutrale algoritmen maar zelden sprake is.⁶² Gedigitaliseerde, algoritmische, besluitvormingsprocessen hebben het risico dat ze de stereotypen of vooroordelen die er – soms onbewust, doordat de trainingsdata voor het algoritme al een bepaalde *bias* bevatten – in worden gestopt, enorm uitvergroten. De schaal waarop bedrijven gebruik kunnen maken van dit soort processen is vandaag de dag zo enorm dat de risico's op maatschappelijke uitsluiting en benadeling daardoor sterk toenemen. Bovendien kan de toepassing van slimme algoritmen, met zelflerend vermogen, in een big data-context ertoe leiden dat ook door de oorspronkelijke programmeurs van het algoritme op enig moment niet meer te achterhalen is hoe het algoritme nu precies tot zijn beslissingen komt (het zogenoemde 'black box'-fenomeen).⁶³ En trouwens, ook als een algoritme geen onderscheid maakt op grond van in het gelijkebehandelingsrecht als 'verdacht' aangemerkte criteria, zoals geslacht, ras, etnische afkomst, godsdienst of handicap, dan is het nog steeds mogelijk dat het algoritme *proxy*-criteria verzint waardoor de uitkomst van de beslissing nog steeds resulteert in achterstelling of benadeling van individuen op basis van die criteria of leidt tot vergroting van sociale ongelijkheid.⁶⁴ Ten slotte, algoritmische besluitvormingsprocessen kunnen ook voor nieuwe categorieën benadeelden zorgen, die systematisch worden achtergesteld, maar die niet meteen herleidbaar zijn tot de nu beschermde gronden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de groep 'digibeten': zij begeven zich niet veel op het internet, hun informatie/behoefte/voorkeuren worden dus niet meegenomen in de dataverzameling en het algoritme houdt er dus geen rekening mee.

60 Zie nader: <https://mensenrechten.nl/nl/digitalisering> (laatst geraadpleegd op 21 maart 2020).

61 P. de Hert, H. Lammerant & P.H. Blok, 'Big data en gelijke behandeling', in: P.H. Blok (red.), *Big data en het recht: een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Den Haag: Sdu 2017, p. 115-134.

62 M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmen en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018, p. 49 en 139.

63 Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018 (*supra* noot 62), p. 49.

64 F. Zuiderveen Borgesius, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Strasbourg: Council of Europe Directorate General of Democracy 2018, p. 12.

Diverse auteurs hebben in de afgelopen jaren aangevoerd dat het ‘black box’-karakter van het beslissingsproces het heel lastig kan maken om aan te tonen dat er gediscrimineerd wordt op een verboden criterium.⁶⁵ Het is echter de vraag of dat probleem nu echt zulke grote uitdagingen voor het gelijkebehandelingsrecht oplevert. Voor de toepassing daarvan is immers niet de manier waarop een beslissing of gedraging tot stand komt maatgevend, maar de uitkomst ervan. Als ‘black box’-beslissingen ertoe leiden dat bepaalde groepen personen vanwege bijvoorbeeld hun etnische afkomst niet worden geselecteerd voor een baan of opleiding en de effecten daarvan zijn waarneembaar of meetbaar, dan kan immers in ieder geval worden geconstateerd dat sprake is van indirecte discriminatie. En kan de objectieve rechtvaardigingstoets worden toegepast. Overigens is het aspect van waarneembaarheid/meetbaarheid nog niet altijd zo eenvoudig, om onderscheid op een verdachte grond aan te tonen zal dan vaak iets van statistische informatie nodig zijn.⁶⁶

Ingewikkelder, en dus uitdagender, wordt het als de discriminatie helemaal niet meer waargenomen kan worden. Als het om werving en selectie op de arbeidsmarkt gaat, is in toenemende mate sprake van het gebruik van digitale platforms waar banen/functies worden aangeboden. Wat nu als dat platform de mogelijkheid biedt aan de aanbieders van banen om deze alleen in beeld te brengen voor bezoekers van het platform onder een bepaalde leeftijd?⁶⁷ Het noemen van een leeftijdsgrens in een personeelsadvertentie kan een vermoeden van leeftijdsdiscriminatie vestigen en vergt een bijzondere rechtvaardiging, maar hoe komt een sollicitant op leeftijd erachter dat hij/zij wordt uitgesloten voor bepaalde functies als de betreffende vacatures voor hem/haar simpelweg niet zichtbaar zijn?

Situaties als deze vergen een opnieuw doordenken van de handhavingsmechanismen binnen het gelijkebehandelingsrecht. Die handhaving leunt nu immers vooral op de mogelijkheid van het indienen van individuele klachten (bij het College of bij de rechter), maar een dergelijk mechanisme schiet tekort bij discriminatie die de betrokkene niet kan waarnemen. Ik denk dat dit soort risico’s en vormen van discriminatie ertoe noodzaken om meer te denken in preventieve mechanismen en preventieverplichtingen die rusten op werkgevers, eventueel aangevuld met de druk van financiële sancties bij niet-naleving. Bij het toezicht of werkgevers zich hieraan iets gelegen laten liggen, zou je kunnen denken aan een rol voor de Inspectie SZW. Terecht wijst Zuiderveen Borgesius er trouwens op dat we het heil hier niet louter uit de hoek van het gelijkebehandelingsrecht moeten verwachten, ook het gegevensbeschermingsrecht en het consumentenbeschermingsrecht hebben hier een rol om maatschappelijk ongewenste differentiatie tegen te gaan.⁶⁸

Als het gaat om uitsluitingseffecten die het gevolg zijn van de rol van kunstmatige intelligentie op het terrein van de arbeidsmarkt is een in de literatuur veelbeschreven voorbeeld het gegeven dat vrouwen – als gevolg van de algoritmen die gebruikt worden door de techreuzen – bij het surfen over het internet minder snel getarget worden voor advertenties waarin hoogbetaalde banen worden aangeboden.⁶⁹ Op een metaniveau levert dat natuurlijk ontegenzeggelijk een

65 O.m. Zuiderveen Borgesius 2018 (*supra* noot 64), p. 10.

66 Zuiderveen Borgesius 2018 (*supra* noot 64), p. 19. Zie bijv. EHRM 13 november 2007, 57325/00, r.o. 187-188 (*D.H. e.a./Tsjechië*).

67 Op platforms als LinkedIn en Facebook gebeurt dit. Zie Zuiderveen Borgesius 2018 (*supra* noot 64), p. 16.

68 Zuiderveen Borgesius 2018 (*supra* noot 64), p. 26-27.

69 Zie Zuiderveen Borgesius 2018 (*supra* noot 64), p. 15-16, voor dit en diverse andere voorbeelden, met verwijzingen naar de oorspronkelijke bronnen.

benadeling en achterstelling van vrouwen op. De vraag is wel of je dit fenomeen kunt bestrijden met procedures op basis van het huidige gelijkebehandelingsrecht. Wil een vrouw een klacht over onderscheid op grond van geslacht bij de werving en selectie kunnen indienen, dan zal doorgaans sprake moeten zijn van een sollicitatie op een bepaalde functie. Anders heeft iemand als individu geen belang, het gelijkebehandelingsrecht kent immers niet de rechtsfiguur van de *actio popularis*.⁷⁰ Wellicht vergen deze maatschappelijke fenomenen dan ook andere vormen van onderzoek door het College: geen onderzoeken naar aanleiding van een individueel verzoek om een oordeel, maar meer onderzoeken uit eigen beweging vanwege een vermoeden van stelselmatig onderscheid.⁷¹ Dergelijke onderzoeken kunnen veel breder opgezet worden om praktijken en mechanismen die discriminatie in de hand kunnen werken in kaart te brengen en die langs de meetlat van het gelijkebehandelingsrecht te leggen. Overigens is de juridische vraag die bij deze vacatureaanbod-problematiek opdoemt, of de gelijkebehandelingsverplichtingen die op een werkgever rusten bij werving en selectie zo ver gaan dat er een zorgplicht is om bij de keuze van de kanalen via welke vacatures bekend worden gemaakt mogelijke uitsluitings-effecten of benadeling van bepaalde groepen te voorkomen. Dit is bij mijn weten een nog niet geëxploreerd vraagstuk, terwijl ook in de analoge wereld dit soort kwesties zich al voordoen. Levert het plaatsen van een personeelsadvertentie in een krant die chocoladeletters gebruikt en die vooral door ‘rechtse’ mensen gelezen wordt onderscheid op grond van politieke overtuiging op, omdat ‘linkse’ potentiële sollicitanten daardoor worden benadeeld?

De meeste gevallen van technologietoepassing met discriminatoire effecten waarvan in de literatuur gewag wordt gemaakt bevinden zich overigens in de sfeer van het aanbieden van goederen of diensten. In die sfeer is door sommige auteurs wel betoogd dat het verbod van intimidatie een rol zou kunnen vervullen. Artikel 1a lid 2 AWGB omschrijft intimidatie als gedrag dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. In dat verband kwam ik bijvoorbeeld de volgende casus tegen:

‘One such algorithm might have been used by Etsy, an online retailer for unique gifts. It contacted users on Valentine’s Day with a view to encouraging purchases from its site. It appears to have used an algorithm that assumed female users of its website were in a relationship with a man: one customer, Maggie Delano, received the message “Move over, Cupid! We’ve got what he wants. Shop Valentine’s Day gifts for him”. The problem, was that Maggie Delano is a lesbian and any Valentine’s gift she might buy would most likely be for a woman. At a stroke of a line of code, Etsy had alienated its homosexual client base. Indeed all homosexual clients were at risk of being offended by this ill-considered message.’⁷²

Levert deze gang van zaken een zodanig kwetsende situatie op dat kan worden gesproken van intimidatie op grond van seksuele geaardheid bij het aanbod van goederen? Dat is een heel uitdagende en ingewikkelde vraag. Het is er opnieuw één waarover in Nederland in ieder geval nog geen jurisprudentie beschikbaar is.

70 Eventueel zou een gelijkebehandelingsklacht dan wel kunnen worden ingediend door een anti-discriminatievoorziening of andere organisatie die opkomt voor het belang van gelijke behandeling, zie art. 10 lid 2(e) WCRM.

71 Art. 10 lid 1, tweede volzin, WCRM.

72 Zie bijv. De vele voorbeelden genoemd in Sara Wachter-Boettcher, *Technically Wrong: Sexist Apps, Biased Algorithms and other Threats of Toxic Tech*, W. W. Norton & Company 2017.

4.2 Secularisering

25 jaar geleden werd de discussie over de AWGB gedomineerd door de vraag welke ruimte aan bijzondere scholen gelaten zou moeten worden om onderscheid te maken bij de werving en selectie van personeel. Het politieke compromis waarin die discussie uitmondde – de enkele feit-constructie – is hierboven al aan de orde geweest. Zo ook de nieuwe tekst van artikel 5 lid 2 AWGB, die in 2015 in werking is getreden. Bij de praktische relevantie van die uitzondering voor bijzondere scholen kunnen echter inmiddels vraagtekens worden geplaatst. In 2019 moest het College oordelen over een middelbare school die (indirect) onderscheid op grond van godsdienst maakte door een sollicitant af te wijzen voor de functie van docent, omdat hij weigerde de handen van vrouwen te schudden. Eén van de vragen waarover het College zich in die zaak moest buigen was of de school aangemerkt moest worden als een instelling van bijzonder onderwijs. Het ging om een ROC waarin een fors aantal, in het verleden zelfstandige, VMBO- en MBO-scholen waren samengevoegd en dat nu als conglomeraat zowel een katholieke, algemeen bijzondere, protestants christelijke als openbare grondslag had. Bovendien bevatten de statuten en reglementen van het ROC geen enkele indicatie hoe die religieuze elementen van de grondslag in de onderwijspraktijk vorm kregen. Het College concludeerde dan ook dat het ROC geen beroep toekwam op de AWGB-uitzondering voor bijzondere scholen en onderzocht vervolgens of de school een beroep kon doen op de algemene objectieve rechtvaardiging.⁷³

Als het gaat om het ‘vervagen’ van de identiteit van middelbare scholen is dit ROC waarschijnlijk geen uitzondering. Bepaalde heikele discussies uit de begintijd van de AWGB zijn inmiddels door secularisering achterhaald. Natuurlijk blijft artikel 5 lid 2 AWGB relevant, vooral voor scholen behorend tot de meer orthodoxe religieuze denominaties, maar in omvang gaat het dan niet om hele grote aantallen scholen.

Tegelijkertijd zorgt die secularisering ook voor nieuwe uitdagingen. Een meerderheid van de bevolking is niet meer religieus. Een van de effecten daarvan is dat de tolerantie voor religieuze uitingen of symbolen af lijkt te nemen.⁷⁴ De hang bij sommige werkgevers om van hun personeel een neutrale uitstraling te eisen, zoals hierboven aan de orde kwam naar aanleiding van de arresten *Achbita* en *Bougnaoui*, is daar een voorbeeld van. Er lijkt sprake van een zekere tendens waarin de seculiere meerderheid een quasi-recht claimt om niet geconfronteerd te worden met religieuze symbolen of kledingstukken, al helemaal als die zich op of om het lichaam van een overheidsfunctionaris bevinden.

Een grondrecht om volledig gevrijwaard te blijven van religieuze symbolen of opvattingen bestaat echter niet. Een recht op gelijke kansen tot maatschappelijke participatie, dat bestaat wel. En natuurlijk gaat dat recht niet zo ver dat er in alle omstandigheden en binnen alle functies ruimte moet zijn voor religieuze uitingen of het naleven van religieuze gedragsregels. Maar ik denk dat het College de afgelopen jaren heel goed heeft laten zien hoe genuanceerd je daarin kunt en mijns inziens dus ook moet zijn. Het oordeel van november 2017 over de politiemedewerkster die een hoofddoek wilde dragen bij haar politie-uniform (verboden onderscheid)⁷⁵ en het zojuist gememoreerde oordeel over het ROC dat een islamitische man een baan als docent

73 College voor de Rechten van de Mens 23 september 2019, oordeel 2019-97.

74 Zie daarover uitvoeriger: College voor de Rechten van de Mens, *Mensenrechten in Nederland 2017*, hoofdstuk 10, p. 137-150.

75 College voor de Rechten van de Mens 1 november 2018, oordeel 2018-110.

weigerde omdat hij geen handen wilde schudden met vrouwen (geen verboden onderscheid),⁷⁶ zijn voorbeelden die heel goed laten zien wanneer de ruimte voor religieuze uitingen of symbolen binnen een bepaalde functie wel of niet aanwezig is.

4.3 Spanning tussen juridische en fysieke werkelijkheid als gevolg van Transgenderwet

Per 1 november 2019 is in artikel 1 lid 2 AWGB geëxpliciteerd dat onder onderscheid van geslacht mede verstaan wordt onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie. Deze aanvulling van de AWGB is het resultaat van de (initiatief)wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen.⁷⁷ Met deze aanvulling van de AWGB heeft de wetgever een al langer gevolgde oordelenlijn van de CGB en het College in de wet bevestigd.⁷⁸ Per 1 juli 2014 is, als gevolg van de zogenoemde 'Transgenderwet', de procedure om van geslacht te veranderen in de geboorteakte vereenvoudigd, waarbij een geslachtsveranderende operatie hiervoor niet meer verplicht is.⁷⁹ In 2019 heeft minister voor Rechtsbescherming Dekker aangekondigd dat hij zal komen met een verdere versoepeling van de voorwaarden om de geslachtsaanduiding in de geboorteakte te kunnen laten aanpassen: de nu nog vereiste deskundigenverklaring van een psycholoog of arts wordt vervangen door een verklaring van betrokkene zelf.⁸⁰

Vanuit het perspectief van de emancipatie van transgender personen zijn dit wat mij betreft toe te juichen ontwikkelingen. Tegelijkertijd leveren zij voor het College ingewikkeldheden op bij de toepassing van de bepalingen in de AWGB en het Besluit gelijke behandeling die uitzonderingen bevatten op het verbod van onderscheid op grond van geslacht. Onderscheid op grond van geslacht is niet verboden in gevallen waarin het geslacht bepalend is en in gevallen waarin de bescherming van de vrouw aan de orde is.⁸¹ Artikel 1 van het Besluit merkt als dergelijke gevallen onder meer aan: het gebruik van sanitaire voorzieningen, baden, sauna's of slaap- of kleedruimten die zijn bestemd voor gebruik door twee of meer personen (voor zover voor mannen en vrouwen gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn) en de deelname aan activiteiten op het terrein van spel of sport, voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen. Hoe moet met deze bepalingen worden omgegaan in situaties waarin zich een verschil voordoet tussen de 'juridische werkelijkheid', de geslachtregistratie in de bevolkingsadministratie, en de 'fysieke werkelijkheid', de uiterlijke geslachtskenmerken van een persoon die anderen waarnemen?

76 College voor de Rechten van de Mens 23 september 2019, oordeel 2019-97.

77 *Stb.* 2019, 302. Initiatiefvoorstel-Bergkamp, Van den Hul en Özütok, *Kamerstukken II & I*, 34650.

78 Zie o.m. Commissie Gelijke Behandeling 9 maart 2006, oordeel 2006-33; Commissie Gelijke Behandeling 28 juni 2006, oordeel 2006-131; Commissie Gelijke Behandeling 1 oktober 2008, oordeel 2008-116; College voor de Rechten van de Mens 8 augustus 2013, oordeel 2013-104; College voor de Rechten van de Mens 22 februari 2017, oordeel 2017-20.

79 Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte (*Stb.* 2014, 1).

80 *Kamerstukken II* 2018/19, 27859, nr. 133.

81 Artikel 2 lid 2 AWGB.

Het College heeft al een keer met een dergelijke situatie te maken gehad. In oordeel 2018-101 ging het om een transvrouw die lid wilde worden van een sportschool die haar sportfaciliteiten exclusief aanbiedt aan vrouwen. De vrouw stond sinds eind 2014 officieel geregistreerd als vrouw, zonder geslachtsveranderende operaties te hebben ondergaan. De sportschool weigerde de transvrouw als lid met als argument dat haar mannelijke fysiek een aantasting zou vormen van de intieme, veilige setting voor vrouwen die de sportschool wil bieden en waarvoor een belangrijk deel van haar cliëntèle bewust kiest vanwege hun achtergrond, gevoel, geloof of overtuiging. Het College oordeelde in deze zaak tot verboden onderscheid, geheel langs de lijnen van het gesloten stelsel: de AWGB en het Besluit gelijke behandeling voorzien niet in een uitzondering op het verbod van onderscheid naar geslacht in een situatie als deze.⁸² Wel liet het College in zijn oordeel doorklinken dat de Transgenderwet en de gelijkebehandelingswetgeving hier niet goed op elkaar aansluiten:

'Het College volgt verweerster in haar betoog dat zij zich in de onderhavige zaak voor een dilemma geplaatst ziet ten aanzien van de conflicterende belangen van (sommige van) haar leden en de belangen van verzoekster. Vanwege dit dilemma, heeft verweerster ervoor gekozen om de belangen van haar bestaande leden te laten prevaleren boven het belang van verzoekster. Het College overweegt hieromtrent als volgt. De AWGB kent een gesloten systeem. De uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid op grond van geslacht zijn limitatief in de AWGB opgenomen en nader uitgewerkt in het Besluit gelijke behandeling. (...) Bij de totstandkoming van het Besluit is vooral uitgegaan van het fysieke geslacht van een individu, terwijl bij de totstandkoming van de Transgenderwet de genderidentiteit van een individu (zelfidentificatie) voorop staat. Het dilemma van verweerster staat niet op zichzelf en kan zich op verschillende maatschappelijke terreinen afspelen. Het is daarom een gemis dat de wetgever bij de totstandkoming van de Transgenderwet niet expliciet is ingegaan op de gevolgen van die wet in het maatschappelijk verkeer tussen personen, hun mogelijk conflicterende belangen en de vraag hoe de consequenties van die wet zich verhouden tot het Besluit en andere gelijkbehandelingswetgeving.'⁸³

Begin 2020 ontbrandde, naar aanleiding van een opinieartikel in het dagblad *Trouw*,⁸⁴ een polemiek over situaties waarin de versoepelde mogelijkheden tot geslachtsverandering al dan niet zouden botsen met de bescherming van vrouwen die in sommige contexten evenzeer van belang is.⁸⁵ Nu denk ik dat in die polemiek de veiligheidsrisico's voor vrouwen die zouden (kunnen) ontstaan door de versoepelde eisen voor wijziging van de geslachtsaanduiding schromelijk werden overdreven. Dat neemt echter niet weg dat het College – in incidentele gevallen – wel voor juridische uitdagingen kan komen te staan. Wat als zich een niet-geopereerde transvrouw meldt die de damesdag van een sauna wil bezoeken of wil deelnemen aan het kampioenschap verspringen voor vrouwen? Moet dan de juridische werkelijkheid of de fysieke werkelijkheid maatgevend zijn voor de toepassing van artikel 1 Besluit gelijke behandeling?

82 Het College ging overigens niet in op de vraag of het exploiteren van een sportschool speciaal voor vrouwen überhaupt wel te verenigen is met de AWGB. De wet en het besluit voorzien in ieder geval niet rechtstreeks in enige uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van geslacht voor het aanbieden van een dergelijke dienst.

83 College voor de Rechten van de Mens 11 oktober 2018, oordeel 2018-101, par. 6.6.

84 C. Franssen, 'Wijziging Transgenderwet brengt de veiligheid van vrouwen in gevaar', *Trouw* 28 januari 2020.

85 Zie o.m. C. Pierik & J. van Tricht, 'Niet het mannenlijf maar stereotypen bedreigend voor vrouwen', 31 januari 2020, www.movisie.nl/artikel/niet-mannenlijf-maar-stereotypen-bedreigend-vrouwen.

4.4 De roep om toevoeging van nieuwe discriminatiegronden

Al diverse jaren is er in Nederland sprake van een roep om de toevoeging van nieuwe discriminatiegronden. Deze discussie speelt zich vooral af rond artikel 1 van de Grondwet. Er zijn echter ook verschillende Europese en internationale mensenrechteninstanties die de Nederlandse regering hebben opgeroepen tot het toevoegen van extra discriminatiegronden aan de AWGB. Welke uitdagingen leveren deze twee discussies op?

Hoewel artikel 1 Grondwet geen gesloten opsomming van discriminatiegronden kent – immers, de tweede zin van artikel 1 stelt dat discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht *of op welke grond dan ook* niet is toegestaan – is de roep om te komen tot aanvulling van het rijtje expliciet benoemde gronden al oud. Al in 2001 was er de motie-Rouvoet c.s., die opriep tot aanvulling van de grond handicap en chronische ziekte.⁸⁶ Er volgden een advies van de CGB, een advies van een deskundigencommissie en uiteindelijk een kabinetsreactie om het artikel te laten zoals het was.⁸⁷ In 2009 kwam er een initiatiefwetsvoorstel om de gronden handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid aan de opsomming in artikel 1 toe te voegen.⁸⁸ Tijdens de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel zijn inmiddels twee tamelijk haaks op elkaar staande amendementen ingediend: een amendement van 50PLUS om ook de grond leeftijd toe te voegen⁸⁹ en een amendement van de SGP om alle opgesomde discriminatiegronden te schrappen en te volstaan met de algemene formulering ‘discriminatie is niet toegestaan’.⁹⁰ Deze twee amendementen leggen de uitdaging rondom artikel 1 Grondwet bloot. Blijven we doorgaan met het telkens weer toevoegen van nieuwe discriminatiegronden, omdat elke groep die nog niet via een grond genoemd wordt altijd wel naar deze ultieme constitutionele ‘erkenning’ zal blijven streven, ook al levert dat in termen van materiële juridische bescherming niets extra’s op? Of halen we er een radicale streep door en kiezen we voor een sobere formulering, die in de uitvoeringswetgeving (de AWGB, etc.) via de aldaar genoemde discriminatiegronden nader handen en voeten krijgt?

Als het gaat om de opsomming van discriminatiegronden in de AWGB heeft de Nederlandse regering te maken met kritiek van onder meer het VN-Mensenrechtencomité en de *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) vanwege het feit dat in de Nederlandse gelijkebehandelingswetten niet een lijst van discriminatiegronden is opgenomen die gelijklopend is aan die in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) of artikel 14 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).⁹¹ Welke gronden missen we dan in de Nederlandse wetten in vergelijking

86 *Kamerstukken II* 2001/02, 28000-XVI, nr. 112.

87 Zie hierover (met uitvoerige bronverwijzingen): J.H. Gerards, ‘Artikel 1 Grondwet – Goede gronden voor wijziging?’, *NTM/NJCM-Bull.* 2016, p. 304-318 en M.L.P. Loenen, ‘Wijziggen of handhaven artikel 1 Grondwet: bij twijfel niet inhalen’, *NTM-NJCM-Bull.* 2016, p. 319-326.

88 Initiatiefvoorstel Van der Ham, Van Tongeren en Heijen Toevoeging van handicap en hetero- of homoseksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond, *Kamerstukken II* 2009/10, 32411, nr. 1-3. Eind 2017 werd de verdediging van dit initiatiefvoorstel overgenomen door de Kamerleden Bergkamp, Özütok en Van der Hul.

89 *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 11 (amendement-Krol).

90 *Kamerstukken II* 2019/20, 32411, nr. 10 (amendement-Bisschop).

91 Zie *European Commission against Racism and Intolerance, Fifth report on the Netherlands*, Strasbourg: Council of Europe 4 June 2019, p. 13 (onder 8).

met artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM? Dat zijn: huidskleur, taal, etnische afstamming, maatschappelijke afkomst, vermogen, geboorte en andere status.

Voor huidskleur, taal en etnische afstamming is het standaardverweer van de Nederlandse regering dat deze twee gronden volgens de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, die ook gevolgd wordt door het College voor de Rechten van de Mens, zijn inbegrepen in de grond ras.⁹² De grond ras omvat, in overeenstemming met het VN-Verdrag tegen rassendiscriminatie, kenmerken van fysieke, etnische, geografische, culturele, historische of godsdienstige aard.⁹³ In juridische zin zou het toevoegen van de discriminatiegronden huidskleur, taal en etnische afstamming dan ook geen extra waarborg opleveren. Het College ontvangt echter ook signalen dat burgers niet zo'n helder beeld hebben bij het begrip 'ras' zoals dat nu in de AWGB is opgenomen. Want wanneer ben je nu van een bepaald ras? Om die reden kan ik me voorstellen dat het expliciet noemen van 'huidskleur', 'etnische afstamming' en 'taal' in de wet de duidelijkheid en daardoor de effectiviteit van de AWGB toch zou kunnen bevorderen.

Toevoeging aan de AWGB van gronden als maatschappelijke afkomst en vermogen vergt echter een veel complexere denk-exercitie en dus een veel groter uitdaging. Zo is bijvoorbeeld het inpassen van deze gronden in het gesloten systeem van de AWGB op voorhand niet goed denkbaar: er zijn te veel situaties denkbaar waarin direct onderscheid op één van deze beide gronden wordt gemaakt dat niet per definitie ongerechtvaardigd is.

5 De (beperkte) reikwijdte van het gelijkebehandelingsrecht

De gelijkebehandelingswetten hebben een beperkt toepassingsbereik: ze gelden niet voor alle terreinen van het maatschappelijk leven. De wetten verbieden discriminatie:

- op de arbeidsmarkt (onder meer bij sollicitaties, bij bejegening op de werkvloer, bij de beloning, in de andere arbeidsvoorwaarden);
- bij het aanbieden van of de toegang tot goederen en diensten (bijvoorbeeld op het gebied van wonen, welzijn, gezondheidszorg, cultuur, onderwijs, financiële dienstverlening, verzekeringsdiensten, winkelen, sporten en uitgaan);
- bij de uitoefening van het vrije beroep (denk aan freelancers en zelfstandig ondernemers);
- bij lidmaatschap van vakbond of vereniging van beroepsgenoten;
- bij sociale bescherming (denk aan uitkeringen of studiefinanciering; hier geldt overigens alleen een verbod van onderscheid op grond van ras, de andere discriminatiegronden gelden hier niet).

Deze beperkte reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving betekent bijvoorbeeld dat allerlei discriminatoire uitingen die in de media worden gedaan of discriminerende gedragingen waarmee mensen op straat kunnen worden geconfronteerd niet onder de genoemde wetten vallen. Wel kunnen de discriminatiebepalingen van het Wetboek van Strafrecht daarop van toepassing zijn. Tot slot van deze bijdrage een paar beschouwingen die te maken hebben met deze beperkte reikwijdte van het gelijkbehandelingsrecht.

92 Zie bijv. de kabinetsreactie n.a.v. het vijfde ECRI-rapport uit 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 30950, nr. 176, p. 2.

93 Zie o.a. HR 13 juni 2000, *NJ* 2000/513 en HR 29 maart 2016, *ECLI:NL:HR:2016:510*. Zie bijv. ook: College voor de Rechten van de Mens 2 april 2019, oordeel 2019-29, par. 6.2.

5.1 De maatschappelijke positie van LHBTI-ers

Toen de AWGB tot stand werd gebracht was een belangrijk argument dat er bescherming moest worden geboden aan homoseksuelen die werden uitgesloten op de arbeidsmarkt. Het is mij opgevallen dat in die 25 jaar AWGB zich maar een handjevol oordelen heeft voorgedaan dat ziet op die uitsluiting van LHBTI-personen op de arbeidsmarkt. Dat wil niet zeggen dat die uitsluiting daar helemaal niet plaatsvindt, maar ik heb nu ook weer geen signalen dat personen uit de LHBTI-gemeenschap hun weg naar het College niet zouden weten te vinden als zij met zulke uitsluiting zouden worden geconfronteerd. Wat ik wel waarneem, is dat de meer in het oog springende problemen die LHBTI-ers ondervinden binnen de samenleving zich afspelen op terreinen die buiten de reikwijdte van de AWGB vallen: in het openbare leven, in de publieke ruimte geconfronteerd worden met verbaal of fysiek geweld, met onveiligheid of agressie in de leefomgeving. Dat zijn serieuze problemen en daar gaat het soms ook om zeer ernstige feiten. En die hebben ook de aandacht van het College,⁹⁴ maar het gelijkebehandelingsrecht ziet er niet op.

De recente invoeging in de AWGB van artikel 1 lid 2, waarmee wordt geëxpliciteerd dat onder onderscheid op grond van geslacht mede verstaan wordt onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie is mooi en goed, maar heeft vooral symbolische waarde. Ook zonder deze wetstoevoeging was het reeds de vaste oordelenlijn van het College om deze vormen van onderscheid onder de discriminatiegrond geslacht te brengen. Het tegengaan van maatschappelijke uitsluiting en achterstelling van LHBTI-ers vergt mijns inziens echter vooral acties en maatregelen buiten het domein van het gelijkebehandelingsrecht.

5.2 Stigmatiserend eenzijdig overheidshandelen

Een ander terrein dat niet onder de reikwijdte van het gelijkebehandelingsrecht valt is dat van het 'eenzijdig overheidshandelen'.⁹⁵ Maar van sommig eenzijdig overheidshandelen kan wel een sterk stigmatiserend effect uitgaan.

Een voorbeeld daarvan vind ik de toepassing van de zogenoemde 'Rotterdamwet', de Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek.⁹⁶ Mijn problemen met die wet zitten vooral in artikel 8 dat de mogelijkheid creëert om mensen met een laag inkomen, mensen met een uitkering, te weren in bepaalde wijken om zo de leefbaarheid te bewaken. Dit wetsartikel gaat wat mij betreft uit van de stigmatiserende vooronderstelling dat personen met een laag inkomen

94 De eerstvolgende jaarrapportage 'Mensenrechten in Nederland' van het College zal gewijd zijn aan het thema 'vrij jezelf kunnen zijn in het openbaar'.

95 De AWGB bevat geen duidelijke definitie van 'eenzijdig overheidshandelen' en ook bij de totstandkoming van de wet is nooit helemaal helder gemaakt wat eenzijdig overheidshandelen inhoudt (zie daarover: P.J.J. Zootjes, 'De uitzondering inzake "eenzijdig overheidshandelen"', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zootjes (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2006, p. 115-144). Globaal gaat het bij eenzijdig overheidshandelen om zelfstandige beslissingen van overheidsorganen, genomen op basis van de bevoegdheden of in het kader van de wettelijke taak die een wet aan die organen toekent en om gedragingen van overheidsfunctionarissen bij de uitoefening van hun wettelijke taak. Voor zover het uitoefenen van wettelijke bevoegdheden of taken echter geschiedt op het terrein van de sociale bescherming is het verbod van onderscheid op grond van ras dan weer wel van toepassing.

96 *Sib.* 2005, 726.

of uitkering grotere leefbaarheidsproblemen veroorzaken.⁹⁷ Ik geloof best dat op statistisch niveau het inderdaad zo is dat leefbaarheidsproblemen groter zijn in wijken waar sprake is van een grote concentratie van mensen met een zeer laag inkomen. Die correlatie zal er vast zijn, maar wat zeggen die statistieken nu precies over het gedrag van een individuele persoon die op zoek is naar een woning, maar moet rondkomen van een uitkering? Deze wet plakt op dat individu het label: 'u vormt een leefbaarheidsrisico', zonder dat het feitelijke gedrag van de persoon in kwestie wordt getoetst. En is het discriminatieverbod nu niet juist bedoeld om ervoor te zorgen dat iemand niet wordt afgerekend op veronderstelde kenmerken van de groep waartoe die persoon behoort, maar alleen op de eigen gedragingen en handelingen? Dat is volgens mij de kern waar het om gaat, en die wordt geweld aangedaan door dit onderdeel van de Rotterdamwet.

Een andere vorm van eenzijdig overheidshandelen dat risico's van stigmatisering en uitsluiting in de hand werkt is de manier waarop vandaag de dag 'openheid' betracht wordt over de etnische achtergrond van daders van criminele handelingen in de publicatie van criminaliteitsstatistieken door overheidsinstanties als het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), het Sociaal-Cultureel Planbureau (SCP) en het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (WODC). In april 2019 hebben diverse migrantenorganisaties het kabinet opgeroepen om de overheidscommunicatie over criminaliteitscijfers en herkomst aan te passen.⁹⁸ Ook ECRI heeft Nederland al diverse keren opgeroepen om hier anders mee om te gaan, omdat het publiceren van dergelijke uitsplitsingen naar herkomstland stigmatisering van alle personen die uit het betreffende land afkomstig zijn in de hand werkt.⁹⁹ Immers, maar al te makkelijk wordt met het publiceren van dit soort cijfers het beeld gecreëerd dat de etnische herkomst, of de cultuur van het land van herkomst of de religieuze opvattingen meegebracht uit het land van herkomst dé bepalende factor zijn voor het vertoonde criminele gedrag.¹⁰⁰ Terwijl in werkelijkheid die relatie veel minder sterk is of zelfs helemaal niet te bepalen valt, omdat er allerlei andere maatschappelijke factoren medebepalend zijn voor de

97 Zie daarover: Jan-Peter Loof & Jan de Vries, 'De Rotterdamwet en Sint Juttemis', Blog op *Platform 31*, 11 juli 2019, www.platform31.nl/blogs/blogs-platform31/de-rotterdamwet-en-sint-juttemis en J.P. Loof, 'De "Rotterdamwet" voor het EHRM. Over nut, noodzaak, stigmatiserende aannames en de Straatburgse toetsingsintensiteit', *Asiel & Migrantenrecht* 2017, p. 267-274.

98 'Minderhedenorganisaties roepen overheid op anders te communiceren over criminaliteit', www.republiekallochtonie.nl/blog/nieuws/minderhedenorganisaties-roepen-overheid-op-anders-te-communiceren-over-criminaliteit (laatst geraadpleegd op 21 maart 2020).

99 European Commission against Racism and Intolerance, *Third report on the Netherlands*, adopted 33 on 29 June 2007, p. 31-32; European Commission against Racism and Intolerance, *Fourth report on the Netherlands*, adopted on 20 June 2013, p. 50-51.

100 Patrick Simon, "Ethnic" statistics and data protection in the Council of Europe countries: A Study Report, Strasbourg: Council of Europe 2007, p. 14: 'the problem is less the possibility of identifying individuals, than the isolation of variables which characterise individuals or groups. Here misuse takes the form of stigmatisation, e.g. when stereotypes are confirmed by using findings reductively, or publishing tables without explaining them or analysing the factors which account for discrepancies. This is particularly true of statistics on crime, the prevalence of behaviour regarded as deviant or social problems treated more as burden on the community than as disadvantage for those directly concerned.'

vraag of iemand in crimineel gedrag vervalt.¹⁰¹ De argumenten voor het betrachten van deze ‘openheid’ zijn dan ook helemaal niet zo overtuigend.¹⁰²

In de jurisprudentie van het EHRM is bepaald dat het publiceren van informatie, ook in een wetenschappelijke context, die een voldoende ernstige mate van negatieve stereotypering bevat van een bepaalde bevolkingsgroep een inbreuk kan vormen op het recht op bescherming van het privéleven. Dat is zo als die negatieve stereotypering een aantasting vormt van de ‘group’s sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of its members’.¹⁰³ Het jarenlang meewerken, door deze manier van publicatie van criminaliteitscijfers, aan een beeld van ‘oververtegenwoordiging’ van bepaalde etnische groepen binnen de criminaliteitsstatistieken zou best eens gezien kunnen worden als een aantasting van het privéleven van leden van deze bevolkingsgroepen. De risico’s op maatschappelijke uitsluiting of benadeling van leden van de betreffende bevolkingsgroepen dwingen mijns inziens tot een heel zorgvuldige juridische toets waarin die inbreuk op het privéleven wordt afgewogen tegen het belang van de uitingsvrijheid.¹⁰⁴ Nu is er in de afgelopen decennia heel veel geschreven over de voors- en tegens van deze manier van publicatie van criminaliteitscijfers, maar een zorgvuldige juridische afweging van deze beide in het geding zijnde grondrechten heb ik daarin niet teruggezien. Hier ligt een mooie uitdaging voor het College om er op aan te dringen dat die lacune opgevuld wordt, want het gaat weliswaar weer om een kwestie die buiten het toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetgeving ligt, maar het is er wel weer een die de kern raakt van datgene wat het discriminatieverbod wil tegengaan.

101 R.V. Bijl, M. Blom, J. Oudhof & B.M.F. Bakker, ‘Criminaliteit, etniciteit en demografische ontwikkeling’, *Justitiële Verkenningen* 2006, nr. 3, p. 55-74, concluderen in antwoord op de vraag ‘Wat voorspelt: herkomst of sociaal-economische kenmerken?’: ‘De allochtone bevolking in Nederland is niet alleen relatief jong, maar zij verschilt ook op andere demografische en sociaal-economische kenmerken van de autochtone bevolking. Zo hebben allochtonen in vergelijking met autochtonen vaak grote gezinnen, een laag opleidingsniveau, een slechte arbeidsmarktpositie, een laag inkomen en wonen zij vaak in achterstandswijken (...). Een vaak terugkerend discussiepunt is of de relatief hoge criminaliteitscijfers onder groepen allochtonen nu toe te schrijven zijn aan met de herkomst samenhangende kenmerken of aan een ongunstige sociaal-economische situatie. (...) De analyses wijzen uit dat – rekening houdend met relevante achtergrondkenmerken – de meeste allochtone groeperingen een grotere kans hebben om als verdachte geregistreerd te zijn dan autochtonen. Tegelijkertijd is echter ook te constateren dat de verschillen die er bestaan tussen autochtonen en allochtonen voor een groot deel samenhangen met verschillen in leeftijd en geslacht. Bovendien blijkt dat door rekening te houden met sociaal-economische kenmerken nog eens een aanzienlijk deel van de verschillen wegvalt.’ Zie tevens E. Butter, ‘Factsheet: Wat weten we over Nederlanders met een migratieachtergrond en criminaliteit?’, www.republiekallochtonie.nl/nederlanders-met-een-migratieachtergrond-allochtonen-en-criminaliteit (laatst geraadpleegd op 21 maart 2020).

102 Gwen van Eijck & Tom van Messel, ‘Zeven argumenten om criminaliteitscijfers uit te splitsen naar herkomst nader bekeken’, www.republiekallochtonie.nl/blog/achtergronden/zeven-argumenten-om-criminaliteitscijfers-uit-te-splitsen-naar-herkomst-nader-bekeken (laatst geraadpleegd op 21 maart 2020).

103 EHRM 15 maart 2012, 4149/04, r.o. 58 (*Aksu/Turkije*); EHRM 17 januari 2017, 10851/13, r.o. 41 (*Király and Dömötör/Hongarije*). Zie uitvoeriger over deze problematiek: Paul Quinn, *Stigma, State Expressions and the Law: Implications of Freedom of Speech*, Routledge 2019, hoofdstuk 6.

104 De EHRM-jurisprudentie onderstreept het belang van een zorgvuldige afweging tussen deze twee in het geding zijnde rechten, zie bijv. EHRM 8 december 2015, 51/06 (*Caragea/Roemenië*), EHRM 18 februari 2014, 43912/10 (*Jalba/Roemenië*), EHRM 7 februari 2012, 39954/08 (*Axel Springer AG/Duitsland*).

6 Slotwoord: laten we de belangrijke rol van de ADV's niet vergeten

Er ligt dus een uitdaging om ook buiten de reikwijdte van de AWGB, op basis van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1 Grondwet, uit het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en uit de discriminatieverboden die zijn opgenomen in diverse mensenrechtenverdragen alert te zijn op discriminerende en stigmatiserende effecten van overheidsmaatregelen of regelgeving. Dat is niet alleen iets voor het College om in het oog te houden, ook de lokale/regionale antidiscriminatievoorzieningen (ADV's) kunnen daarbij een belangrijke rol vervullen.

De AWGB bestaat 25 jaar, maar er is nog een andere zeer relevante wet voor de bestrijding van discriminatie: de Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen (Wga).¹⁰⁵ Deze bestaat nu tien jaar en verplicht elke gemeente om te voorzien in een instantie (een ADV) die onafhankelijke bijstand kan verlenen aan personen bij de afwikkeling van hun klachten over ongelijke behandeling of discriminatie. De handhaving van het gelijkebehandelingsrecht is in belangrijke mate afhankelijk van individuen die een verzoek om een oordeel voorleggen aan het College, of een procedure aanspannen bij de rechter. Om dat op een effectieve manier te kunnen doen, is steun daarbij van een ADV voor veel burgers onontbeerlijk. ADV's kunnen eventueel ook op eigen titel een verzoek indienen bij het College.¹⁰⁶

Maar bovenal kunnen ADV's een rol vervullen bij discriminatievraagstukken buiten het terrein van het gelijkebehandelingsrecht: door slachtoffers te assisteren bij het doen van aangifte van discriminerende uitingen of gedragingen, door het voeren van regionaal overleg met het Openbaar Ministerie over de vervolging van discriminatie, door lokale autoriteiten aan te spreken op eventuele discriminerende aspecten van het door hen gevoerde beleid of door mee te denken over de vormgeving van lokaal beleid ter preventie van discriminatie, door voorlichting te geven.¹⁰⁷ Die laatste drie rollen zijn evenwel 'buitenwettelijk': het zijn geen taken die de Wga aan ADV's toedeelt. De mate waarin de ADV's in staat zijn om ook die – voor de bestrijding van discriminatie en bevordering van gelijk behandeling zo relevante – buitenwettelijke rollen te vervullen, is dus afhankelijk van de manier waarop de betreffende gemeente bereid is daarover afspraken te maken en daarvoor budget ter beschikking te stellen.

In een brief die de minister van BZK in oktober 2019 aan de Tweede Kamer stuurde over de ontwikkeling en versterking van het ADV-stelsel legt zij uit dat het systeem van ADV's zoals voorzien in de Wga mede bedoeld is om de betrokkenheid van het lokale bestuur bij de aanpak van discriminatie te waarborgen.¹⁰⁸ In de praktijk blijkt dat diverse gemeenten behoefte hebben aan een stimulans bij het vormgeven van hun antidiscriminatiebeleid, zo stelt de minister. Terecht acht de minister een grote betrokkenheid van de ADV's bij het gemeentelijk beleid hierbij van belang en terecht wil de minister de *best practices* die sommige ADV's op dit vlak hebben ontwikkeld laten uitdragen naar de andere ADV's. De minister koppelt hieraan 'een gerichte betrokkenheid vanuit het ministerie van BZK op de onafhankelijkheid, deskundigheid, toeganke-

105 *Stb.* 2009, 313. Zie daarover R.J.M.H. de Greef, L.C.L. Huntjens & F.H.K. Theissen, 'De Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen en antidiscriminatiebureaus', *De Gemeentestem* 2010, nr. 7333, p. 110-117.

106 Art. 10 lid 2(e) WCRM.

107 Zie voor meer informatie over de rol van de ADV's: P. Struik e.a., *Evaluatie van de Wet Gemeentelijke Antidiscriminatievoorzieningen*, Vught: Partners & Pröpper 2012.

108 *Kamerstukken II* 2019/20, 30950, nr. 179.

lijkheid en adequate financiering' van de ADV's. Dat lijkt mij een uitstekend voornemen van de minister, al zou ik graag nog wat nader geïnformeerd willen worden over de manier waarop zij dit voornemen denkt te gaan uitvoeren, bijvoorbeeld hoe zij de financiering van de ADV's door de gemeenten dan meer structureel wil gaan monitoren.

Ook in de komende 25 jaar zal er – onder meer vanwege de uitdagingen die er liggen – nog steeds behoefte zijn aan instanties die helpen bij het 'levend' en 'bij de tijd' houden van het gelijkebehandelingsrecht. Het College is er klaar voor. De ADV's zetten grote stappen in vereenvoudiging van hun vindbaarheid en toegankelijkheid via een centraal internetportaal (www.discriminatie.nl) en een landelijke app als uniform meldpunt voor discriminatieklachten. Een initiatief dat ik zeer toejuich. En ik hoop en verwacht dat vele anderen bereid zullen zijn om samen met het College en de ADV's het belang van gelijke behandeling te blijven behartigen. Want er is in 25 jaar veel bereikt, maar er is best ook nog een hoop te doen.