

gefixeerd kan het ouderdomspensioen zowel naar boven als beneden bijgesteld worden. Dit is overigens niet het geval indien er pensioenverrekening heeft plaatsgevonden onder het regime van het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad inzake Boon/Van Loon.

Emotie

Een veel gehoord argument tegen conversie is de kans op kort leven. Veronderstel bijvoorbeeld dat geconverteerd wordt en de werknemer of de ex-echtgenoot komt kort daarna te overlijden; snijd ik mezelf dan niet in de vingers? Dan ben ik immers een deel van 'mijn' ouderdomspensioen kwijt.

Dit is slechts een emotioneel argument. Rationeel kan er uitsluitend een basis zijn in de wet van de grote aantallen. In dat kader stel ik voorts dat veelal mannen moeten verevenen, de partners vaak jonger zijn en vrouwen gemiddeld langer leven. De kans op een voordeel in geval van het overlijden van de ex-echtgenoot is dan wel erg klein!

Eigen beheer

Eigen beheer tot slot mag gevoerd worden door werknemer-aandeelhouders die ten minste 10% van de aandelen bezitten. Er moet door hen schriftelijk zijn ingestemd met eigen beheer en bij ontslag een recht op een tijdsevenredige aanspraak worden meegegeven, alsmede een bijzonder nabestaandenpensioen ingeval van echtscheiding en, heel belangrijk, op de balans moet tot uitdrukking zijn gebracht dat er een pensioenverplichting is.

Ingeval van scheiding is altijd het probleem hoe het pensioengeld vanaf dat moment beheerd moet worden. Blijft het in de BV of dient het extern, veelal bij een verzekeringsmaatschappij, ondergebracht tot worden. Indien de werknemer verstandig is laat hij de partner medetekenen voor eigen beheer. Indien de partner verstandig is worden er afspraken gemaakt hoe te handelen ingeval van scheiding.

Tot dusver heeft de rechter slechts geoordeeld dat het eigen pensioen van de ex-echtgenoot, in het geval dat ook deze daar pensioen heeft opgebouwd, ingeval van 'verplichte' verkoop van aandelen onder omstandigheden niet gehouden kan worden om de pensioengelden achter te laten in de BV waarin de ex-echtgenoot geen aandelen meer heeft. Verplichte afstorting van het voorwaardelijk recht is niet aan de orde. Verplichte afstorting van het geconverteerde

recht in combinatie met daartoe afspraken in de pensioenbrief lijkt mij logisch.

Conclusie en aanbeveling

Zoals hierboven omschreven levert een voorwaardelijke verevening alleen maar problemen op. Het voorstel dezerzijds is dan ook om de wet 'om te draaien'. Conversie wordt het uitgangspunt. Indien echter partijen, dat zal veelal de vereveningsplichtige, de werknemer zijn, kunnen aantonen dat conversie in dat specifieke geval niet gewenst of mogelijk is, derhalve wegens zwaarwegende omstandigheden, dan kan de rechter op verzoek van de meest gerede partij afwijking van de conversie worden toegestaan. Beide partijen kunnen zich hierbij uiteraard laten bijstaan door een deskundig (pensioen)advocaat. Met name ook indien er een alimentatieverplichting is, zou de alimentatiegerechtigde na overlijden van de alimentatieplichtige meer behoefte hebben aan een (bijzonder) nabestaandenpensioen dan aan een eigen recht. In dat geval zou de oplossing zijn dat alleen het voorwaardelijk ouderdomspensioen wordt geconverteerd. Dit ter keus van de vereveningsgerechtigde.

In het specifieke geval van eigen beheer kunnen partijen in de pensioentoezegging een afwijkende bepaling opnemen. Aangezien veelal beide partners deze pensioenbrief tekenen en zodoende akkoord gaan met eigen beheer kan dit ook worden meegenomen. Ook kunnen, dus, niet moeten, bepalingen worden opgenomen hoe het geconverteerde pensioen voor de ex-echtgenoot na scheiding wordt veiliggesteld al dan niet in de eigen BV(s). Een betalingsafpraak kan hiervan onderdeel zijn.

Ten slotte pleit ik, mede als gevolg van de toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen voor een verevening van alleen het tijdens het huwelijk opgebouwde nabestaandenpensioen. De (verplichte) mogelijkheid tot uitruil van nabestaanden-/ouderdomspensioen conform artikel 2b PSW zijn van na de Wet VPS en zouden mijns inziens op deze manier verwerkt moeten worden.

Kortom, de Wet VPS verdient, nu al weer, na acht jaar de nodige aanpassing. Daarna kan er weer met een gerust hart gescheiden worden! ■

J.T. Gommer

(Pensioenadvocaat te Tilburg)

Reacties

Een pleidooi tegen het gebruik van het discriminatiebegrip in de gelijke behandelingswetgeving

In haar bijdrage in *NJB* 2003, nr 25 heeft Rikki Holtmaat een discussie geopend over gelijke behandeling en discriminatie. Dit is een belangrijke discussie, mede ook omdat Holtmaat terecht signaleert dat er sprake lijkt te zijn van een toenemende intolerantie, een grotere zichtbaarheid van stigma's en vooroordelen en een groeiende maatschappelijke uitsluiting van bepaalde groepen. Holtmaat lijkt te suggereren dat een belangrijke oorzaak voor de onsuccesvolle bestrijding van dit maatschappelijk kwaad is gelegen in een inflatie van het discriminatiebegrip. Op dit moment wordt in het geldende recht volgens haar te

weinig waarde gehecht aan de echt zware gevallen van discriminatie en worden deze te gemakkelijk gelijkgesteld met andere, veel minder ernstige gevallen; de werkelijke problemen dreigen daardoor minder zichtbaar te worden. Holtmaat stelt daarom voor om het discriminatiebegrip nieuw leven in te blazen en een nieuw wettelijk systeem in te richten, waarbij discriminatie zonder voorbehoud verboden wordt gesteld en dit verbod effectief wordt gehandhaafd, terwijl mildere vormen van ongelijke behandeling overwegend sectoraal worden aangepakt. Ik betwijfel of deze herinrichting een effectieve en

zinvolle verandering zou opleveren. Het door Holtmaat geformuleerde discriminatiebegrip vormt geen geschikt uitgangspunt voor een wettelijk systeem van bescherming tegen ongelijke behandeling. De gesignaleerde tekortkomingen in de gelijke behandelingswetgeving kunnen naar mijn mening beter worden opgelost door een andere aanpak te kiezen. Beide stellingen zal ik in het hiernavolgende kort toelichten. Voor een nadere uitwerking van mijn argumenten zij verwezen naar mijn proefschrift, waarin ik hieraan uitgebreid aandacht heb besteed (J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, diss. Maastricht 2002, Den Haag: Sdu Uitgevers BV, m.n. hoofdstuk 2 en 7).

Het discriminatiebegrip is een moeilijk grijpbaar begrip met veel verschillende betekenissen. De belangrijkste overeenstemming die over het begrip lijkt te bestaan betreft de pejoratieve betekenis ervan. Iedereen is het erover eens dat discriminatie iets laakbaars is: discriminatie is onderscheid dat niet door de beugel kan. In die zin is de betekenis van het begrip vrij helder. Als echter wordt geprobeerd om het discriminatiebegrip te concretiseren en het vatbaar te maken voor het gebruik in wet- en regelgeving, dan blijkt dat dit nog niet zo eenvoudig is. De juridische betekenis van het begrip is, veel meer dan de maatschappelijke betekenis ervan, controversieel: Holtmaat hangt slechts één van de verschillende mogelijke betekenissen ervan aan. In deze betekenis wordt het begrip gebruikt om aan te geven of een ongelijke behandeling kan worden gerechtvaardigd: bij discriminatie is dit nooit het geval, terwijl een rechtvaardiging voor ongelijke behandeling wel vaak mogelijk is. Bij deze uitleg van het begrip is de essentiële vraag of gesproken kan worden van 'discriminatie', dan wel of er sprake is van een 'gewone' ongelijke behandeling. Ter beantwoording van deze vraag heeft Holtmaat enkele criteria geformuleerd: om te kunnen spreken over 'discriminatie' moet er asymmetrie bestaan in de maatschappelijke machtsverhoudingen ten nadele van de betrokken groep, deze groep moet op diverse maatschappelijke terreinen worden geconfronteerd met uitsluiting en vooroordelen, en deze uitsluiting moet zijn gebaseerd op eigenschappen of karakteristieken die bepalend zijn voor de identiteit. De vraag is echter of het wenselijk is om een wettelijk systeem in te richten, waarbij, op basis van dit soort criteria, een beperkt aantal gronden is geformuleerd op grond waarvan discriminatie absoluut verboden is gesteld. Zo'n systeem heeft twee belangrijke nadelen.

Allereerst is van belang dat de gelijke behandelingsproblematiek voortdurend in beweging is. Is het op dit moment zo dat maatschappelijke intolerantie jegens moslims als een groot probleem wordt gezien, over een jaar of tien kan dat weer anders zijn. In het systeem van Holtmaat zou de gelijke behandelingswetgeving iedere paar jaar moeten worden herzien en zou, naar aanleiding van de veranderde opvattingen en op basis van de genoemde, abstracte criteria, steeds opnieuw worden vastgesteld bij welke gronden gesproken kan worden van 'discriminatie'. Dit lijkt een lastige exercitie, waarbij de bescherming tegen discriminatie sterk afhankelijk wordt gesteld van de politieke waan van de dag.

Een tweede, belangrijkere reden om het door Holtmaat voorgestelde systeem te verwerpen is gelegen in het feit dat hierdoor onnodige problemen worden veroorzaakt als het gaat om eventuele rechtvaardigingsmogelijkheden. Holtmaat stelt dat een belangrijk voordeel van het gebruik van het discriminatiebegrip is gelegen in de duidelijkheid van de daarop gebaseerde regelstelling: een door de wet verboden

discriminatie is eenvoudigweg niet toelaatbaar. De vraag is echter hoe de huidige uitzonderings- en rechtvaardigingsgronden in dit systeem moeten worden opgebracht. Het lijkt bijvoorbeeld duidelijk dat er geen sprake is van 'discriminatie' bij ras- en geslachtsbepaald onderscheid, zoals in het bekende voorbeeld van een fotoreportage over make-up waarvoor alleen modellen met een lichte huidskleur worden geselecteerd. Hoewel dit soort onderscheid is gebaseerd op 'verdachte' onderscheidingskenmerken, kan daarbij niet worden gesproken van een ongerechtvaardigd onderscheid of van een verboden discriminatie. Lastiger is de situatie zelfs nog bij andere rechtvaardigingsgronden. Het verbieden van het dragen van een hoofddoek levert naar huidige opvattingen niet altijd discriminatie op, ook al wordt hierdoor onderscheid gemaakt jegens islamitische vrouwen. Het lijkt haast ondoenlijk voor de wetgever om dit soort rechtvaardigingsmogelijkheden mee te nemen bij een definitie van het discriminatieverbod, zonder dat de veronderstelde duidelijkheid daarvan onmiddellijk vermindert. Bovendien is de vraag of de wetgever *a priori* en ongeacht toekomstige veranderingen in opvattingen vast kan stellen in welke gevallen er sprake is van discriminatie. Naar mijn idee is dat onmogelijk: om te bepalen of er sprake is van discriminatie zal per individueel geval moeten worden bekeken of het daadwerkelijk gaat om een laakbaar onderscheid. Anders gezegd: hoewel soms een vermoeden van discriminatie kan ontstaan op basis van de door Holtmaat genoemde criteria, moet steeds worden gekeken naar de voor het onderscheid aangevoerde rechtvaardiging om te kunnen bepalen of daarvan daadwerkelijk sprake is. Dit betekent dat het beantwoorden van de rechtvaardigingsvraag onvermijdelijk is: het verhangen van de bordjes biedt daarvoor geen uitweg.

Gezien bovengenoemde bezwaren is het de vraag of de gelijke behandelingswetgeving echt zou worden verbeterd wanneer deze wordt opgehangen aan het discriminatiebegrip in plaats van aan het neutrale begrip 'onderscheid': het lijkt erop alsof dit eerder tot problemen leidt. Feit blijft echter dat Holtmaat terecht signaleert dat de huidige wetgeving tekortkomingen vertoont. Mijns inziens kunnen die in belangrijke mate worden verminderd door het doorbreken van het huidige gesloten systeem van de AWGB. Dit rigide systeem met zijn beperkt geformuleerde uitzonderingsgronden zorgt er vaak voor dat maatschappelijk belangrijke vragen over ongelijke behandeling (zoals de vraag of een school het dragen van een gezichtsbedekkende sluier mag verbieden) alleen via een erg gewrongen juridische constructie of zelfs in het geheel niet aan bod kunnen komen. De bruikbaarheid van de wet om écht relevante ongelijkheden te bestrijden wordt door dit systeem sterker aangetast dan door het enkele feit dat in deze wet het begrip 'onderscheid' wordt gehanteerd in plaats van het begrip 'discriminatie'.

Dit probleem kan worden opgelost door een open wettelijk systeem te creëren dat ongerechtvaardigd onderscheid verboden stelt, en waarin goede en duidelijke criteria zijn opgenomen voor de beoordeling van ongelijke behandelingen. Daarbij moet dan niet alleen worden gedacht aan criteria voor de toetsing van de aangevoerde rechtvaardiging, maar ook aan criteria voor de bepaling van de intensiteit van deze toetsing. In sommige gevallen kan dan volstaan worden met een marginale toetsing (zoals in de door Holtmaat genoemde 'bagatelzaken'), maar in andere gevallen is een buitengewoon strikte toetsing aangewezen, waarbij de aangevoerde rechtvaardiging vergaand beoordeeld wordt op draagkracht en redelijkheid. De keuze voor een bepaalde intensiteit moet

worden gebaseerd op een afweging van een groot aantal intensiteitsbepalende factoren. Deze factoren betreffen zaken als de grond van onderscheid, de maatschappelijke positie van de aangetaste groep, de aard van het onderscheid en de aard en het gewicht van de aangetaste belangen. Deze afweging zal in de meeste door Holtmaat als discriminatie omschreven gevallen leiden tot een zeer strikte toetsing, waarbij het vrijwel onmogelijk zal zijn om het onderscheid toelaatbaar te achten. Het voorgestelde open systeem biedt dus zeker mogelijkheden om streng op te treden tegen 'discriminatie'. Een voordeel is bovendien dat dit systeem leidt tot een grote mate van flexibiliteit, waardoor het mogelijk is om een rechtvaardiging aanwezig te achten als daaraan behoefte bestaat (zoals in het geval van de hoofddoeken) en om 'nieuwe' verdachte gronden van onderscheid te formuleren wanneer daartoe aanleiding bestaat.

Door de voorgestelde verandering in het wettelijk systeem van de AWGB zullen waarschijnlijk geen grootschalige veranderingen kunnen worden be-

werkstelligd als het gaat om het door Holtmaat gesignaleerde maatschappelijke probleem van uitsluiting en stigmatisering. De vraag is echter of een wettelijk systeem van individuele rechtsbescherming dat effect überhaupt wel kan hebben, of zo'n systeem nu is gebaseerd op 'discriminatie' of op een flexibele rechterlijke toetsing van ongelijke behandeling. Hoewel rechterlijke uitspraken en oordelen van de CGB zeker kunnen bijdragen aan het maatschappelijk debat en oplossingen kunnen bieden voor bepaalde problemen, lijkt het noodzakelijk om beleid te ontwikkelen dat specifiek is gericht op de verbetering van de positie van kwetsbare groepen en op verandering van maatschappelijke opvattingen. Daarbij kan het begrip 'discriminatie' zeker een belangrijke symboolwerking hebben; als juridisch begrip is het echter niet goed hanteerbaar. ■

Janneke Gerards

(u.d. staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden)

Discriminatie: van inflatie naar complicatie?

Enkele bedenkingen bij R. Holtmaat's pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling

In het artikel 'Stop de inflatie van het discriminatiebegrip' in het *NJB* van 20 juni jl. vertrekt auteur Rikki Holtmaat vanuit de bezorgdheid om de gevaren van een doorgedreven streven naar gelijkheid of de nietsontziende bestrijding van discriminatie. Enerzijds vormt een verabsolutering van het gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel aldus de auteur een grote bedreiging voor de grondrechtelijke vrijheden en de diversiteit en pluraliteit van een samenleving, terwijl anderzijds de toenemende 'inflatie' van het discriminatiebegrip er volgens haar tegelijk toe leidt dat het begrip in ethisch opzicht verwatert en zijn slagkracht verliest.

Ter remediëring hiervan stelt Holtmaat voor om 'weer een duidelijk onderscheid' te maken 'tussen de normatief-ethische non-discriminatie-norm en een aantal juridisch- of beleidsmatig instrumentele gelijkbehandelingsnormen'. De implicatie hiervan op wetgevend vlak zou moeten zijn dat er een verschil wordt aangebracht tussen 'wetgeving die gericht is op discriminatiebestrijding en wetgeving die op bepaalde welomschreven terreinen beoogt ongelijke behandeling tegen te gaan'.

Concreet zou dit betekenen dat er voor een zeer beperkt aantal gronden een *asymmetrische* discriminatiebescherming zou moeten zijn.¹ Deze gronden zouden worden bepaald op grond van sociologisch onderzoek op basis van de vraag of er sprake is van 'systematische en structurele uitsluiting, vernederende bejegening en benadeling die bepaalde minder machtige groepen in de samenleving onder vinden op grond van aan hen toegeschreven eigenschappen of kenmerken die wezenlijk zijn voor hun identiteit of zelfbeleving, waardoor ze worden gedehumaniseerd en/of worden beroofd van het volle genot van hun mensenrechten'. Als voorschot gokt de auteur met betrekking hiertoe alvast op het 'hebben van het vrouwelijk geslacht, het hebben van een andere dan een West-Europese of Anglo-Amerikaanse afkomst, het aanhangen van de Islamitische geloofsovertuiging, het hebben van een lichamelijke en/of geestelijke handicap en - wellicht - het zijn van homoseksueel'. De discriminatiewetgeving zou verder moeten gelden voor alle maatschappelijke terreinen. Tot slot zou zij gekenmerkt moeten worden door een stringente toepassing en

een zwaar en effectief sanctieapparaat (zowel straf- als burgerrechtelijk).

Voor andere gronden zou *symmetrische* wetgeving worden ingesteld met een verbod op ongelijke behandeling. Om 'grote verwarring en juridisch gekis-sebis' te vermijden zouden in deze laatste wetgeving de meer algemene gronden waarvan de discriminatiegronden een *genus* zijn echter niet worden opgenomen (dus respectievelijk geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of levensovertuiging en ten slotte seksuele gerichtheid). Verder zou de werkings-sfeer van deze wetgeving veel beperkter en het sanctieapparaat milder zijn. Vormen van onderscheid die onder geen van beide wetgevingen vallen zouden in beginsel zijn toegestaan (tenzij ze in strijd zouden zijn met 'algemene civiel- en administratiefrechtelijke normen').

De door Holtmaat in het artikel voorgestelde oplossingen zijn vernieuwend en ze hebben ook een grote aannemelijkheid en analytische scherpte. Desalniettemin lijken ze uiteindelijk in theoretisch opzicht, maar vooral ook in de praktische uitwerking tekort te schieten, zodat ze meer problemen veroorzaken dan oplossen.

Onderscheid in onderscheid

De grootste problemen die de benadering van Holtmaat kenmerken, zijn gelegen in de onderscheiden die zij maakt. De meest centrale hiervan is het onderscheid tussen de wederzijds uitsluitende systemen van enerzijds discriminatiewetgeving en anderzijds ongelijkebehandelingswetgeving en de hiermee verbonden indeling in 'discriminatie-relevante' en 'discriminatie-irrelevante' gronden.

Het lijkt - om een aantal redenen - twijfelachtig of deze tweedeling mogelijk en werkbaar is in de praktijk. Om te beginnen leidt zij tot het omschrijven van groepen personen die door het discriminatieverbod beschermd worden en groepen die dit moeten ontberen en slechts kunnen terugvallen op de (mindere) bescherming van gelijkebehandelingswetgeving. Een dergelijke hiërarchie is intuïtief onrechtvaardig, *tenzij* er tussen het verschil in maatschappelijke benadeling of uitsluiting op grond van verschillende persoons- of groepeeigenschappen werkelijk een dermate grote en eenduidige kloof zou bestaan als Holtmaat gelooft. In dat geval zou je echter verwachten dat de 'discriminatie-relevante' gronden zich ook onmiskenbaar zouden opdringen. Dit laatste is echter niet direct het geval. Indien men het al eens is met de criteria die Holtmaat

1. De auteur haalt hiervoor het argument van definitivemacht aan: 'vanwege de ongelijke machtsverhoudingen die in het spel zijn moeten discriminatieverboden asymmetrisch geformuleerd worden en uitdrukkelijk benoemen om welke groep(en) het gaat'.

Ondanks zijn tekortkomingen is het Nederlands gelijkebehandelingsrecht relatief helder en begrijpelijk.

stelt voor het bepalen van gediscrimineerde groepen (cnf. *supra*), dan nog zal de vervulling van deze criteria aanleiding geven tot schier onoplosbare discussies (wat zijn (systematische) 'uitsluiting' en 'benadeling'; wanneer word je belemmerd in het 'volledige' genot van je mensenrechten?). Hiermee is niet gezegd dat sommige vormen van discriminatie niet ernstiger zijn dan andere, maar deze ernst is niet noodzakelijkerwijs of eenduidig verbonden met het criterium op grond waarvan onderscheid wordt gemaakt. Men zou zich in elk geval moeten afvragen of deze toch minstens ambigue basis, een dermate stringente tweedeling kan rechtvaardigen.

De invoering van 'gedegen sociologisch onderzoek', ter vaststelling van de relevante gronden biedt ook slechts een illusie van objectiviteit en resulteert in feite enkel in een *verschuiving* van de problematiek van de definitiemacht. Het opzetten, uitvoeren en interpreteren van onderzoek vindt immers niet plaats in een politiek vacuüm. Belangrijker zijn echter nog de lobby-processen daaropvolgend, ter beïnvloeding van de beleids- of wetgevingsinitiatieven die 'logisch' uit het onderzoek voortvloeien. Hierbij zijn de machtiger minderheidsgroepen ongetwijfeld in het voordeel, met een andere vorm van uitsluiting als resultaat.

Zelfs indien we aannemen dat we in dit opzicht in een ideale wereld leven, dan is er een ander praktisch probleem: dat van de inherente dynamiek van de samenleving gecombineerd met de relatieve immobiliteit van het recht. Een blik op de geschiedenis laat zien dat de beweging in gemarginaliseerde of uitgesloten groepen aanzienlijk is. Sterker nog, niet zelden zijn de gediscrimineerden van vandaag de 'discriminerenden' van gisteren (en *vice versa*). Of een onderscheid (op een bepaalde grond) discriminatoir is, schuilt (dus) niet inherent in de grond zelf, los van enige maatschappelijke of historische context. Holtmaat lijkt dit te erkennen, maar het valt moeilijk in te zien hoe deze dynamiek in de praktijk opgevangen zou kunnen worden in haar model: relatief nieuwe discriminatievormen zouden zodoende wel eens lange tijd kunnen worden gelegitimeerd.

Ook aan de asymmetrische bescherming van Holtmaat's discriminatiewetgeving zijn problemen verbonden: indien discriminatie op grond van één bepaalde godsdienst (in Holtmaat's voorstel: Islam) verboden zou zijn, maar een voor het overig 'identieke' ongelijke behandeling op grond van andere godsdiensten of levensovertuigingen niet, dan voert men een politiek die 'niet alleen de scheiding van kerk en staat geweld aan doet, maar ook op gespannen voet staat met de kern van het gelijkheidsbeginsel'.² *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de overige (discriminatie)gronden.

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is op het moment veelal symmetrisch geformuleerd. Dat betekent echter niet dat deze wetgeving de in de samenleving bestaande ongelijke machtsverhoudin-

gen ontkent, sterker nog: zowel de totstandkoming als de toepassing ervan is juist onmiskenbaar gebaseerd op de erkenning van de achterstelling van bepaalde groepen. De symmetrische normstelling verleent de wetgeving echter een dynamiek die toestaat om rekening te houden met de ontwikkelingen in de maatschappij die Holtmaat's benadering niet heeft (cf. *supra*). Bovendien vormt de symmetrie een belangrijke rem op het blindelings verlenen van voorrang aan het non-discriminatiebeginsel (ten aanzien van maatschappelijk achtergestelde groepen) ten koste van zowel de gelijke behandeling van andere groepen en individuen, alsook de overige in geding zijnde grondrechten.³ Zeker bij de tamelijk verregaande middelen van discriminatiebestrijding die Holtmaat in gedachten heeft, lijkt een compenserende toetsing geen overbodige luxe. Holtmaat's asymmetrische discriminatiewetgeving staat een dergelijke toetsing echter niet toe.⁴

Ook op het (lagere) niveau van de ongelijke behandelingswetgeving bestaan geen toetsingsmogelijkheden voor de maatregelen van het bovengelegen niveau. De gronden in beide soorten wetgevingen sluiten elkaar immers wederzijds uit – zagezegd om 'juridisch gekissebis' te vermijden.⁵ De (asymmetrische) gronden die verkoren zijn om in de antidiscriminatiewetgeving te figureren (bijv. vrouwelijk geslacht en homoseksuele gerichtheid), worden dus niet tevens opgenomen als symmetrische gronden in Holtmaat's gelijkebehandelingswetgeving (bijv. geslacht en seksuele gerichtheid).

Dit laatste lijkt een bijkomende vorm van willekeur tot gevolg te hebben. Omdat 'het aanhangen van de islamitische geloofsovertuiging' opgenomen wordt in de antidiscriminatiewet, wordt de (eerder symmetrische) grond 'geloofs- of levensovertuiging' geweerd uit de gelijkebehandelingswetgeving. Hierdoor wordt de rechtsbescherming tegen ongelijke behandeling op grond van andere geloofsovertuigingen – bijvoorbeeld de Joodse – wel heel sterk geminimaliseerd, puur vanwege de 'toevallige' inclusie van een discriminatiegrond uit dezelfde 'familie'! Wederom geldt *mutatis mutandis* hetzelfde voor de overige algemene gronden waarvan een verschijningsvorm opgenomen wordt in de discriminatiewetgeving.

Conclusie

Het model van Holtmaat is daarmee uiteindelijk niet eenvoudig werk- of realiseerbaar. Of dermate ingrijpende aanpassingen aan het Nederlandse systeem überhaupt nodig zijn, staat bovendien niet vast. Men

2. Commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken, *Ontwerpadvies inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep* (COM (1999) 565 – CS – 0068/2000 – 1999/0225 (CNS)), 11 juli 2000.

3. Hoewel voor de afweging van dit laatste in de AWGB niet veel ruimte bestaat. Een bijkomend argument voor een symmetrische formulering lijkt mij overigens dat het de maatschappelijke acceptatie van de norm faciliteert.

4. Holtmaat lijkt op dit vlak tautologisch. Zij stelt er geen ruimte is voor afweging als er sprake is van dis-

criminatie. Dit is zonder meer waar: discriminatie is immers *per definitie* verboden. Wanneer discriminatie dus vastgesteld is, dan is er geen afweging (meer) mogelijk. Afweging (al was het alleen maar ten aanzien van de criteria die vervuld moeten zijn) vindt echter wel en onvermijdelijk plaats alvorens of ten behoeve van het doen van deze vaststelling.

5. Het is overigens twijfelachtig of deze doelstelling bereikt wordt d.m.v. deze aanpak. Het 'juridisch gekissebis' dat Holtmaat hoopt te voorkomen door de gronden van beide wetgevingen wederzijds uitsluitend te maken, is vanwege de onvermijdelijke verbanden tussen gronden nauwelijks te voorkomen. Justitiabelen leggen immers een grote inventiviteit

aan de dag bij het rechtvaardigen van het door hen gemaakte onderscheid in termen van niet (of minder streng) verboden gronden. Het naast elkaar bestaan van twee wetten, met twee niveaus van bescherming zal dit hoe dan ook verder in de hand werken: wie een zware vervolging van discriminatie op grond van 'het hebben van een andere dan een West-Europese of Anglo-Amerikaanse afkomst' wil vermijden, zal bijvoorbeeld openlijk kunnen pleiten dat het gemaakte onderscheid doorgevoerd was op gronden uit de ongelijkebehandelingswetgeving, bijvoorbeeld staatkundige nationaliteit of taal(beheersing).

6. De 'verwatering' van het discriminatiebegrip is wel duidelijk waarneembaar in het dagelijkse taalgebruik, waarin het begrip gebruikt wordt voor zo'n beetje elk als willekeurig aangevoeld of ervaren onderscheid. Inflatie van het discriminatiebegrip van deze soort is echter in beginsel niet problematisch in juridisch opzicht, net zo min als het verschillend maatschappelijk gebruik van (tevens) juridische termen als bezit, misdaad en schuld geen problemen oplevert voor de juridische praktijk.

zou hiermee wel eens het spreekwoordelijke kind met het badwater kunnen weggooien.

Ondanks zijn tekortkomingen is het Nederlands gelijkebehandelingsrecht relatief helder en begrijpelijk: het invoeren van de *bijkomende* (betwistbare) onderscheiden en de lappendeken aan regels die Holtmaat voorstelt, lijkt in dit opzicht in elk geval niet zonder meer een verbetering.

Bovendien lijkt een verregaande verwatering van het discriminatiebegrip in *juridisch opzicht* nog geen realiteit.⁶ Dit proces zou er zogezegd enerzijds toe zou leiden dat de zwakste norm voor alle gevallen de maat wordt, terwijl anderzijds meer en meer futiliteiten zouden worden aangemerkt als discriminatie.

Het bewijs voor het eerste zou zijn gelegen in de 'toenemende discussie over het loslaten van het gesloten systeem, ook in geval van directe seksdiscriminatie'. De discussie met betrekking hiertoe heeft echter meer te maken met de groeiende werkingssfeer van gelijkebehandelingswetgeving die op *bepaalde terreinen* bijna noopt tot het instellen van een open systeem, daar het op een bepaald punt simpelweg onmogelijk wordt alle uitzonderingen op voorhand, uitputtend te voorzien.

De 'futiliteiten' die Holtmaat aanhaalt ter staving van de tweede ontwikkeling, zijn inderdaad opmerkelijk. Het aantal van dit soort zaken dat voor de CGB of voor de rechter verschijnt, moet echter niet worden overdreven. Bovendien heeft de Commissie zelf een middel in handen om dit tegen te gaan, mocht het toch de spuigaten uitlopen. Volgens artikel 14 eerste lid AWGB hoeft de Commissie immers niet over te gaan tot een onderzoek indien het gewicht van de gedraging kennelijk onvoldoende is. Wellicht kan een duidelijke(r) invulling en een scherpere toepassing van deze toetsing in de ontvankelijkheidsfase al volstaan om non-discussies over broekrokken en fitnesskledij te voorkomen, zonder het systeem volledig te wijzigen en daarbij het reële risico te lopen dat het middel erger zal zijn dan de kwaal –

Jogchum Vrielink

(Instituut voor vreemdelingenrecht en rechtsantropologie Katholieke Universiteit Leuven, België)

Liever alles bij het oude laten?

Janneke Gerards en Jogchum Vrielink stellen dat het beter zou zijn in het gelijkebehandelingsrecht alles (min of meer) bij het oude te laten. Dit baseren ze op twee beweringen: (1) met de inflatie van het discriminatiebegrip en de consequenties daarvan voor de rechtstoepassing en -handhaving valt het alleszins mee (m.n. Vrielink) en (2) het vervangen van een symmetrische model van neutraal geformuleerde gronden door een asymmetrisch model van non-discriminatie recht roept meer problemen op dan het oplost (beiden).

Ik geef toe: mijn bewering dat de inflatie van het discriminatiebegrip schadelijke gevolgen heeft is niet op grondig juridisch en rechtssociologisch onderzoek gebaseerd. Maar ook Vrielink steunt zijn tegenstelde opvatting niet op onderzoek.¹ Dat onderzoek is wel noodzakelijk en zou bijvoorbeeld een belangrijk aandachtspunt kunnen worden in de op handen zijnde tweede evaluatie van de AWGB.

De vraag of een symmetrisch of asymmetrisch model valt te prefereren hangt af mede van de visie die je op de rol en functie van een gelijkheidsnorm in het recht hebt. Ik zal deze gelegenheid daarom aangrijpen om enkele fundamentele aspecten van het gelijkebehandelingsrecht en non-discriminatie recht, nog wat nader te beschouwen.

De kern van het gelijkheidsbeginsel

Vrielink is bang dat mijn voorstel om niet langer van symmetrisch geformuleerde non-discriminatiegronden uit te gaan zal leiden tot het loslaten van de scheiding tussen kerk en staat en het gelijkheidsbeginsel in de kern zal aantasten. Als hij met die kern de grondwettelijke garantie van overheidsneutraliteit bedoelt, hoop ik hem te kunnen geruststellen door nadrukkelijk te verklaren dat ik onveranderd wil vasthouden aan de formulering van artikel 1 Grondwet, dat een belangrijke rol moet blijven spelen *binnen de context van de verticale relatie tussen overheid en burger*. Op grond van de daarin symmetrisch geformuleerde 'gronden' mogen geen classificaties tussen burgers in recht en beleid voorkomen. De overheid heeft de macht en bevoegdheid om regelgevend op te treden en deze regels ook te handhaven, desnoods met geweld. De onderdanen van die overheid hebben er – in ruil voor hun loyaliteit en gehoorzaamheid aan de staat – recht op dat deze zich onthoudt

van vriendjespolitiek, van bevoorrechtiging van de eigen kaste of klasse, van uitsluiting van groepen die de overheid politiek niet welgevallig zijn, van het vervolgen van bepaalde godsdienstige stromingen, van het voeren van een rassenspolitiek, van het aanwakken van vreemdelingenhaat, et cetera. Voor de overheid is in *formeel-abstrakte zin* iedereen gelijk.

Mijn artikel ging er over dat deze symmetrische gronden van de Grondwet niet goed bruikbaar zijn in het gelijkebehandelingsrecht of non-discriminatie recht dat gericht is op het bestrijden van het maatschappelijke verschijnsel van discriminatie. In *de concrete maatschappelijke context van horizontale relaties tussen burgers* bestaat helemaal geen gelijkheid en het is ook geen streven van onze overheid om in *die context* absolute gelijkheid tussen de burgers voor te schrijven of te bevorderen. De Nederlandse overheid streeft er wel naar om bepaalde vormen van maatschappelijke ongelijkheid tegen te gaan, omdat deze ongelijkheden ofwel het genot van de mensenrechten aantasten ofwel de sociale en economische stabiliteit van de samenleving ondermijnen (of beide), ofwel tot bepaalde beleidsmatig ongewenste resultaten leiden. Om dat te bereiken moet de overheid een ander dan het formele, abstracte gelijkheidsconcept van artikel 1 Gw inzetten. Voorzover het juridisch gelijkheidsbeginsel al een kern kent bestaat die kern ten minste uit twee delen: een formeel en abstract deel en een materieel en concreet deel.

Uit de reacties van Vrielink en Gerards blijkt dat zij niet duidelijk onderscheiden tussen deze twee verschillende contexten waarin gelijkheid als juridische norm opereert en moet opereren. Door vast te blijven houden aan de eis van de symmetrische gronden in het *civiele* gelijkebehandelingsrecht importeren ze een normenstelsel dat is toegesneden op de specifieke context van de verticale rechtsverhouding in de context van horizontale rechtsverhoudingen. Met alle ingewikkeldheden die dat oproept. Het betoog van Gerards illustreert dat. Sommige gronden moeten volgens haar met een lichtere vorm van toetsing genoeg nemen; daarvoor gebruikt ze verschillende wegingsfactoren die ze ontleent aan haar zeer gede-

1. Het argument van Vrielink dat de roep om het openbreken van de rechtvaardigingsgronden alleen betrekking zou hebben op de 'nieuwe' gronden, waarvoor geen gesloten systeem denkbaar is, wordt al ontkracht door Gerards die er juist voor pleit om alles maar open te gooien, omdat de rechter dan pas echt 'gewogen' kan gaan toetsen.

Een uitgebreide versie van dit nawoord is gepubliceerd op de NJB-site www.njb.nl

gen en gedetailleerde analyse van de rechtspraak. Een daarvan is de *maatschappelijke positie van de aangetaste groep*. Het resultaat van het model van Gerards is ongeveer hetzelfde als wat ik voorsta: er ontstaat een classificatie van gronden (c.q. groepen!) die meer en minder beschermd worden door het recht. In plaats van door de wetgever wil ze het echter – omwille van de flexibiliteit – overlaten aan de rechter om deze rangorde aan te brengen. In termen van democratische legitimatie acht ik dat geen goed idee.

Recht en sociale werkelijkheid

Een ander bezwaar van Vrieling en Gerards tegen mijn voorstel is dat het zo moeilijk zou zijn die groepen te benoemen. Daarvoor is vereist dat je je verdiept in de concrete verschijningsvormen van onderdrukking, uitsluiting en achterstelling.² Mijn twee opponenten zijn echter nogal bang om die sociale werkelijkheid een rol te laten spelen in het recht. Gerards is bang voor de politieke waan van de dag als het gaat om de vaststelling welke groepen de bescherming van het non-discriminatierecht nodig hebben. Zij laat dat, zoals gezegd, liever aan de rechter over. Vrieling betwijfelt of überhaupt wel vast te stellen is wie nu eigenlijk wordt gediscrimineerd. Verder stelt hij dat dit zo snel wisselt dat de wetgever het niet zou kunnen bijbenen. Ik ben wat het laatste betreft eerder bang dat discriminatie van bijvoorbeeld 'zwarten' en vrouwen een zeer taai leven leidt. Overigens is ook in het geval je vasthoudt aan neutraal geformuleerde non-discriminatiegronden een gedegen sociaal-wetenschappelijk onderzoek noodzakelijk. Waarom zouden we ongelijke behandeling op grond van *seks* in het maatschappelijk verkeer verbieden als mannen en vrouwen daarin al volstrekt gelijk worden behandeld? De sociologische analyse die Vrieling schuwt heb je in beide gevallen even hard nodig.

Op dezelfde wijze als Vrieling het intuïtief onrechtvaardig vindt dat ik sommige groepen wel wil beschermen tegen discriminatie en andere niet, acht ik het intuïtief onbegrijpelijk om de onderdrukten en de onderdrukkers gelijk te behandelen, zoals het geval is bij symmetrisch geformuleerde gronden. Dat symmetrische regelgeving de maatschappelijke acceptatie van de gelijkebehandelingswetgeving faciliteert (zie noot 3 bij Vrieling) is geheel begrijpelijk: de norm is daarmee grotendeels onschadelijk gemaakt voor degenen die er potentieel last van zouden kunnen hebben.

Ook de angst van Vrieling voor acties van lobbygroepen is merkwaardig. Voor het bestaande gelijkebehandelingsrecht geldt immers dat dit recht (mede) op grond daarvan tot stand is gekomen. En dat is maar goed ook, want daardoor heeft deze wetgeving een maatschappelijk draagvlak, zonder welke ze überhaupt niet effectief zou kunnen zijn. Het opkomen voor en claimen van 'gelijke rechten' is juist een van de sterke motoren in emancipatiebewegingen! Gelijkheid is om die reden door Koopmans a *self-radicalizing concept* genoemd.³ Een gebrek aan persiegroepen is eerder een probleem voor het non-discriminatierecht dan een teveel daaraan.⁴

Liever patchwork!

Een systeem zoals ik voorstel een lappendeken noemen, zoals Vrieling doet in zijn reactie, vind ik wat misplaatst, zeker als je het afzet tegen de hybride structuur van het gelijkebehandelingsrecht dat we nu kennen. Maar laat ik het zo zeggen: een leuke, fleurige patchwork deken kan heel warm zijn, een egaal neutraal gekleurde, maar ondoorgrondelijk mistige deken heel koud!

Rikki Holtmaat

2. Het gelijkebehandelingsrecht is dus in mijn ogen per definitie 'law in context' waarbinnen een nauwe samenwerking tussen juristen en sociale wetenschappers een absoluut vereiste is en waarbinnen veel aandacht moet zijn voor de open communicatie met de doelgroep voor wie dit recht bestemd is. Zie Philip Selznick, 'Law in Context, Revisited', *Journal of Law and Society* (2003), Vol. 30, nr. 2, p. 177-186.
3. T. Koopmans, *The Constitutional Protection of Equality*, Leiden 1976, p. 215.
4. Zie hierover Nick Huls, 'Gelijkheid en postmodern individualisme', in: R. Holtmaat (red.) *De Toekomst van Gelijkheid, de juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijke behandeling - norm*, Commissie Gelijke Behandeling, Deventer: Kluwer, 2000, p. 231-241.