Staatscommissie
tegen Discriminatie
en Racisme

Samen voor gelijkheid. Een toekomstvisie op het non-discriminatierecht

Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme

Met preadviezen van Rikki Holtmaat en Zahra Achouak el Idrissi, Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer, Lisa Waddington en Alexander Hoogenboom, Arriën Kruyt en Kees Groenendijk, Thomas Spijkerboer en Mitchell Esajas, Linda Senden en Mirella Visser, Karin de Vries en Jair Schalkwijk, Monique Steijns en Rajae Azaroual, Jan-Peter Loof, Guido Terpstra en Hannah Jans

December 2025

Preadviezen

Artikel 1. Nederlandse Grondwet

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

Samen voor gelijkheid. Een toekomstvisie op het non-discriminatierecht

Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme

Met preadviezen van Rikki Holtmaat en Zahra Achouak el Idrissi, Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer, Lisa Waddington en Alexander Hoogenboom, Arriën Kruyt en Kees Groenendijk, Thomas Spijkerboer en Mitchell Esajas, Linda Senden en Mirella Visser, Karin de Vries en Jair Schalkwijk, Monique Steijns en Rajae Azaroual, Jan-Peter Loof, Guido Terpstra en Hannah Jans

Inhoudsopgave

Voorwoord 7

De toekomst van gelijkheid 9
Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme

Gelijkheid revisited. Een verkenning van de juridische aanpak van structurele en institutionele discriminatie voorbij de grenzen van het gelijkebehandelingsrecht 23
Emer. prof. mr. H.M.T. (Rikki) Holtmaat & mr. L.Z. (Zahra) Achouak el Idrissi

Emergente discriminatiegronden vatten en intersectionele discriminatie voorkomen door transformatief constitutionalisme 45
Mr. N. (Nozizwe) Dube & mr. J. (Jennifer) Alspeer

Positive action and effective adjustment 71
Mr. dr. drs. A. (Alexander) Hoogenboom & prof. dr. L. (Lisa) Waddington

De Algemene wet gelijke behandeling en overheidshandelen 103
Emer. prof. mr. C.A. (Kees) Groenendijk & A. (Arriën) Kruyt

Spreiding in het volkshuisvestingsbeleid en rechterlijke raciale afasie 125
Drs. M. (Mitchell) Esajas & prof. mr. T.P. (Thomas) Spijkerboer

Realiseren van gelijkheid. Maak werk van de constitutionele verplichtingen en collectieve verantwoordelijkheid! 145
Prof. mr. L.A.J. (Linda) Senden & mr. M.C.B. (Mirella) Visser

Meten is weten, meten is macht. Uitgangspunten voor een regeling van 'equality data' in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht 171
Prof. dr. K.M. (Karin) de Vries in samenwerking met mr. J. (Jair) Schalkwijk

De ontbrekende stem in het algoritme 195
Mr. J. M. (Monique) Steijns in samenwerking met mr. R. (Rajae) Azoural

Recht doen bij discriminatie. Over toegang tot recht, genoegdoening en herstel 221
Mr. dr. J.P. (Jan-Peter) Loof, mr. H. (Hannah) Jans & mr. G. (Guido) Terpstra

Voorwoord

Iedere inwoner van Nederland is gelijk in recht en waardigheid. Dat is waar artikel 1 van onze Grondwet voor staat.

Het artikel verbiedt discriminatie en beschermt ieders recht op gelijke behandeling. De overheid draagt de verantwoordelijkheid dit te waarborgen. De gelijkebehandelingswetgeving geeft dat principe juridische kracht. Gelijkheid is het fundament van onze democratische rechtsstaat en samenleving. Toch ervaren mensen in hun dagelijks leven nog steeds discriminatie. Dat roept de vraag op hoe de wetgeving zich kan vernieuwen om de werkelijkheid recht te doen – niet alleen als vangnet bij onrecht, maar als stuwende kracht voor rechtvaardigheid.

Deze publicatie, *Samen voor gelijkheid*, is een oproep om dat gesprek te voeren. Wat verwachten wij van het non-discriminatierecht, en wat heeft het van ons nodig om zijn belofte waar te maken? De preadviezen in deze publicatie zijn tot stand gekomen in samenwerking tussen wetenschappers, deskundigen uit de praktijk en mensen die discriminatie zelf ervaren. Zo ontstond een gezamenlijke toekomstvisie, stevig geworteld in zowel juridische als maatschappelijke kennis.

Op basis van die inzichten adviseren wij als staatscommissie drie pijlers voor vernieuwing: 1) een bredere norm met grotere reikwijdte en betere definities die de gelaagdheid van discriminatie erkent, 2) sterkere handhaving en waarborgen, en 3) meer stem en zeggenschap voor degenen die ongelijkheid ervaren. Deze publicatie maakt duidelijk dat het tijd is voor verandering – voor een non-discriminatierecht dat sterker is in bescherming, rechtvaardiger in werking en menselijker in toon.

Namens de staatscommissie wil ik alle auteurs en betrokkenen danken voor hun bijdragen. Moge deze publicatie inspireren tot een recht dat verbindt – en tot een samenleving waarin ieder mens tot zijn recht komt.

Dr. Joyce Sylvester,
Voorzitter

De toekomst van gelijkheid

Staatscommissie tegen
Discriminatie en Racisme

Voor u ligt de publicatie preadviezen *Samen voor gelijkheid*. Preadviezen zijn in de juridische traditie geen slotwoord, maar een startschot – bedoeld om het debat te openen en actie te stimuleren. De staatscommissie presenteert daarom, vooruitlopend op haar eindrapport, een publicatie met preadviezen om alvast het gesprek over de noodzakelijke vernieuwing van het Nederlandse non-discriminatierecht op gang te brengen.

Deze inleiding opent met een schets van de aanleiding en de urgentie van dit onderwerp (paragraaf 1), gevolgd door een beknopt overzicht van het huidige Nederlandse non-discriminatierecht (paragraaf 2). Vervolgens staan we stil bij de knelpunten die in de praktijk zichtbaar worden en bij eerdere pogingen om het systeem te vernieuwen (paragraaf 3). We lichten onze co-creatieve werkwijze toe, waarin wetenschap, praktijk en ervaringen samenkomen (paragraaf 4). Daarna introduceren we de negen preadviezen die uit dit proces zijn voortgekomen (paragraaf 5). Vervolgens laten we zien hoe zij rusten op drie onderliggende pijlers voor vernieuwing. Deze pijlers monden uit in een concreet advies aan regering en parlement (paragraaf 6).

We sluiten de inleiding af met een uitnodiging aan politiek, wetgever, bestuur en samenleving om het gesprek samen aan te gaan over een toekomstbestendig non-discriminatierecht (paragraaf 7).

1. Aanleiding en urgentie

Discriminatie is een wijdverspreid en structureel probleem in de Nederlandse samenleving. Discriminatie komt voor op alle gronden van artikel 1 Grondwet en in alle maatschappelijke sectoren.[1] Discriminatie bestaat niet enkel uit incidenten maar zit diep verweven in instituties, regels, besluitvorming en cultuur. Vaak ongemerkt – maar met grote gevolgen in het dagelijks leven van mensen.[2] Discriminatie manifesteert zich bovendien op meerdere terreinen tegelijk en stapelt zich op gedurende het leven. Dat zet mensen op blijvende achterstand en tast hun vertrouwen in de rechtsstaat en maatschappelijke verbondenheid aan.[3]

De staatscommissie heeft die pijnlijke werkelijkheid de afgelopen jaren steeds opnieuw bevestigd gezien – in gesprekken met betrokkenen, in cijfers, klachten en meldingen, in expertoordelen en persoonlijke ervaringen. Het is de rode draad door onze voortgangsrapportages. Bekende casussen staan daarbij niet op zichzelf, maar wijzen op bredere patronen van institutionele discriminatie en structurele ongelijkheid, gevoed door historisch gegroeide machtsverhoudingen en ongelijke kansen.[4] Het resultaat is een kloof tussen recht en praktijk: op papier bestaan waarborgen, maar in de praktijk slaagt het stelsel er onvoldoende in discriminatie te voorkomen of te bestrijden.[5] Dat vraagt om een fundamentele herbezinning op het Nederlandse non-discriminatierecht.

Het huidige wettelijke stelsel is slechts in staat het topje van de ijsberg aan te pakken – de zichtbare incidenten – terwijl onderliggende oorzaken zoals processen, regels, cultuur en verdelingsmechanismen buiten beeld blijven.[6] De aanpak is bovendien vooral reactief: zij biedt achteraf soelaas, in plaats van dat zij discriminatie helpt voorkomen. Daarbij komt dat het wettelijke kader gefragmenteerd en deels verouderd is. Evaluaties signaleren al

1. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Aard, omvang en oorzaken van discriminatie en racisme in Nederland: eerste inzichten en vervolg*, eerste voortgangsrapportage, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2023.
2. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Discriminatie in dienstverlening. Ervaringen en lessen om discriminatie in publieke dienstverlening te voorkomen en te bestrijden*, tweede voortgangsrapportage, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2025.
3. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Keer op keer. Inzichten in gestapelde discriminatie-ervaringen in Nederland en Europa*, derde voortgangsrapportage, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2025.
4. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Doorwerkingen van slavernijverleden. Meervoudige perspectieven op de relatie tussen verleden en heden*, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2023.
5. Parlementaire Onderzoekscommissie effectiviteit van antidiscriminatiewetgeving (POC), *Gelijk recht doen. Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, Den Haag: Eerste Kamer der Staten-Generaal 2022.
6. Idem.

decennialang dezelfde knelpunten, terwijl moderniseringspogingen herhaaldelijk vastliepen of uitmondden in deelreparaties. Bovendien zijn er op internationaal en Europees niveau ook relevante ontwikkelingen geweest. Het resultaat is een lappendeken aan regels die voor mensen onvoldoende duidelijk is en tekortschiet bij structurele vraagstukken.

Het huidige stelsel beziet vooral het topje van de ijsberg – structurele oorzaken van discriminatie blijven buiten beeld.

Tegen de achtergrond van structurele ongelijkheden[7] onder een groeiende bevolking,[8] vormt het non-discriminatierecht een essentiële voorwaarde voor sociale cohesie, een eerlijke samenleving en een robuuste rechtsstaat.[9] Dat is voor ons allen belangrijk. Deze publicatie met preadviezen vertrekt daarom vanuit de centrale vraag hoe dit rechtsgebied toekomstbestendig kan worden gemaakt – zodat het niet alleen een vangnet is bij onrecht, maar een stuwende kracht voor rechtvaardigheid.

2. Nederlands non-discriminatierecht in vogelvlucht

Het Nederlandse non-discriminatierecht wordt gekenmerkt door een gelaagd systeem en is verankerd op internationaal, Europees en nationaal niveau.[10] Op internationaal niveau binden VN-verdragen en toezichtmechanismen de Nederlandse staat aan het verbod van discriminatie en aan positieve verplichtingen om gelijke behandeling en gelijke kansen te bevorderen. Op Europees niveau zijn het verbod op discriminatie en het recht op gelijke behandeling neergelegd in met name artikel 14 en Protocol 12 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Unierecht – met richtlijnen tegen discriminatie onder meer op het terrein van de arbeid en goederen en diensten, en richtlijnen over gendergelijkheid.[11] Nationaal geldt artikel 1 van de Grondwet als constitutioneel fundament, aangevuld met specifieke gelijkebehandelingswetten,[12] sectorale normen (bijv. in het Burgerlijk Wetboek, het bestuursrecht en het Wetboek van Strafrecht) en het institutionele kader van de Wet op het College voor de Rechten van de Mens. In de praktijk zijn bij één feitencomplex doorgaans normen uit verschillende juridische instrumenten relevant; dat is rijk, maar maakt het systeem ook ingewikkeld.

Centraal in de nationale laag staat de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De AWGB is opgezet als een ‘gesloten’ systeem. Dat wil zeggen: (i) de gronden zijn limitatief, (ii) direct onderscheid is niet toegestaan, behalve als de wet uitdrukkelijk uitzondering maakt, en (iii) de werkingssfeer is tot bepaalde terreinen begrensd (o.a. arbeid, vrije beroepen, beroepsverenigingen, goederen en diensten; sociale bescherming beperkt voor ‘ras’). Dit sluit aan bij de EU-systematiek, maar creëert ook fricties:

7. C. Vrooman, J. Boelhouwer, J. Iedema & A. van der Torre, *Eigentijdse ongelijkheid. De postindustriële klassenstructuur op basis van vier typen kapitaal. Verschil in Nederland 2023*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2023.

8. Staatscommissie Demografische Ontwikkelingen 2050, *Gematigde groei*, Den Haag: Staatscommissie Demografische Ontwikkelingen 2050, 2024.

9. Staatscommissie rechtsstaat, *De gebroken belofte van de rechtsstaat. Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger*, Den Haag: Staatscommissie rechtsstaat 2024.

10. K. de Vries, Country report non-discrimination: Netherlands 2025 (European network of legal experts in gender equality and non-discrimination voor de Europese Commissie). Beschikbaar op: https://www.equalitylaw.eu/downloads/6403-netherlands-country-report-non-discrimination-2025.

11. C. O’Cinneide, J. Ringelheim & I. Solanke (eds.), *Research Handbook on European Anti-Discrimination Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2025.

12. Zoals de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte WGBH/CZ en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).

waar nieuwe vormen van ongelijkheid opkomen of waar combinaties van gronden spelen, is het stelsel minder wendbaar.

Die systematiek raakt aan een tweede kenmerk: fragmentatie. Naast de AWGB bestaan afzonderlijke wetten voor specifieke gronden of domeinen (bijv. handicap/chronische ziekte; leeftijd bij arbeid). Elk van die wetten kent eigen definities, uitzonderingen en werkingssferen. Voeg daarbij het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke contexten en de verhouding tot bestuursrechtelijke beginselen, en het geheel wordt snel onoverzichtelijk – zeker voor burgers die hun recht willen halen en voor organisaties die aan dat recht willen voldoen.

Het non-discriminatierecht is complex: een bronnenbrij, gefragmenteerd en gebaseerd op reactieve handhaving.

Een derde kenmerk betreft de dominante handhavingslogica. Het stelsel is primair reactief ingericht: individuele rechtzoekenden dienen klachten in bij het College voor de Rechten van de Mens - voor zover dat mogelijk is – of starten (civiele of bestuursrechtelijke) procedures. Dat is essentieel, maar niet toereikend voor indirecte, institutionele en structurele discriminatie, die vaak het gevolg is van wets- en beleidsontwerp, gegevensverwerking, algoritmische systemen, uitvoeringsprocessen of organisatiecultuur. De literatuur en internationale standaarden benadrukken daarom aanvullend de noodzaak van proactieve, collectieve handhaving onder andere door *mainstreaming*: het vooraf en doorlopend betrekken van gelijkheid bij wets- en beleidsontwerp en in de uitvoeringspraktijk, met monitoring, rapportage, participatie en toezicht.[13] In andere rechtsordes is dit vormgegeven als een wettelijke gelijkheidsplicht voor de publieke sector (denk aan de *Public Sector Equality Duty* van Ierland en het Verenigd Koninkrijk). In haar vierde voortgangsrapportage adviseerde de staatscommissie om een Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS) in de Nederlandse wet op te nemen, mede gevoed door Europese aanbevelingen.[14] Met deze preadviezen krijgt het GPS-rapport diepere betekenis binnen een bredere juridische analyse.

Plaatsen we bovengenoemde kenmerken tegen de achtergrond van de drie gelijkheidsconcepten die het non-discriminatierecht beoogt te bevorderen,[15] dan ontstaat het volgende beeld. Het huidige Nederlandse stelsel waarborgt met name formele gelijkheid (gelijk behandelen in gelijke gevallen via een verbod van direct onderscheid). Materiële gelijkheid (bevorderen van gelijke behandeling en gelijke kansen, en correctie van feitelijke ongelijkheden) krijgt deels vorm via het verbod van indirect onderscheid en via mogelijkheden tot positieve maatregelen en acties, zoals diversiteitsbeleid, voorkeursbeleid en doeltreffende aanpassingen. Maar handhaving blijft lastig respectievelijk te vrijblijvend. Dat vraagt om

13. N. Crowley, *Compendium of Practice on Non-Discrimination/Equality Mainstreaming*, European Commission, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011; Equinet, *Compendium of good practices on equality mainstreaming, the use of equality duties and equality impact assessments*, Brussels: Equinet Cluster on Equality Mainstreaming, 2021.

14. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS). Naar wettelijke verankering van een proactieve aanpak van discriminatie door de overheid*, vierde voortgangsrapportage, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2025.

15. M.L.P. Loenen, *The conceptualization of equality and non-discrimination as legal standards: from formal to more substantive equality*, Nijhoff Law Specials nr. 111, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2025; S. Fredman, *Discrimination Law*, third edition, Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press 2022.

transformatie: het duurzaam aanpakken van structurele discriminatie door systemen en instituties aan te passen, het bewerkstelligen van een cultuuromslag, en het aanpakken van bias en de daaraan verbonden denkpatronen zodat uitsluiting niet opnieuw ontstaat. Het Nederlandse recht kent nog geen solide juridische verankering in algemene gelijkheidsplichten voor organisaties als het om deze transformatieve dimensie gaat.[16]

Kortom, het Nederlandse non-discriminatierecht is uitgebreid, maar niet eenvoudig en niet toereikend. De kracht schuilt in een duidelijk verbod op directe en indirecte discriminatie op bepaalde gronden en bepaalde terreinen; de zwakte in de versnippering, de reactieve handhavingslogica en de beperkte verankering van proactieve benaderingen. Een toekomstbestendig stelsel vraagt om meer samenhang, duidelijkheid en om juridische benaderingen en een (bestuurs)cultuur die formele, materiële en transformatieve gelijkheid in samenhang borgen. In de volgende paragraaf gaan we hier dieper op in.

3. Knelpunten en pogingen tot vernieuwing

Sinds de inwerkingtreding van de AWGB zijn vijf brede wettelijk verplichte evaluaties van de gelijkebehandelingswetgeving uitgevoerd (1994–1999; 1999–2004; 2004–2009; 2012–2017; 2017–2022).[17] Hoewel de focus verschoof met de tijd, keren enkele conclusies telkens terug. Ten eerste: het beschermingsniveau is niet uniform; verschillen tussen gronden en terreinen leiden tot lacunes. Ten tweede: definities en uitzonderingen vragen verduidelijking en consistentie. Deze conclusies onderbouwen het beeld van een solide maar gefragmenteerd en onvoldoende toekomstbestendig stelsel.

Op onderdelen is sindsdien wetgeving aangepast, maar dit bleef veelal beperkt tot deelreparaties. Zo zijn in artikel 1 van de Grondwet handicap en seksuele gerichtheid toegevoegd als nieuwe discriminatiegronden. Er is een wettelijke verankering gekomen van een ruimere interpretatie van de grond 'geslacht', zodat deze nu ook genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken omvat.[18] Indirect onderscheid is helderder gedefinieerd[19] en de criteria voor objectieve rechtvaardiging zijn preciezer in de wet opgenomen.[20] De werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving is uitgebreid naar Caribisch Nederland om de bescherming binnen het Koninkrijk gelijk te trekken.[21] Er is daarnaast een wetsvoorstel op handen om een expliciet verbod op discriminatie door 'eenzijdig overheidshandelen' in de AWGB op te nemen – iets waar al dertig jaar lang voor wordt gepleit.[22]

Tegelijkertijd zijn substantiëlere moderniseringspogingen herhaaldelijk gestrand, ondanks consistente aanbevelingen vanuit evaluaties en literatuur. De Integratiewet – bedoeld om gelijkebehandelingswetten te bundelen en uitgekristalliseerde normen te codificeren – kwam niet tot stand.[23] Ook voorstellen om het gesloten systeem van uitzonderingen deels te openen,[24] om nieuwe gronden of bredere definities te introduceren haalden de eindstreep niet. Zo is onder meer besproken om gronden

16. S. Fredman, *Human rights transformed. Positive rights and positive duties*, New York: Oxford University Press 2008.

17. Commissie Gelijke Behandeling, *Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling. Gelijke behandeling in beweging*, Utrecht: 2000; Commissie Gelijke Behandeling, *Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004. Het verschil gemaakt*, Utrecht: 2005; Commissie Gelijke Behandeling, *Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht: 2011; College voor de Rechten van de Mens, *Vijf jaar College voor de Rechten van de Mens*, Utrecht: 2017; College voor de Rechten van de Mens, *Evaluatie Gelijkebehandelingswetgeving 2017-2022. Toekomstbestendige gelijke behandeling?*, Utrecht: 2023.

18. Art. 1 lid 2 AWGB.

19. Commissie Gelijke Behandeling 2000; Commissie Gelijke Behandeling 2005.

20. Commissie Gelijke Behandeling 2000; I.P. Asscher-Vonk, 'Conclusie juridische analyse', in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit.. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu 1999.

21. 'Eerste Kamer stemt in met de Wet Bescherming tegen discriminatie op Bonaire, Sint Eustatius en Saba', rijksoverheid.nl, 7 oktober 2025; College voor de Rechten van de Mens 2017.

22. *Handelingen II* 1992/93, nr. 48, p. 3568. Zie ook Preadvies 4 van Arriën Kruyt en Kees Groenendijk in deze publicatie.

23. College voor de Rechten van de Mens 2023.

24. M.L.P. Loenen, 'Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten', in: *Commissie Gelijke Behandeling, Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht: 2011; J.H. Gerards,

als sociale status of sociale afkomst en vermogen toe te voegen aan de AWGB[25] en gepleit voor wettelijke bescherming tegen discriminatie wegens opleiding.[26] Er is gesuggereerd om huidskleur, taal en etnische afstamming als discriminatiegronden op te nemen, nu er discussie bestaat over het begrip 'ras'.[27] Ook is opgeworpen om de grond burgerlijke staat beter te omschrijven.[28] Een recent wetsvoorstel[29] dat werkgevers verplichtte tot een wervings- en selectiebeleid met doeltreffende maatregelen ter bevordering van gelijke kansen en ter bestrijding van discriminatie, is uiteindelijk door de Eerste Kamer verworpen.[30]

In Nederland komt systemische vernieuwing vooralsnog niet van de grond.

In de academische literatuur klinkt brede steun voor meer toegankelijkheid en samenhang, en voor versterkingen ter bevordering van materiële en transformatieve gelijkheid. Er wordt onder meer gepleit voor herijking van het gesloten systeem (bijvoorbeeld via een semi-open model),[31] voor een asymmetrische benadering gericht op feitelijke achterstanden,[32] en voor een versterking van het begrip 'discriminatie' als leidend juridisch uitgangspunt – in plaats van de term 'onderscheid'.[33] Ook zijn er suggesties gedaan op het gebied van voorwaarden en gronden van voorkeursbeleid.[34] Er wordt steeds vaker opgeroepen tot aanvullende wettelijke plichten om institutionele en structurele discriminatie aan te pakken en gelijkheid actief te bevorderen – zodat normen daadwerkelijk 'leven' in de praktijk.[35] De evaluaties en literatuur laten zich daarmee lezen als een dringende oproep tot een hernieuwde basisarchitectuur voor een duurzaam Nederlands non-discriminatierecht.

In andere Europese landen is die beweging al wél ingezet. Zo voerden het Verenigd Koninkrijk (2010), Slovenië (2016), Noorwegen (2017), Spanje (2022) en Finland (2023) in de afgelopen vijftien jaar een nieuw, integraal wettelijk kader door, terwijl landen als Ierland (2014), Griekenland (2016) en Portugal (2017) ingrijpende verbredingen en versterkingen realiseerden binnen bestaande wetgeving. In Nederland komt dergelijke systemische vernieuwing vooralsnog niet van de grond. We raken achterop. Vanuit die achtergrond behandelt deze publicatie de meest urgente thema's van nu en de toekomst die in die hernieuwde basisarchitectuur een plaats behoren te krijgen – in lijn met internationale en Europese kaders en met wat eerdere evaluaties en wetenschappers al jaren agenderen.

4. Onze co-creatieve aanpak

Wat deze publicatie onderscheidt van klassieke juridische preadviezen, is de manier waarop zij tot stand is gekomen. De preadviezen zijn niet uitsluitend door juristen geschreven, maar in co-creatie met mensen uit de praktijk

'Nieuwe ronde, nieuwe kansen: naar een 'semi-open' systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', *NTM/NJCM-bull.* (36) 2011/2, p. 144-158.

25. J.P. Loof, 'Toekomstige uitdagingen voor het gelijkebehandelingsrecht', *NTM/NJCM-bull.* (45) 2020/2, p. 251-277; A.B. Terlouw, 'Klassisme: Discriminatie op grond van sociale status. Toevoeging van de gronden sociale afkomst en/of sociaaleconomische status aan de Nederlandse anti-discriminatiewetgeving?', *NTM/NJCM-bull.* (47) 2022/4, p. 403-421; College voor de Rechten van de Mens 2023.

26. College voor de rechten van de Mens, *Wetgevingsadvies mogelijkheid tot opname van de grond 'opleidingsniveau' in de Algemene wet gelijke behandeling* (wetgevingsadvies van 28 augustus 2024 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), Utrecht: CRM 2024.

27. Commissie Gelijke Behandeling 2000; College voor de Rechten van de Mens 2023; Loof 2020.

28. College voor de Rechten van de Mens 2023.

29. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 673, nr. 1-3.

30. Verslag EK 2023/24, nr. 25, item 5.

31. Gerards 2011.

32. H.M.T. Holtmaat, 'Gelijkheid en non-discriminatie als grondrecht. Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling', in: H.M.T. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-96; M. van den Brink, 'De inbedding van sekse(on)gelijkheid in het recht; Als je geen Barbie wilt zijn, hoe weet je dan dat je een vrouw bent?', in: H.M.T. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 29-44.

en met (belangenbehartigers van) mensen die discriminatie zelf ervaren. Co-creatie betekent: gelijkwaardig samenwerken aan de inhoud én het resultaat, om tot beter gedragen en gezamenlijke oplossingen te komen.[36] Dat is meer dan vooral input ophalen en vervolgens zelf de beslissingen nemen. In die geest draagt deze publicatie de titel: *Samen voor gelijkheid*.

De preadviezen verschillen daardoor sterk in karakter en insteek. Die verscheidenheid is een kracht: zij weerspiegelt de veelzijdigheid van zowel het maatschappelijke probleem van discriminatie als de juridische aanpak daarvan. Deze methode brengt nieuwe perspectieven aan het licht, voorkomt blinde vlekken en vergroot de relevantie van de voorstellen.[37]

Het resultaat is een toekomstvisie op het Nederlandse non-discriminatierecht die niet alleen academisch, maar ook maatschappelijk is gedragen. Die toekomstvisie is in drie opzichten meerstemmig. Ten eerste bestaat de publicatie uit negen preadviezen van auteurs met verschillende disciplines, rechtsspecialismen en achtergronden. Ten tweede is elk preadvies geschreven door meerdere auteurs, die ook reflecteren op wat hun co-creatieve samenwerking hen heeft gebracht. Ten derde vormt co-creatie zelf een van de pijlers voor de vernieuwing van het non-discriminatierecht: *the method is the message*.[38] Dit lichten we in de volgende paragraaf nader toe.

Co-creatie betekent: gelijkwaardig samenwerken aan inhoud én resultaat – voor beter gedragen en gedeelde oplossingen.

De auteurs zijn twee keer samengekomen om hun eerste ideeën te delen en om de onderlinge *peer review* van hun conceptteksten te bespreken. Onder begeleiding van de staatscommissie ontstond daarbij een rijke uitwisseling van gedachten, die duidelijk maakte waar visies uiteenlopen en waar gedeelde perspectieven bestaan. We willen alle auteurs bedanken voor de open gesprekken en reflecties op dit belangrijke thema. Zonder hun enthousiaste inzet en schriftelijke bijdrage was deze publicatie niet tot stand gekomen.

5. De negen preadviezen

De negen preadviezen behandelen urgente thema's binnen het non-discriminatierecht die volgens de wetenschappelijke literatuur het meest toe zijn aan vernieuwing. In deze paragraaf introduceren we elk preadvies in het kort.

33. Holtmaat 2004; *Kamerstukken II* 2001/02, 28187, nr. A, p. 5.

34. POC 2022; Commissie Gelijke Behandeling 2005.

35. POC 2022; Rapport *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS)* van de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2025.

36. S.R. Arnstein, A ladder of citizen participation, *AIP Journal* July 1969, pp. 216-224.

37. C. Ansell & J. Torfing, *Public Governance as Co-creation. A Strategy for Revitalizing the Public Sector and Rejuvenating Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2021.

38. Publieke waarde en legitimiteit ontstaan in co-creatie met betrokken burgers. Zie S.P. Osborne, From public service-dominant logic to public service logic: are public service organizations capable of co-production and value co-creation?, *Public Management Review* 2018, vol. 20, no. 2, pp. 225-231.

De auteurs kregen voor hun bijdrage drie centrale vragen mee: wat is het huidige juridisch kader; welke problemen heeft dit als gevolg; en wat voor soort oplossingen zijn juridisch denkbaar? Zij beantwoorden deze vragen elk op hun eigen manier. Elk preadvies begint met een samenvatting en eindigt met een overzicht van de belangrijkste aanbevelingen. Onderaan elk preadvies is een korte auteursbiografie opgenomen. De preadviezen zijn in opdracht van de staatscommissie geschreven, op eigen titel en tegen een bescheiden vergoeding.

In deze publicatie presenteert de staatscommissie de negen preadviezen in een samenhangende en logische opbouw. Zij nemen de lezer mee van de herijking van de norm, via versterking van handhaving en kennisinstrumenten, naar nieuwe vormen van participatie en herstel. Samen vormen zij een geïntegreerde agenda voor vernieuwing: van de inhoud van de norm zelf, tot de middelen om haar te realiseren, en de mensen die daarin een stem hebben.

Rikki Holtmaat en **Zahra Achouak el Idrissi** stellen dat het huidige non-discriminatierecht te veel is gericht op individuele incidenten en te weinig op structurele oorzaken, zoals zichtbaar wordt in de casus van loondiscriminatie van vrouwen in de rechterlijke macht. Er is behoefte aan een bredere norm die structurele discriminatie definieert en machtsverhoudingen en institutionele patronen erkent, en overheidsorganisaties verplicht om discriminatie actief tegen te gaan. Daarmee wordt de basis gelegd voor een juridische benadering van transformatieve gelijkheid. (Preadvies 1: Structurele en institutionele discriminatie)

Nozizwe Dube en **Jennifer Alspeer** onderzoeken hoe (nieuwe) gronden van discriminatie kunnen overlappen en elkaar kunnen versterken. De huidige wetgeving behandelt deze gronden nog te geïsoleerd, waardoor intersectionele vormen van ongelijkheid onzichtbaar blijven. Een juridisch kader is nodig dat bescherming biedt aan mensen die op (het snijvlak van) meerdere gronden discriminatie ervaren, ondersteund door flexibelere, contextuele benaderingen. (Preadvies 2: Emergente discriminatiegronden en intersectionaliteit)

Lisa Waddington en **Alexander Hoogenboom** pleiten voor een actievere en concretere aanpak van structurele ongelijkheid. De wet moet daarom meer ruimte bieden voor positieve actie, en werkgevers zouden in bepaalde situaties zelfs verplicht moeten worden dergelijke maatregelen te nemen. Daarnaast moet de plicht tot doeltreffende aanpassingen voor mensen met een beperking een anticiperend en proactief karakter krijgen én worden uitgebreid naar andere discriminatiegronden. (Preadvies 3: *Positive Action and Effective Adjustment*)

Arriën Kruyt en **Kees Groenendijk** onderzoeken hoe ongelijkheid kan ontstaan door overheidsbeleid of uitvoeringspraktijken waarbij burgers geen directe rechtsverhouding hebben, maar wel worden geraakt. Zulke vormen van 'eenzijdig overheidshandelen' vallen nu vaak buiten laagdrempelige rechtsbescherming. Het preadvies pleit voor een expliciet

verbod en juridische waarborgen om deze lacune te dichten, zodat ook overheidsoptreden beter getoetst kan worden aan de gelijkheidsnorm. (Preadvies 4: Eenzijdig overheidshandelen)

Thomas Spijkerboer en **Mitchell Esajas** laten zien hoe beleidsmatige keuzes kunnen leiden tot structurele uitsluiting. Het spreidingsbeleid rond volkshuisvesting vanaf de jaren zeventig illustreert hoe institutioneel racisme ingebakken kan zijn in bestuurlijke besluitvorming. Ook in de rechtspraak bleven de discriminerende effecten van dit beleid onbenoemd of werden ontkend. Toch kan activisme verandering teweegbrengen door het probleem zichtbaar te blijven maken en benoemen. Bestuurlijke bewustwording en erkenning van institutioneel racisme begint bij maatschappelijke mobilisatie. (Preadvies 5: Spreiding in het volkshuisvestingsbeleid)

De preadviezen vormen een veelzijdige én samenhangende agenda voor vernieuwing.

Linda Senden en **Mirella Visser** bepleiten een verschuiving van een reactief klachtenmodel naar een proactieve, collectieve verantwoordelijkheid van overheid en instituties. Aan de hand van de pensioenwet laten zij zien hoe gebrek aan toetsing structurele ongelijkheid bestendigt. Het preadvies werkt een model uit voor 'herbedrading' van instituties, gebaseerd op een beleidscyclusbenadering met versterkte toetsing, toezicht en handhaving – via de Gelijkheidsplicht Publieke Sector en een onafhankelijke autoriteit – om de constitutionele gelijkheidsplicht bestuurlijk te verankeren. (Preadvies 6: Handhavingsmodellen en de GPS)

Karin de Vries en **Jair Schalkwijk** benadrukken dat het zichtbaar maken van ongelijkheid een voorwaarde is voor effectieve bestrijding van discriminatie. In Nederland ontbreekt echter een juridisch kader voor het verzamelen en gebruiken van *equality data*. Dit preadvies formuleert uitgangspunten voor een rechtvaardige en privacybewuste omgang met gegevens, waarin de autonomie en zeggenschap van betrokken groepen centraal staan. Zo ontstaat een solide kennisbasis voor structurele verandering. (Preadvies 7: *Equality data*)

Monique Steijns en **Rajae Azaroual** richten zich op de rol van technologie in het versterken of verminderen van ongelijkheid. Het preadvies stelt dat algoritmische discriminatie niet alleen een technisch, maar vooral een sociaal en institutioneel probleem is. Gebrek aan representatie in de ontwikkeling van algoritmen leidt tot uitsluiting en oneerlijke uitkomsten. Het preadvies pleit daarom voor wettelijke verplichtingen tot transparantie en co-creatie met getroffen gemeenschappen bij ontwerp en toetsing. (Preadvies 8: Algoritmische discriminatie)

Jan-Peter Loof, Guido Terpstra en **Hannah Jans** sluiten af met de vraag hoe slachtoffers van discriminatie werkelijk recht kunnen ervaren. Effectieve rechtsbescherming vergt meer dan formele procedures: het gaat ook om erkenning, herstel en collectief leren. Dit preadvies pleit voor laagdrempeligere en inclusievere vormen van genoegdoening, waarin niet alleen individuele, maar ook structurele lessen worden getrokken. (Preadvies 9: Toegang tot recht, genoegdoening en herstel)

Deze negen preadviezen vormen een caleidoscoop aan toekomstvisies die in dialoog met elkaar gelezen moeten worden. Ze bieden een veelzijdig en samenhangend perspectief op de vernieuwing van het non-discriminatierecht, en laten zien hoe juridische, institutionele en maatschappelijke strategieën elkaar kunnen versterken – om discriminatie op alle niveaus aan te pakken en gelijke behandeling als gemeengoed te verankeren.

6. Drie pijlers voor vernieuwing

Door de negen preadviezen heen lopen een aantal rode draden en tekenen zich gemeenschappelijke pijlers af waar we op voort kunnen bouwen. Ze wijzen samen in dezelfde richting: vernieuw het non-discriminatierecht op basis van deze pijlers. We onderscheiden er drie:

Pijler 1. Norm: inhoudelijke normontwikkeling (wat)

De eerste pijler gaat over de inhoud van de non-discriminatienorm en bepaalt haar reikwijdte en diepgang. Wat is discriminatie? Welke vormen van discriminatie vallen onder het verbod op discriminatie en wat behelst het recht op gelijke behandeling? Om wat voor gedragingen, handelingen, processen en systemen gaat het? Ten aanzien van welke discriminatiegronden en op welke terreinen gelden dat verbod en recht?

> **Een breder begrip van discriminatie is nodig om ervaringen en realiteiten van mensen beter te vatten.**

Het huidige discriminatieverbod wordt te beperkt gevonden. Er is behoefte aan een bredere inhoudelijke norm die institutionele en structurele discriminatie, inclusie en intersectionaliteit erkent. De wet moet die bredere norm ook duidelijker omschrijven, bijvoorbeeld door heldere definities te geven van structurele discriminatie, intersectionele discriminatie, indirecte discriminatie en discriminatie door zogenoemd ‘eenzijdig overheidshandelen’. Daarbij is het essentieel om positieve actie als gelijkheidsinstrument beter te borgen. Ook de verschillen in bescherming tussen discriminatiegronden op diverse terreinen zijn aanleiding voor verbreding. De vraag is hoe dit consistenter en evenwichtiger kan worden vormgegeven.

Deze bredere norm vangt beter de gelaagdheid en veelvormigheid van het probleem. Het recht sluit daarmee beter aan bij hoe mensen discriminatie in de praktijk ervaren. Daarbij worden ook alternatieve grondslagen genoemd. Deze verbreding vertrekt vanuit de grondgedachte dat artikel 1 Grondwet niet alleen gelijkheid beschermt, maar ook andere kernwaarden van de democratische rechtsstaat – zoals vrijheid, solidariteit en waardigheid.

Pijler 2. Naleving: handhavingsstrategieën en waarborgen (hoe)
De tweede pijler geeft deze bredere non-discriminatienorm juridische en institutionele kracht, en richt zich op de strategieën die nodig zijn om de norm te beschermen en te handhaven. Hoe kan het recht waarborgen dat het verbod op discriminatie daadwerkelijk wordt nageleefd, en dat alle inwoners van Nederland volwaardig gebruik kunnen maken en kunnen genieten van hun recht op gelijke behandeling – en daardoor van hun overige rechten en vrijheden?

Men pleit voor versterkingen op twee niveaus: individueel en collectief. Ten eerste moet de individuele rechtsbescherming via klacht- en gerechtelijke procedures worden verbeterd. Het gaat daarbij om het wegnemen van drempels voor een betere toegang tot recht, en om het ontwikkelen van nieuwe vormen van genoegdoening en herstel. Het bieden van individuele rechtsbescherming alleen is echter onvoldoende effectief. Dat is een reactieve aanpak, gericht op incidenten van directe discriminatie, waarbij slachtoffers worden belast om zelf hun recht te halen.

> **Naleving moet waarborgen dat alle inwoners volwaardig kunnen genieten van hun recht op gelijke behandeling.**

Deze huidige dominante aanpak moet worden aangevuld met collectieve handhaving, gericht op positieve plichten voor instanties en organisaties om discriminatie te voorkomen en gelijke kansen en gelijke behandeling te bevorderen. Het recht kent deze proactieve aanpak deels al, onder andere via positieve maatregelen en acties, maar zij moet verder ontwikkeld worden. Gelijkheid moet als gemeengoed en gedeelde grond verankerd worden – via institutionele verandering (Gelijkheidsplicht Publieke Sector, praktische instrumenten, monitoring en toezicht), én culturele verandering (bewustwording, beeldvorming en onderwijs).

Pijler 3. Samenwerking: participatie en co-creatie (wie)
De derde pijler gaat over stem en zeggenschap, en richt zich op de vraag wie betrokken moet worden bij de vernieuwing van het non-discriminatierecht, en in welke mate. Gelijkheid is niet alleen een juridische norm, maar ook een kwestie van wie mag meedenken en meebepalen wat die norm inhoudt en hoe zij gehandhaafd moet

worden.[39] Gelijkheid omvat erkenning van ieder mens als volwaardig subject: het veronderstelt gezien en gehoord worden als gelijke, zichtbaar zijn en invloed kunnen uitoefenen.[40]

Dit ziet om te beginnen op naleving van de participatieverplichtingen uit het non-discriminatierecht om blinde vlekken te voorkomen. Nog meer dan dat: het gaat om een verschuiving van besluitvorming *over* beschermde groepen naar de vormgeving en handhaving *met* beschermde groepen[41] – van consultatie naar *'empowered participation'*.[42] Het proces waarmee het recht vernieuwd wordt, moet zelf gelijkwaardig zijn. Dat vraagt om inclusieve besluitvorming met inwoners, maatschappelijke organisaties en gemeenschappen.[43] Zo ontstaat gedeeld eigenaarschap over de inhoud en toepassing van het non-discriminatierecht – dat niet langer van bovenaf wordt opgelegd maar samen wordt gedragen.[44] Dit sluit aan bij het idee van 'participerende gelijkwaardigheid' als basis voor democratische legitimiteit van besluitvorming.[45]

39. Arnstein 1969.
40. F. Fanon, *Peau noire, masques blancs*, Paris: Éditions du Seuil 1952.
41. S. Costanza-Chock, *Design Justice: Community-Led Practices to Build the Worlds We Need*, Cambridge, MA: The MIT Press 2020.
42. A. Fung, *Empowered Participation: Reinventing Urban Democracy*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2004.
43. W.H. Voorberg, V.J.J.M. Bekkers & L.G. Tummers, A systematic review of co-creation and co-production: Embarking on the social innovation journey, *Public Management Review* 2015, vol. 17, no. 9, pp. 1333-1357.
44. Ansell & Torfing 2021.
45. N. Fraser, 'Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation' in: N. Fraser & A. Honneth, *Redistribution or Recognition? A Political Philosophical Exchange*, London: Verso 2003, p. 36.
46. P. Freire, *Pedagogy of the Oppressed*, New York/London: The Continuum Publishing Company 1970.
47. Ansell & Torfing 2021.

Samenwerken aan nieuw recht – gelijk gerechtigd, gehoord en gezien.

Co-creatie stimuleert de ontwikkeling van gelijkheid als gemeengoed en gedeelde grond. Het gaat niet alleen om rechten die kunnen worden afgedwongen, maar om een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de condities waaronder iedereen tot zijn recht kan komen. Tegelijk gaat het om een proces van wederzijds leren en bewustwording, waarbij instanties en ambtenaren (plichtdragers) en mensen uit beschermde groepen en hun vertegenwoordigers (rechthebbenden) elkaars perspectieven serieus nemen en samen nieuwe kennis vormen.[46] De vernieuwing van het non-discriminatierecht veronderstelt dus niet enkel nieuwe regels, maar ook een andere manier van kijken en werken. Deze co-creatieve benadering maakt van non-discriminatie een levend principe – een recht dat ontstaat in verbinding, dialoog, samenwerking en verantwoordelijkheid.[47]

Advies

Samen wijzen deze drie pijlers de weg naar een fundamentele vernieuwing van het non-discriminatierecht. Daarmee komt de staatscommissie tot het volgende advies: de staatscommissie adviseert regering en parlement om de fundamentele vernieuwing van het Nederlandse non-discriminatierecht verder te verkennen, en reikt daartoe drie samenhangende pijlers aan, onderbouwd door de in deze publicatie opgenomen preadviezen.

7. (R)evolutie van het recht

De toekomst van het Nederlandse non-discriminatierecht vraagt om moedige keuzes van politiek, wetgever, bestuur en samenleving. Met deze publicatie wil de staatscommissie richting geven aan een breed gesprek over die keuzes, en zo de weg banen naar een gelijker en waardiger rechtsorde én samenleving.

> **Moge deze toekomstvisie een begin zijn van een beweging – een (r)evolutie van het non-discriminatierecht.**

De preadviezen vormen een inspiratiebron voor het eindrapport van de staatscommissie. Maar laat dat vooral een begin zijn van een beweging: een toekomstvisie die de staatscommissie samen met alle auteurs heeft vormgegeven als katalysator voor een (r)evolutie van het Nederlandse non-discriminatierecht. Samen voor gelijkheid.

Preadvies 1

Gelijkheid revisited

Een verkenning van de juridische aanpak van structurele en institutionele discriminatie voorbij de grenzen van het gelijkebehandelingsrecht

Emer. prof. mr. H.M.T. (Rikki) Holtmaat & mr. L.Z. (Zahra) Achouak el Idrissi

Samenvatting

In dit preadvies onderzoeken we hoe structurele en institutionele discriminatie juridisch kan worden ondervangen. We stellen dat het huidige antidiscriminatierecht te zeer gericht is op individueel, intentioneel handelen en onvoldoende rekening houdt met de structurele oorzaken van ongelijkheid, uitsluiting en onderdrukking. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van de institutionele beloningsdiscriminatie binnen de rechterlijke macht. Een effectieve aanpak van structurele en institutionele discriminatie vereist een herdefiniëring van het discriminatiebegrip, waarin de groeps- en machtsdimensie daarvan tot uitdrukking komt. Verder blijkt dat het huidige recht teveel leunt op het (formele) gelijkheidsbeginsel, en dat andere grondwettelijke en mensenrechtelijke beginselen buiten beschouwing blijven. We pleiten voor een uitbreiding van de inhoud van het gelijkheidsbeginsel en van de juridische methoden om discriminatie te bestrijden. Dit betekent niet dat de bestaande wetgeving verworpen moet worden, maar dat er ruimte wordt gemaakt voor een ander, verbeterd antidiscriminatierecht, waarmee ook structurele en institutionele discriminatie effectiever kan worden bestreden.

1. Inleiding

De Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (staatscommissie) erkent dat discriminatie en racisme 'structureel' en/of 'institutioneel' kan zijn,[1] en heeft ons met het oog daarop gevraagd een antwoord te geven op de volgende vraag: '*Op welke manier kunnen institutionele en structurele vormen van discriminatie juridisch beter worden ondervangen?*'

Het juridisch 'ondervangen' van een bepaald maatschappelijk verschijnsel (in casu structurele of institutionele discriminatie) vereist om te beginnen dat duidelijk is wat dit verschijnsel precies behelst. We beginnen daarom met een onderzoek naar de betekenis van deze begrippen. Daarna analyseren we de invulling die het gelijkheidsbeginsel heeft gekregen binnen het huidige antidiscriminatierecht. Het bestaande recht is in hoofdzaak een uitwerking van het formele gelijkheidsbeginsel, wat tekortschiet bij het aanpakken van structurele en institutionele discriminatie. Aan de hand van het voorbeeld van beloningsdiscriminatie binnen de rechterlijke macht laten we zien waarom een andere wettelijke norm nodig is. Deze norm zou ook de structurele oorzaken van ongelijkheid, uitsluiting en onderdrukking moeten *erkennen* en ook proactieve zorgverplichtingen moeten bevatten. Verder onderzoeken we bestaande aanknopingspunten in het recht om deze vormen van discriminatie aan te pakken. De nadruk ligt op de materiële normstelling; andere evenzeer cruciale aspecten van het antidiscriminatierecht, zoals de sanctionering, het toezicht en de handhaving laten we vanwege ruimtegebrek noodgedwongen buiten beschouwing.[2]

1. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Aard, omvang en oorzaken van discriminatie en racisme in Nederland: eerste inzichten en vervolg*, Den Haag 2023.
2. Zie de preadviezen van Linda Senden en Mirella Visser en van Jan-Peter Loof, Guido Terpstra en Hannah Jans.

Dit preadvies is tot stand gekomen door nauwe samenwerking tussen iemand die aan den lijve heeft ervaren hoe lastig het is om bestaande structureel discriminerende praktijken met behulp van het bestaande gelijkebehandelingsrecht te bestrijden en iemand die dit rechtsgebied jarenlang intensief heeft bestudeerd. Dat bleek een inspirerende en vruchtbare manier om de problemen die het 'juridiseren' van structurele of institutionele discriminatie met zich meebrengt te verkennen.

Gezien de beperkingen aan omvang van dit preadvies en de tijd die we eraan konden besteden moesten we ons beperken tot een verkenning van dit onderwerp. We hopen dat we desondanks iets kunnen bijdragen aan de discussie hierover.

2. Begrippen

In dit hoofdstuk verkennen we de begrippen die centraal staan in de door de staatscommissie aan ons voorgelegde vraag. We beginnen bij het begrip *discriminatie* zoals dat in het in Nederland geldende recht juridisch inhoud heeft gekregen. Daarna onderzoeken we wat wordt bedoeld met *structurele en/of institutionele discriminatie* (waarvoor in Nederland nog geen juridische definitie bestaat).

2.1 Discriminatie – een verkenning van dit begrip

Hoewel het woord discriminatie voorkomt in het tweede zinsdeel van artikel 1 Grondwet (Gw), wordt dit begrip op die plaats niet gedefinieerd.[3] Een definitie is wel te vinden in artikel 90quater van het Wetboek van Strafrecht. Voor dit preadvies concentreren we ons echter op het verbod van discriminatie binnen civielrechtelijke verhoudingen. Daarvoor bestaat een stelsel van gelijke behandelingswetten, waarvan de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) de belangrijkste wet is. De wet verbiedt 'onderscheid maken'; daaronder valt direct of indirect onderscheid, opdracht geven tot onderscheid, en seksuele intimidatie. Door het te benoemen als 'onderscheid maken' wordt discriminatie 'geneutraliseerd'; dat wil zeggen: het begrip wordt ontdaan van de negatieve lading die het in het algemene spraakgebruik heeft.[4] Dit kan ertoe leiden dat de maatschappelijke ernst ervan wordt afgezwakt. Er is daarom, onder andere door de Raad van State, voor gepleit om (aansluitend bij het EU-recht op dit terrein) het woord discriminatie wél te gebruiken.[5]

> **De term 'onderscheid maken' zwakt de negatieve lading en maatschappelijke ernst van discriminatie af.**

Een tweede kenmerk van de materiële normstelling in dit rechtsgebied is dat er, om van verboden onderscheid te kunnen spreken, een verband moet zijn met bepaalde door de wetgever benoemde 'identiteitskenmerken';

3. R. Holtmaat, 'Discriminatie of onderscheid: het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?' In: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling, principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 3-113.

4. R. Holtmaat, 'Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling', *NJB* 2003, afl. 25, p. 1266-1276.

5. R. Holtmaat: Discriminatie of onderscheid, a.w., p. 3.

dat wil zeggen: discriminatiegronden. Deze gerichtheid op 'onderscheid maken op bepaalde gronden' werpt ingewikkelde vragen op, zoals met wie de individuele klager zich precies kan of moet vergelijken en welke gevallen vergelijkbaar zijn; ergo: in welke gevallen ongelijke behandeling gerechtvaardigd zou kunnen zijn.[6] Het verbod van onderscheid op deze 'enkelvoudige gronden' negeert ook de maatschappelijke realiteit dat in het bijzonder mensen die een aantal van die identiteitskenmerken gecombineerd bezitten, getroffen worden door discriminatoire praktijken, regelingen of systemen. Hoewel deze 'intersectionaliteit' van discriminatiegronden in de sociale- en rechtstheorie al geruime tijd wordt erkend, is er in het Nederlandse recht nog geen norm ontwikkeld die hieraan recht doet.[7]

Een ander probleem is dat de discriminatiegronden – net als het verbod op onderscheid zelf – 'neutraal' geformuleerd zijn, in die zin dat ze symmetrisch zijn. Het gaat niet om discriminatie van vrouwen, maar om discriminatie op grond van sekse (m/v). Het gaat niet om discriminatie van specifieke (historisch of actueel) onderdrukte etnische groepen, maar om 'ras en etniciteit'. Diegenen in de samenleving die tot nu toe hebben geprofiteerd van hun bevoorrechte of meer machtige positie kunnen door de gronden op die manier te 'neutraliseren' aan het antidiscriminatierecht evenveel bescherming ontlenen als de slachtoffers van die discriminatie.

De definitie die wordt gebruikt in het rapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie (POC) van de Eerste Kamer legt eveneens de nadruk op het 'onderscheid maken op basis van identiteitskenmerken': 'Discriminatie is het schadelijk of benadelend onderscheid maken tussen individuen op basis van vooroordelen, omdat zij behoren tot groepen met bepaalde identiteitskenmerken.'[8]

Hier worden 'vooroordelen' genoemd als de basis of oorzaak van discriminatie. Andere factoren die discriminatie veroorzaken (zoals het slavernijverleden, bestaande regelingen of standaardpraktijken, statistische verschillen of economische voordelen) worden niet benoemd. Als het gaat om het bestrijden van structurele of institutionele discriminatie is het van belang om juist die factoren goed in het oog te krijgen en expliciet te benoemen.[9]

Door de nadruk te leggen op 'onderscheid maken' blijven andere vormen van 'benadelend handelen' of 'benadelende praktijken' buiten beeld, zoals intimidatie, haatspraak, geweld of het gebruik van stereotypen.[10] Verder focust de POC op 'onderscheid maken tussen individuen' waarmee de 'groepsdimensie' van het fenomeen discriminatie niet wordt benoemd. Discriminatie treft immers niet alleen individuele personen, maar treft vaak hele groepen van mensen die bepaalde gedeelde identiteitskenmerken hebben of in vergelijkbare (achtergestelde of onderdrukkende) omstandigheden verkeren.

Het centraal stellen van het begrip 'onderscheid maken' of 'ongelijke behandeling' veronderstelt verder een concrete persoon of instantie die handelt. Dat discriminatie ook het gevolg kan zijn van de manier waarop

6. J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag: Sdu 2002.

7. Zie het preadvies van Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer.

8. Parlementaire Onderzoekscommissie Eerste Kamer der Staten Generaal, *Gelijk recht doen; een onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, Den Haag juni 2022, p. 17. Voortaan Rapport POC.

9. Zie het preadvies van Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer.

10. R. Holtmaat & G. Terpstra, 'Leve de pluriformiteit bij de discriminatiebestrijding; Een kritiek op het ideaal van een uniforme aanpak van verschillende discriminatiegronden', *NTM-NJCM-bulletin* 2011, afl. 2, p. 159-173.

bepaalde systemen of regelingen zijn vormgegeven wordt niet benoemd. Het element 'op basis van' suggereert daarbij dat die (discriminerende) behandeling intentioneel is; dat wil zeggen dat er een direct (causaal) verband verondersteld wordt tussen de gegeven behandeling en het verboden kenmerk. Onbedoelde gevolgen van bestaande discriminerende regelingen of systemen blijven zo buiten beeld.

> **We hebben een nieuwe definitie van discriminatie nodig — één die structurele oorzaken en machtsongelijkheid erkent.**

De POC erkent dat de bestaande juridische definities te beperkt zijn en vult de bovenstaande passage daarom als volgt aan: 'Daarom gaat de commissie uit van de wat bredere definitie van discriminatie als het maken van onderscheid dat op enigerlei wijze krenkend is of een ongerechtvaardigd nadeel oplevert, of zodanig dat duidelijk is dat de benadeelde niet als gelijkwaardig mens wordt gezien'.[11]

Daarmee lijkt de POC te neigen naar een (meer) mensenrechtelijke benadering. Ook in deze omschrijving blijft het 'onderscheid maken' echter centraal staan, waardoor niet zichtbaar wordt dat discriminatie geen zuiver individueel probleem, maar een sociaal bepaald probleem is. Discriminatie is niet alleen het gevolg van het feit dat individuen vooroordelen hebben over andere individuen (met andere persoonskenmerken), maar vloeit ook voort uit het feit dat de macht ongelijk verdeeld is in de samenleving.

In recente onderzoeksrapporten wordt wel uitdrukkelijk gewezen op deze 'machtsdimensie' van het verschijnsel discriminatie.[12] In Nederland heeft dit voor zover ons bekend nog niet geleid tot voorstellen voor het wijzigingen van de bestaande 'kleurloze' of 'neutrale' juridische definities daarvan.[13]

Samenvattend kan worden gesteld dat het huidige antidiscriminatierecht is gericht op individueel, intentioneel handelen en daardoor onvoldoende oog heeft voor de structurele en machtsgerelateerde oorzaken van ongelijkheid, achterstelling, uitsluiting en onderdrukking. Een effectieve juridische aanpak van institutionele en structurele discriminatie vereist een herdefiniëring van het discriminatiebegrip. Daarin moeten de maatschappelijke context en de machtsdimensie expliciet worden meegenomen. In paragraaf 2.5 doen wij hier een aanzet toe.

2.2 Structurele discriminatie – een verkenning van dit begrip

Net zoals de machtsdimensie van discriminatie bredere erkenning lijkt te krijgen, wordt ook de structurele dimensie van discriminatie in steeds ruimere kring erkend. Een voorbeeld is het rapport van de POC: 'Discriminatie kan het gevolg zijn van opzettelijke handelingen, maar ook van institutionele structuren of van gewoontes die in een groep of organisatie vanzelfsprekend zijn.'[14]

11. Rapport POC, a.w., p. 17.
12. Zie o.m. het Rapport POC, het rapport van het Kennisplatform Integratie & Samenleving, *Institutioneel Racisme in Nederland*, Utrecht: Movisie 2021; en het rapport van de Staatscommissie over de Gelijkheidsplicht Publieke Sector, Den Haag september 2025.
13. Een voorzet daartoe is te vinden in een recent rapport van het Ierse Mensenrechteninstituut. Zie: https://www.ihrec.ie/publications/submission-on-the-review-of-the-equality-acts.
14. Rapport POC, a.w., p. 17.

De POC werkt dit met een groot aantal voorbeelden uit.[15] Er worden als het om dit onderwerp gaat in de literatuur diverse begrippen gebruikt, zoals structurele discriminatie, systeemdiscriminatie of systemische discriminatie, en institutionele discriminatie. Wij beginnen onze analyse bij het begrip structurele discriminatie.

Dit begrip kan tenminste twee verschillende betekenissen hebben. Ten eerste kan het wijzen op het feit dat discriminatie wijdverbreid en hardnekkig is en in alle menselijke samenlevingen lijkt voor te komen. Ten tweede kan het wijzen op het feit dat discriminatie 'ingebakken' zit in systemen en (organisatie)structuren die bepalend zijn voor de inrichting van onze maatschappij/samenleving. De oorzaak daarvan is dat alle maatschappelijke systemen/structuren zijn ontworpen door- en georiënteerd zijn op de belangen van tot dan toe dominante groepen in de samenleving (zoals mannen of mensen zonder beperkingen), soms echter ook op basis van een constellatie van belangen en voorkeuren van heterogeen samengestelde groepen (zoals witte, rijke, cis mannen, die al generaties lang in het land wonen). Ze sluiten daarmee aan bij de 'normaliteit' van bepaalde historisch gegroeide culturele of religieuze stereotypen, tradities en praktijken, dat wil zeggen bij 'vanzelfsprekendheden'. Omdat die discriminerende systemen en structuren historisch en cultureel zijn bepaald, zijn ze ook veranderbaar, mede door het inzetten van wettelijke normen die het (voort)bestaan ervan actief tegengaan. In het vervolg van dit preadvies hebben we het uitsluitend over deze tweede betekenis van structurele discriminatie.

2.3 Institutionele discriminatie – een verkenning van dit begrip

Structurele discriminatie in de tweede betekenis wordt ook wel aangeduid als systeemdiscriminatie, systemische discriminatie of institutionele discriminatie. Wij hebben ervoor gekozen om – naast het begrip structurele discriminatie in de tweede hierboven genoemde betekenis – alleen dit laatste begrip te gebruiken, omdat dit het meest concreet lijkt, en ook omdat het door de staatscommissie is gebruikt in de vraag die aan ons is voorgelegd. In deze paragraaf verkennen we dit begrip nader.

Voor het ontwikkelen van een juridisch antwoord op het verschijnsel institutionele discriminatie moet het begrip instituties beperkt worden uitgelegd, dat wil zeggen: beperkt tot die instituties die een duidelijk aanwijsbare organisator en organisatiestructuur hebben.[16]

Een voorbeeld van een dergelijke definitie is te vinden in het rapport van Niall Crowley over institutioneel racisme. Het gaat om *'(…) policies, procedures, practices and perceptions within organisations or key systems (curs. RH & ZA) that serve, often inadvertently, to exclude, hamper or disadvantage Black and minority ethnic groups, including Roma and Travellers'*.[17] In het rapport over institutioneel racisme van het Kennisplatform wordt dit nader gespecificeerd: 'Kenmerkend is (…) dat institutioneel racisme structureel en collectief is: het gaat niet over incidenten en betreft niet het handelen van één individuele medewerker van een instituut.'[18] In het vervolg van dit preadvies verstaan we onder institutionele discriminatie het verschijnsel dat bepaalde aanwijsbare

15. Zie Rapport POC, a.w., p. 19 e.v.

16. Kennisplatform Integratie & Samenleving, a.w., p. 7.

17. N. Crowley (2022), *To name and address the underlying problem: Structural discrimination on the ground of racial or ethnic origin, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination.* Te vinden op: https://www.equalitylaw.eu/downloads/5777-to-name-and-address-the-underlying-problem-structural-discrimination-on-the-ground-of-racial-or-ethnic-origin, p. 40.

18. Kennisplatform Integratie & Samenleving, a.w., p. 7.

organisaties of sleutelsystemen verantwoordelijk zijn / kunnen worden gehouden voor het in stand houden van regelingen, praktijken of processen die leiden tot structurele discriminatie. Onder een sleutelsysteem verstaan we een regelsysteem waaraan de individuele burger is onderworpen, terwijl het een sector betreft waaraan hij/zij (vaak gedwongen) moet deelnemen. De regels van het systeem kunnen zowel uit wetten of daarop gebaseerde regelgeving voortkomen, als meer informeel van aard zijn, zoals beroepscodes, standaardpraktijken, of de 'bedrijfscultuur'.

Een voorbeeld van een structureel discriminerend 'sleutelsysteem' is de manier waarop de dagindeling in het basisonderwijs in Nederland is georganiseerd en door middel van wetgeving is gereguleerd. In de schooltijdenwetgeving was het tot 2007 niet verplicht dat basisscholen moesten zorgen voor opvang tussen de middag (tussenschoolse opvang). Als een school geen continurooster had (hetgeen niet verplicht was), moesten kinderen twee keer per dag gebracht en gehaald worden, waardoor het voor ouders (lees: moeders) vrijwel ondoenlijk was om deel te nemen aan het arbeidsproces. Dit systeem ijlt nog na in het feit dat de buitenschoolse opvang van basisschoolleerlingen in Nederland nog steeds als 'privéprobleem' wordt gezien; ouders moeten zelf een plek op een BSO veroveren en de kosten daarvan dragen. Dit kostenaspect draagt er op zijn beurt toe bij dat juist arme(re) ouders de consequenties van dit systeem ondervinden.

Ook in andere domeinen speelt institutionele discriminatie een rol. Uit onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat kopers en huurders met een migratieachtergrond structureel worden benadeeld door woningbemiddelaars.[19] Deze praktijken zijn niet het gevolg van individuele voorkeuren alleen, maar van een systeem waarin subjectieve selectiecriteria ruimte bieden voor ongelijkheid en discriminatie. Ook het toeslagenschandaal en de ongelijke behandeling van studenten met een migratieachtergrond bij DUO zijn voorbeelden van institutionele discriminatie. De casus van vrouwelijke rechters, die hieronder aan bod komt, illustreert institutionele discriminatie op de arbeidsmarkt.

2.4 Institutionele discriminatie in de rechtspraak – de strijd van vrouwelijke rechters voor gelijke beloning

Wat institutionele discriminatie behelst en hoe moeilijk het is om dit met behulp van het huidige recht uit te bannen zullen we illustreren aan de hand van de zaak van vrouwelijke rechters die juridische stappen ondernemen tegen de ongelijke beloning binnen de rechterlijke macht. Samen met het Bureau Clara Wichmann stellen zij de Nederlandse Staat aansprakelijk voor de structurele loonkloof tussen mannelijke en vrouwelijke rechters. De vrouwelijke rechters eisen zowel een nieuw, gelijkwaardig beloningssysteem als compensatie voor het misgelopen inkomen. Vrouwelijke rechters werden gemiddeld tussen de 3,5% en bijna 10% per jaar lager ingeschaald dan hun mannelijke collega's. Dit resulteerde in salarisverschillen van soms meer dan 2.000 euro netto per maand. Dit bevestigt dat ongelijke beloning een zeer hardnekkig probleem is, ondanks dat het in Nederland al vijftig jaar bij wet verboden is.[20] Dit roept de vraag

19. D. Gielkens & F. Wegkamp, *Discriminatie op de Utrechtse woningmarkt*, Utrecht. Zie ook: *De tweede landelijke monitor discriminatie bij woningverhuur*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2022. Te vinden op: 221250_Monitor-discriminatie-bij-woningverhuur-2022.pdf.

20. De Wet Gelijk Loon dateert van 1975. Zie R. Holtmaat, 'De Wet Gelijk Loon voor vrouwen en mannen', *Tijdschrift voor Vrouwenstudies 1980*, afl. 4, p. 428-456.

op hoe deze loondiscriminatie institutioneel werd 'verankerd' in regels en praktijken. De wijze waarop rechters in Nederland worden beloond en ingeschaald, zou voor iedere burger eenvoudig moeten kunnen worden afgeleid uit wet- en regelgeving.[21] De wet geeft inderdaad aan welk salaris een beginnend rechter (in opleiding) verdient. Maar de wet biedt ook een algemene, niet nader gespecificeerde bevoegdheid om daarvan af te wijken. Daardoor werd de beloning van rechters voor een belangrijk deel bepaald aan de hand van interne (beleids)documenten.

Sinds 1994 werd het laatstverdiende salaris gebruikt als basis voor de inschaling van rechters in opleiding. Het laatstverdiende loon lijkt op het eerste gezicht een objectieve maatstaf. Het hanteren van deze objectieve maatstaf kan echter onbedoeld vrouwen of andere groepen onevenredig benadelen. Het College voor de Rechten van de Mens zegt hierover: '*Het aansluiten bij het laatstverdiende loon heeft tot gevolg, dat eventueel bestaande beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen op de (relevante) arbeidsmarkt, worden bestendigd.*'[22]

In dit geval bevoordeelde het beloningssysteem rechters met een commerciële achtergrond (grote advocatenkantoren), en benadeelde het rechters met een sociale of publieke achtergrond. Dit weerspiegelt een impliciete voorkeur voor commerciële ervaring, waarbij werk in de commerciële sector meer wordt gewaardeerd dan werk in de publieke of sociale sector. Beroepen waarin vooral mannen werken, worden vaak hoger gewaardeerd dan beroepen die vooral door vrouwen worden uitgevoerd. Dit waardeoordeel is diepgeworteld in historische en culturele machtsstructuren, en resulteert in een systematische bevoordeling van mannen, die traditioneel werkzaam zijn in de commerciële sector. Deze ogenschijnlijk objectieve maatstaf heeft dus geleid tot de bestendiging van bestaande beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen ongeacht of dit al dan niet bewust is gebeurd. Dit is kenmerkend voor wat we 'structurele discriminatie' noemen, waarbij discriminatie niet per se voortkomt uit persoonlijke vooroordelen, maar uit de manier waarop systemen en regels zijn ingericht. Opvallend is verder dat het groepje vrouwelijke rechters dat betrokken is bij de procedure (in relatie tot andere rechters) relatief veel vrouwen bevat die van kleur zijn en/of uit een minder bevoorrechte economische achtergrond komen. Hoewel dit opvalt, hebben wij dit niet aangevoerd. Allereerst is het benoemen van deze patronen – in het bijzonder dat vrouwen van kleur mogelijk door het beleid worden benadeeld – extra gevoelig. Daarbij is het erg moeilijk om hiervoor bewijs te leveren, mede door de complexiteit van intersectionele discriminatie.[23]

Het loonbeleid, gebaseerd op het laatstverdiende loon, kende ook weer de mogelijkheid om hiervan af te wijken. Er ontstond door deze handelwijze een ondoorzichtig beloningssysteem omdat rechters geen inzicht hebben in het laatstverdiende loon van collega's en omdat werd afgeweken van het beleid. Het gebrek aan transparantie resulteerde in bewijsproblemen en bood ruimte voor willekeurige praktijken. Het College heeft gewaarschuwd voor de risico's van dergelijke systemen: *'Het hoger belonen als gevolg van onderhandelingen heeft een ondoorzichtig beloningssysteem tot*

21. Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

22. College voor de Rechten van de Mens, Oordeel 2009-67, overwegingen 3.30 t/m 3.32.

23. Zie het preadvies van Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer.

gevolg en brengt het risico van willekeur met zich. Dat risico laat ruimte voor vooroordelen over verschillen tussen mannen en vrouwen bij de vaststelling van het aanvangssalaris.' [24]

Dit zien we ook terug in de casus van de vrouwelijke rechters. Zo kreeg een vrouwelijke rechter tijdens haar salarisonderhandelingen te horen dat ze geen informatie over het salaris van anderen kon krijgen vanwege privacyredenen, maar dat ze zich geen zorgen hoefde te maken, aangezien niemand meer zou verdienen dan zij. Dit bleek later niet te kloppen, want haar mannelijke collega's verdienden met minder werkervaring meer dan zij. Andere vrouwen kregen tijdens salarisonderhandelingen te horen dat zij weinig invloed hadden op de hoogte van hun salaris, met uitspraken als "je werkt toch niet alleen voor je geld" en "graag of niet". Dit staat in schril contrast met ervaringen van mannelijke collega's, die meldden dat zij geen salarisonderhandelingen hoefden te voeren en direct op grond van de afwijkingsbevoegdheid in de hoogste trede van de schaal werden geplaatst. De afwezigheid van duidelijke regels en de ruimte voor afwijking creëerde dus een situatie waarin vooroordelen ten gunste van mannen (onbedoeld) werden ingebouwd in het salarisbeleid. Zo zijn er ook voorbeelden van vrouwelijke rechters die uit commerciële beroepen kwamen en erop achteruitgingen in salaris. Het feit dat mannen worden bevoorrecht blijft meestal verborgen achter dit soort ondoorzichtige systemen. Een uitzondering is een vacature bij de rechtbank Amsterdam waarin openlijk de voorkeur voor mannelijke kandidaten werd uitgesproken. Dit is onwettig, omdat het in Nederland verboden is om een voorkeursbeleid te voeren voor mannen, aangezien zij geen achtergestelde minderheid zijn op de arbeidsmarkt.[25] Deze voorbeelden wekken de indruk dat het hoger belonen van mannen samenhangt met een wens om mannen boven vrouwen aan te trekken en illustreren dat de systematische bevoordeling van mannen en benadeling van vrouwen niet incidenteel is, maar diep verankerd zit in het systeem van een institutie als de Rechtspraak.

In de zaak van de vrouwelijke rechters is de loondiscriminatie tot nu toe niet erkend of hersteld. Toen verschillende instanties werden aangesproken op de loondiscriminatie, wezen ze naar elkaar. De gerechtsbesturen wezen naar de Raad voor de rechtspraak, die op zijn beurt weer wees naar de gerechtsbesturen. Verder werd er gewezen naar het Ministerie van Justitie en Veiligheid en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (vakbond). Zoals eerder in dit preadvies is aangegeven ligt de verantwoordelijkheid voor institutionele discriminatie primair bij de onpersoonlijke organisaties of instellingen die het beleid en de praktijk in stand houden. Het is daarom essentieel dat duidelijk is welke instituten dat zijn, zodat ze verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Hoewel het gebruik van het laatstverdiende loon als criterium inmiddels is afgeschaft door de strijd van de vrouwelijke rechters, blijft het standpunt van de Raad voor de rechtspraak dat er geen sprake was van ongelijke beloning en dat er geen compensatie voor de benadeelde rechters zal volgen. Het argument dat de ongelijke behandeling niet intentioneel was, werd telkens naar voren gebracht. Zoals hiervoor is aangegeven miskent dit dat discriminatie ook voortkomt uit hoe systemen of regelingen zijn

24. College voor de Rechten van de Mens, Oordeel 2022-47, overweging 6.15.

25. Artikel 2, derde lid, AWGB.

opgezet. Daarom bestaan er nog zorgen over het nieuwe beleid, omdat de algemene afwijkingsbevoegdheid blijft bestaan en ondoorzichtig is of en hoe deze zal worden ingezet. Het gebrek aan transparantie blijkt ook uit gegevens over de periode van 18 juli 2024 tot en met 30 juni 2025, waaruit volgt dat de algemene afwijkingsbevoegdheid in negen gevallen, contrair aan het advies van de Raad voor de rechtspraak, door de gerechtsbesturen is toegepast om hoger in te schalen. Hierover is geen nadere informatie beschikbaar.[26]

2.5 Tot slot – een nieuwe definitie van discriminatie

Deze zaak onderstreept de complexiteit en hardnekkigheid van institutionele (loon)discriminatie en laat zien hoe moeilijk het is om deze diepgewortelde ongelijkheid effectief te adresseren met het huidige juridische kader dat is gebaseerd op formele gelijkheid en individuele rechtsbescherming, waardoor het erkennen en herstellen ervan een langdurige en uitdagende strijd is. We denken dat – als het de wetgever ernst is dat niet alleen individuele gevallen van 'ongelijke behandeling' maar ook alle vormen van structurele en institutionele discriminatie bestreden zouden moeten worden – er een nieuw stelsel van antidiscriminatiewetgeving opgebouwd moet worden. Dat heeft om te beginnen consequenties voor de in dit rechtsgebied gehanteerde juridische definities. De belangrijkste antidiscriminatiewetgeving die we op dit moment hebben (de AWGB en aanverwante wetten) benoemt discriminatie als 'onderscheid maken' en 'ongelijke behandeling' en koppelt dit aan een beperkte hoeveelheid 'enkelvoudige' en symmetrisch geformuleerde gronden. Zoals we hebben geconstateerd wordt de groepsdimensie en de machtsdimensie van discriminatie daarmee onzichtbaar gemaakt. De dominante groepen, die de 'status quo' willen handhaven en die geen inbreuken toestaan op hun geprivilegieerde positie, hebben van het antidiscriminatierecht daardoor weinig te vrezen.

Het is daarom nodig dat er door de wetgever een nieuwe definitie van discriminatie wordt gegeven waarin wordt verwoord wat discriminatie werkelijk behelst. De groeps- en machtsdimensie daarvan moet daarin uitdrukkelijk worden benoemd, waarbij wordt erkend dat specifieke groepen mensen bijzonder kwetsbaar zijn voor discriminerende praktijken, regelingen en systemen. Wij omschrijven discriminatie als volgt: *het maatschappelijke verschijnsel van de achterstelling, uitsluiting, vernederende of intimiderende bejegening en/of benadeling die mensen die behoren tot minder machtige groepen in de samenleving structureel ondervinden op grond van (diverse) eigenschappen of kenmerken die van belang zijn voor hun economische, sociale en culturele positie, hun identiteit of zelfbeleving, waardoor ze worden gedehumaniseerd en/of worden beroofd van het volle genot van hun mensenrechten.*

We realiseren ons dat deze aanzet nog geen 'sluitende' juridische formulering is. Hij bevat echter wel belangrijke bouwstenen daarvoor. Of een nieuwe definitie van discriminatie een plaats zou moeten krijgen in de Grondwet is daarbij een belangrijk discussiepunt. Onze voorkeur zou daar wel naar uitgaan.

26. Rapportage Monitoring implementatie nieuw inschalingsbeleid rechterlijke ambtenaren, 11 september 2025.

3. Verschillende benaderingen van gelijkheid en van de aanpak van discriminatie

Het huidige antidiscriminatierecht schiet tekort bij het aanpakken van institutionele vormen van discriminatie; de casus van de ongelijke beloning van vrouwelijke rechters laat dat zien. Dit hoofdstuk gaat over de vraag hoe het recht (beter) kan worden ingezet om diepgewortelde, structurele en institutionele vormen van discriminatie effectief te bestrijden. Daarbij besteden we aandacht aan de historische ontwikkeling van het gelijkheidsbeginsel en aan verschillende strategieën die bij discriminatiebestrijding gevolgd kunnen worden. We behandelen ook de noodzakelijke verbredingen van de rechtsgrondslag met andere fundamentele waarden zoals vrijheid, solidariteit en maatschappelijke cohesie.

3.1 Drie invullingen van juridische gelijkheid

Het bestaande non-discriminatierecht was (en is) primair een uitwerking van het formele gelijkheidsbeginsel; dat beginsel schrijft voor dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Het zegt niets over welke behandeling mensen moeten krijgen, noch over de vraag welke 'gevallen' gelijk of ongelijk zouden zijn. Vanaf het midden van de 20ste eeuw werd binnen dit rechtsgebied ook het materiële gelijkheidsbeginsel ontwikkeld, gericht op het bereiken van gelijke uitkomsten voor sociaal, cultureel of economisch achtergestelde groepen.[27] Gaandeweg ontstond echter het besef dat ook met deze benadering slechts beperkte resultaten te behalen zijn. De noodzaak van een (meer) structurele aanpak van discriminatie werd om te beginnen onderkend binnen juridische vrouwenstudies. Het gaat daarbij niet langer louter om het streven naar gelijkheid of gelijke behandeling van vrouwen aan mannen, maar om wezenlijke, structurele veranderingen van de bestaande ongelijke machtsverhoudingen tussen de seksen. Zo stelt Nancy Fraser dat er '*transformative remedies*' nodig zijn die zijn gericht op '*correcting inequitable outcomes precisely by restructuring the underlying generative framework*'.[28] Aansluitend daarbij werd het begrip 'transformatieve gelijkheid' ontwikkeld.[29] Het doel was niet langer het 'geven' van gelijke (bestaande) rechten aan voorheen 'achtergestelde' personen om zich 'in te kunnen voegen' in de bestaande, op ongelijkheid gebaseerde, maatschappelijke orde, maar het creëren van een nieuwe orde, één waarin (meer) rekening gehouden wordt met de bijzondere positie van deze groepen.[30] Als we het in het kader van discriminatiebestrijding hebben over 'het gelijkheidsbeginsel' is het daarom nodig te specificeren welke invulling dat beginsel daarbij vooral zou moeten krijgen.

3.2 Drie strategieën om discriminatie door middel van het recht te bestrijden

Aansluitend bij deze drie mogelijke invullingen van juridische gelijkheid bestaan er ook drie strategieën waarmee het rechtssysteem de bestaande ongelijkheid en/of discriminatie zou kunnen adresseren.[31] Dat betreft: (1) de strategie waarbij individuele personen de juridische aanspraak krijgen op gelijke behandeling in en door het recht (Individuele Rechtenstrategie – IRS); (2) de strategie waarbij door middel van recht en beleid sociale ondersteuning wordt geboden aan die (groepen van) mensen die als

27. T. Loenen, *The conceptualization of equality as a legal concept - from formal to more substantive equality*, Leiden: Brill 2024. Het is vrij beschikbaar via deze link: https://brill.com/display/title/64155.

28. N. Fraser, *Justice Interruptus; Critical Reflections on the 'Postsocialist' Condition*, New York / London: Routledge 1997, p. 23.

29. R. Holtmaat, 'Van Gelijke Behandeling naar Ander Recht', in: E. Brems & L. Stevens, *Recht en Gender in België*, Brugge: Die Keure, 2011, p. 237-261.

30. R. Holtmaat, 'Seksediscriminatie en de blijvende noodzaak van Ander Recht', *Ars Aequi* 2016, afl. 6, p. 467-472.

31. R. Holtmaat, 'Het gelijkheidsbeginsel: van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 161-176.

gevolg van discriminatie de mogelijkheden ontberen om een volwaardig menselijk leven te leiden (de Sociale Ondersteuningsstrategie - SOS); en (3) de strategie om de structurele oorzaken van de discriminatie en onderdrukking weg te nemen door het juridisch vormgeven en ondersteunen van een proces van sociale en culturele veranderingen (de Strategie van Sociaal-Culturele Verandering - SSCV).

Het bestaande gelijkebehandelingsrecht vormt een uitwerking van de eerste strategie. Door het probleem te leggen bij individuele slachtoffers, wordt de verantwoordelijkheid voor het oplossen van de institutionele of structurele discriminatie ook naar hen verlegd. Dit maakt dat de organisatie of de instelling niet actief hoeft na te denken over maatregelen die leiden tot aanpassing of afschaffing van de praktijken en regelingen die deze discriminatie veroorzaken.

Toepassing van het materiële gelijkheidsbeginsel en van de tweede strategie (SOS) bieden meer mogelijkheden om structurele en institutionele discriminatie aan te pakken. Het initiatief tot het tegengaan daarvan hoeft immers niet bij een individueel slachtoffer te liggen, maar kan neergelegd worden bij die instellingen en organisaties die verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor het bestaan van- en tegengaan van deze discriminatie. De materiële normstelling hoeft zich verder niet te beperken tot het verbieden van bepaalde gedragingen of uitingen (op bepaalde gronden), maar kan ook proactieve en positieve verplichtingen behelzen.

Naast reactieve verbodsnormen zullen er ook proactieve (zorg)verplichtingen moeten worden geformuleerd.

De derde strategie is uitdrukkelijk gericht op het aanpakken van de diepere, structurele oorzaken van discriminatie en ongelijkheid. Het is een uitwerking van het transformatieve gelijkheidsbeginsel. Een rechtsregel die dit beginsel uitwerkt is artikel 5 van het VN-Vrouwenverdrag, dat Staten verplicht om genderstereotypen die ten grondslag liggen aan de inrichting van de samenleving (inclusief recht en beleid) bloot te leggen en te bestrijden.[32] Bij het ontwerpen van een strategie van SCCV is het van belang om duidelijk te benoemen welke instanties (maatschappelijke organisaties, bedrijven, overheidsinstellingen et cetera) deze structurele of institutionele discriminatie veroorzaken en/of in stand houden. Niet concrete identificeerbare (individuele) actoren, maar onpersoonlijke instituties moeten voor die discriminatie verantwoordelijk worden gehouden door specifiek daarop toegesneden rechtsnormen en handhavingsmechanismen, inclusief passende sancties. Naast reactieve verbodsnormen zullen ook proactieve (zorg)verplichtingen juridisch moeten worden geformuleerd. (In paragraaf 3.4 komen we hierop terug.)

32. A. Timmer & R. Holtmaat. 'Article 5', in: P. Schulz e.a. (red.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Optional Protocol: A Commentary*, New York: Oxford University Press, 2022, 221- 256.

3.3 Méér dan gelijkheid – naar een verbreding van de rechtsgrondslag van discriminatiebestrijding

Het juridisch aanpakken van structurele en institutionele discriminatie vereist een daarbij passende rechtsgrondslag. Dat betekent dat het nodig is om na te denken over redenen waarom de overheid deze verschijnselen zou moeten of moeten willen bestrijden. Het tot nu toe ontwikkelde gelijkebehandelingsrecht is een uitwerking van artikel 1 van de Grondwet. Het gelijkheidsbeginsel ligt daarmee ten grondslag aan de overheidsbemoeienis met discriminatie in het sociale, economische en culturele leven – óók als het gaat om verhoudingen tussen burgers onderling. De indruk kan daarmee ontstaan dat gelijkheid de enige waarde is die een funderende rol speelt in dit rechtsgebied.[33] Dat het gelijkheidsbeginsel echter geen opzichzelfstaande waarde is, die losgezien kan worden van belangrijke andere grondbeginselen van onze democratische rechtsorde, komt goed tot uitdrukking in artikel 2 van het Verdrag van de Europese Unie. Gelijkheid is daar maar één van een hele rits fundamentele kernwaarden waarop de Unie zich baseert en waarvoor zij zich wil inspannen.

Witteveen heeft erop gewezen dat de nadruk op 'gelijkheid' en 'gelijke behandeling' leidt tot een eenzijdig, en niet altijd verdedigbaar perspectief. Volgens hem zou het antidiscriminatierecht evenzeer gestoeld moeten zijn op de twee andere klassieke grondwaarden van de democratische rechtstaat, namelijk vrijheid en solidariteit.[34] Verschillende rechtstheoretici en filosofen hebben daar andere mogelijke rechtsgronden voor discriminatiebestrijding aan toegevoegd. Een belangrijke inspiratiebron kan gevonden worden bij Ronald Dworkin, die onderscheid maakt tussen het recht op gelijke behandeling en het recht om te worden behandeld als gelijke. Bij dat laatste gaat het erom dat burgers het fundamentele recht hebben op '*equal concern and respect*'.[35] In dezelfde lijn pleit Avishai Margalit voor het handhaven en garanderen van een '*decent society*' en legt Charles Taylor de nadruk op het belang van het garanderen van een multiculturele, open samenleving waarin iedereen 'tot zijn recht' kan komen; dat wil zeggen: zich in vrijheid kan ontplooien.[36] Martha Nussbaum pleit voor een samenleving die de waardigheid, autonomie en gelijke ontwikkelingsmogelijkheden van ieder individu waarborgt, en waarin sociale en juridische instituties zodanig zijn ingericht dat iedereen de kans krijgt een volwaardig en waardig leven te leiden.[37] Een andere, tot op heden in het debat over discriminatiebestrijding onderbelichte waarde is volgens Jenny Goldschmidt die van 'veiligheid': 'Wie zich niet veilig voelt, kan niet optimaal functioneren, en dat kan prestaties, bewegingsvrijheid en gezondheid negatief beïnvloeden.'[38] Samenvattend: in deze discussies worden de waarden van vrijheid, pluriformiteit en diversiteit, de menselijke gelijk(waardig)heid, gelijke kansen op participatie in alle mogelijke levensbereiken, sociaaleconomische belangen en maatschappelijke vrede, veiligheid en stabiliteit genoemd als basisbeginselen die ten grondslag gelegd kunnen worden aan het antidiscriminatierecht.

33. R. Holtmaat & G. Terpstra, a.w.

34. W. Witteveen, 'Over de vermeende olievlekwerking van het gelijkheidsbeginsel; een hink-stap-sprongessay', in: R. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Deventer 2000, p. 179-192.

35. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1997.

36. A. Margalit, *The Decent Society*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press 1998; C. Taylor, *Multiculturalisme; de politiek van erkenning*, Meppel -Amsterdam: Boom 1995.

37. M. C. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

38. J. Goldschmidt, 'Conceptuele zoektocht naar het gelijk: het belang van veiligheid', in: J.P. Loof & R.A. Lawson, *Diverse mensen en Gelijke Rechten anno 2024*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2024, p. 65.

In grote lijnen zijn er twee stromingen te onderscheiden wat betreft de rechtsgronden van het antidiscriminatierecht. De ene richt zich op de bescherming van individuen; de andere ziet vooral op het tegengaan van de negatieve effecten van discriminatie voor het functioneren van de samenleving. Dit laatste vatten we samen als: het bewaren van de sociale vrede tussen groepen in de samenleving en het garanderen van diversiteit of pluriformiteit.[39] Als het gaat om het bestrijden van structurele en institutionele discriminatie zijn die waarden van bijzonder belang.

3.4 Tot slot – naar een bredere benadering van het antidiscriminatierecht

De beschrijving van drie mogelijke uitwerkingen van het juridische gelijkheidsbeginsel en drie mogelijke strategieën om discriminatie door middel van het recht tegen te gaan laat zien dat de overheid wat dit betreft niet voor één anker hoeft te gaan liggen. Integendeel: volgens ons is een combinatie daarvan het meest kansrijk als het om bestrijding van discriminatie (in brede zin; zie paragraaf 2.5) gaat. De afgelopen decennia lag de nadruk echter op één interpretatie van het gelijkheidsbeginsel en op één specifieke strategie; het bestaande antidiscriminatierecht is voornamelijk een uitwerking van formele gelijkheid en de individuele rechtenstrategie. Ook wat betreft de materiële normstelling (datgene wat de wetgever aan de bevolking / aan instituties en organisaties aan juridische verplichtingen oplegt) is een andere benadering nodig. Naast reactieve verbodsnormen die centraal staan in het op de IRS gebaseerde benadering (d.w.z.: de wet bepaalt dat burgers zich moeten 'onthouden' van discriminerende gedragingen, praktijken en regelingen) zouden in die nieuwe antidiscriminatienorm ook proactieve zorgplichten moeten worden opgenomen; dat wil zeggen de plicht om structurele en institutionele vormen van discriminatie effectief op te sporen en uit te bannen. Organisaties die deze vormen van discriminatie in stand houden moeten daarvoor wettelijk verantwoordelijk worden gesteld. Als een dergelijke wettelijke verplichting zou bestaan, was het voor de klagers in de casus van de ongelijke beloning in de rechterlijke macht, gemakkelijker geweest om die instanties daarvoor ook daadwerkelijk aansprakelijk te stellen.

> **Organisaties die structurele en institutionele discriminatie in stand houden, moeten daar wettelijk op aangesproken kunnen worden.**

39. R. Holtmaat & G. Terpstra, a.w.

De staatscommissie heeft met het rapport over de mogelijke (gefaseerde) invoering van een Gelijkheidsplicht Publieke Sector een belangrijke voorzet gegeven over het (na)denken over de formulering van dergelijke proactieve zorgplichten.[40] Het bestrijden van structurele en institutionele discriminatie moet echter niet beperkt blijven tot de publieke sector; ook andere sectoren (zoals het bedrijfsleven, het onderwijsveld, de gezondheidszorg, de pensioen- en verzekeringssector en de volkshuisvesting) zouden op den duur dergelijke proactieve zorgplichten opgelegd moeten krijgen.

Tot slot pleiten we voor een verbreding van de grondslag om het recht in te zetten om dit maatschappelijk verschijnsel te bestrijden. Die rechtsgrond moet vooral gezocht worden in waarden en belangen die niet zozeer op bescherming van het individu zijn gericht, maar op bescherming van de samenleving als geheel. Ook de staatscommissie wijst op de schade die als gevolg van structurele of institutionele discriminatie ontstaat voor de sociale cohesie en voor het vertrouwen in de democratische rechtstaat.[41] De staatscommissie lijkt echter te blijven voortbouwen op het gelijkheidsbeginsel als voornaamste grondslag voor het invoeren van daarop gerichte wetgeving. De titel van de voorgestelde nieuwe materiële norm ter bestrijding van institutionele discriminatie (de Gelijkheidsplicht) wijst daarop.[42]

4. Verbetering van bestaande rechtsnormen

Het bestaande antidiscriminatierecht biedt onvoldoende soelaas tegen structurele en institutionele discriminatie. Dit wordt inmiddels onderkend door vrijwel iedereen die zich diepgaand met dit onderwerp bezighoudt.[43] Dit is ook de achtergrond van de vraag die ons is voorgelegd door de staatscommissie hoe deze vormen van discriminatie 'juridisch ondervangen' zouden kunnen worden.

Het bestaande recht biedt al aanknopingspunten voor de aanpak van structurele en institutionele discriminatie.

Daarvoor hebben we in dit preadvies enkele voorzetten gegeven. Om te beginnen moet de juridische definitie van wat 'discriminatie' precies behelst worden verbreed, en wel zodanig dat de groeps- en machtsdimensie daarvan zichtbaar wordt. (Zie paragraaf 2.5). In de tweede plaats is het nodig om naast reactieve verbodsnormen (ook) proactieve zorgverplichtingen in de wetgeving vast te leggen. (Zie paragraaf 3.2 en 3.4). In de derde plaats is het wenselijk om bij het ontwikkelen van het nieuwe antidiscriminatierecht niet alleen aan te knopen bij het gelijkheidsbeginsel, maar om ook andere (funderende) waarden en belangen te benoemen als

40. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Gelijkheidsplicht Publieke Sector. Naar wettelijke verankering van een proactieve aanpak van discriminatie door de overheid*, vierde voortgangsrapportage, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2025.

41. Staatscommissie, Gelijkheidsplicht Publieke Sector, a.w., p. 18.

42. Staatscommissie, Gelijkheidsplicht Publieke Sector, a.w.

43. Zie o.m. de publicaties van de Staatscommissie tot dusver en het rapport van de POC.

dwingende redenen waarom de overheid deze vormen van discriminatie zou moeten (willen) 'ondervangen'. (Zie paragraaf 3.3). We realiseren ons dat dit alles een lange adem zal vergen. Dat betekent echter niet dat er geen begin gemaakt zou kunnen worden met het ontwikkelen van adequate en effectieve rechtsnormen ter bestrijding van deze vormen van discriminatie. Het bestaande recht biedt verschillende aanknopingspunten om óók structurele en institutionele discriminatie te adresseren.

4.1 Definitie van indirecte discriminatie

Naast het concept van directe discriminatie is in de afgelopen decennia, gestimuleerd vanuit de rechtspraak, ook het concept van indirecte discriminatie tot ontwikkeling gekomen.[44] Indirecte discriminatie doet zich voor wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling of maatregel een specifieke groep, beschermd door een discriminatiegrond, nadelig beïnvloedt. Het gaat daarbij niet om de intentie om te discrimineren, maar om het effect van bestaande regelingen en praktijken. Daarmee wordt erkend dat niet iedereen in dezelfde (machts)positie verkeert, en dat ook schijnbaar 'neutrale' praktijken of regelingen *de facto* discriminerend kunnen uitwerken. Dit verbod is een voorbeeld van de uitwerking van het materiële gelijkheidsbeginsel in dit rechtsgebied. Welke vorm of mate van benadeling voldoende is om van indirecte discriminatie te kunnen spreken en hoe en door wie die benadeling vastgesteld zou kunnen of moeten worden is al lange tijd onderwerp van veel discussie. In tegenstelling tot directe discriminatie kan indirecte discriminatie worden gerechtvaardigd als de organisatie een legitiem doel heeft en de maatregel daarvoor geschikt en noodzakelijk is. Dit biedt ruimte voor afwegingen die in het nadeel van de benadeelde kunnen zijn. De definitie van indirecte discriminatie zou op deze punten aangescherpt kunnen worden.

Door de definitie van indirecte discriminatie aan te scherpen, kunnen we structurele discriminatie effectiever bestrijden.

Veel structurele of institutionele discriminatie neemt de vorm aan van indirecte discriminatie. Vandaar dat het wettelijke verbod daarvan heel belangrijk is voor de bestrijding van deze verschijnselen. Een duidelijke definitie van indirecte discriminatie zou in de zaak van de vrouwelijke rechters geholpen hebben, aangezien het tegenargument dat de ongelijke behandeling niet intentioneel was, steeds werd aangevoerd. Met een heldere wettelijke definitie zou deze discussie niet telkens opnieuw gevoerd hoeven worden. Hoewel het verbeteren van deze wettelijke norm op de bovengenoemde punten daarom essentieel is, is het niet voldoende om het daarbij te laten. Het verbod op indirecte discriminatie speelt

44. R.C. Tobler, *Indirect Discrimination; A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerp: Intersentia 2005.

immers een rol binnen een reactief systeem. Daarbij blijft de last op de schouders van de individuele 'benadeelden' liggen om de structurele of institutionele (indirecte) discriminatie aan te tonen en in rechte aan te vechten. Het zou daarom goed zijn als in de gelijkebehandelingswetgeving – ten aanzien van alles wat nu binnen het bereik daarvan valt – de positieve verplichting zou worden opgenomen om systematisch na te gaan of de binnen de organisatie/instelling of het bedrijf geldende regelingen en praktijken niet structureel ten nadele van bepaalde groepen uitwerken.

4.2 Het verbod op het nalaten van doeltreffende aanpassingen

In de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte is in artikel 2 bepaald dat 'het verbod van onderscheid […] mede in [houdt] dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.' Deze verplichting geldt niet voor de andere discriminatiegronden. Ook deze norm is een uitwerking van het materiële gelijkheidsbeginsel. Hiermee wordt immers erkend dat bepaalde personen 'structureel' in een nadelige positie verkeren als ze zich moeten aanpassen aan wat in de samenleving geldt als 'normale praktijken' of 'normale toestanden' (zoals de inrichting of toegankelijkheid van gebouwen). Deze bepaling is een zeldzaam voorbeeld van een positieve norm in het gelijkebehandelingsrecht: het legt een verplichting op om iets te doen (aanpassingen treffen), in plaats van *na te laten* (ongelijk behandelen). Het blijft echter een reactieve norm: dat wil zeggen dat hij pas in rechte kan worden ingeroepen als iemand meent dat hij/zij benadeeld wordt doordat deze norm niet is nageleefd. We zien niet in waarom de norm uitsluitend zou moeten gelden bij deze discriminatiegronden en niet opgenomen zou kunnen worden in de AWGB. Voor voorstellen tot verbreding / verbeteringen van deze norm verwijzen we naar het preadvies van Lisa Waddington en Alexander Hoogenboom.

4.3 Positieve actie

Artikel 2 lid 3 van de AWGB staat positieve actie toe, zoals het toekennen van een bevoorrechte positie aan vrouwen of leden van etnische minderheden om nadelen door ras of geslacht te verminderen. Ook deze norm is een uitwerking van het materiële gelijkheidsbeginsel. De Nederlandse wetgever is bij het toelaten van positieve actie gebonden aan de strikte voorwaarden die het Europese Hof van Justitie daarvoor heeft opgesteld. Deze mogelijkheid is daarbij vooralsnog beperkt tot de gronden geslacht en ras. Ook hier geldt dat de norm geplaatst is binnen een reactief en individualistisch systeem. Bedrijven en instellingen die op deze manier iets aan een situatie van achterstelling of achterstand willen doen, of simpelweg diversiteitsbeleid willen voeren, worden door die voorwaarden gehinderd om een passend beleid te voeren. De wet geeft 'gedupeerden' (vaak degenen die tot nu toe in de dominante positie verkeren) ruime mogelijkheden om zich tegen deze vorm van 'positieve discriminatie' te verzetten, maar geeft de tot nu toe gediscrimineerden geen enkel instrument om juridisch af te dwingen dat dit middel ook wordt ingezet. In de bijdrage van Waddington en Hoogenboom wordt onderzocht in hoeverre er ruimte is voor verruiming hiervan.

4.4 Universeel ontwerpen – het bevorderen van inclusiviteit

Het principe dat onze leefwereld (inclusief daarin bestaande instituties en sleutelsystemen) zodanig moet worden ingericht dat iedereen daarin op gelijkwaardige wijze kan participeren heet de verplichting tot *universal design*. Dit is opgenomen in artikel 2 en artikel 4f VN Gehandicaptenverdrag. In het kader van het bestrijden van institutionele discriminatie is dit naar onze opvatting een 'passende norm'. Deze norm is opgenomen in artikel 2a van de WGB/CZ. Hij behelst de verplichting om te werken aan 'inclusiviteit'; dat wil zeggen: het zodanig inrichten van de samenleving – zowel in materieel als in immaterieel opzicht – dat iedereen daarin op gelijkwaardige wijze kan deelnemen. Het verdient aanbeveling om te onderzoeken of deze verplichting kan worden uitgebreid naar andere gronden dan alleen handicap. De norm verdient wat ons betreft een bredere wettelijke basis dan alleen in de WGBH/CZ, of zelfs de AWGB. Het betreft een positieve, proactieve zorgverplichting die verder gaat dan deze reactieve, op verbodsnormen gerichte wetgeving. We zien dit als een uitwerking van het beginsel van transformatieve gelijkheid. Wellicht is het mogelijk deze verplichting (ook) een plaats te geven in een toekomstige wettelijke regeling van een Gelijkheidsplicht Publieke Sector.

4.5 Een transparantieplicht

Een van de grote problemen van het bestaande IRS-model is dat het op de gediscrimineerden aankomt om juridisch actie te ondernemen en feiten en omstandigheden naar voren te brengen die wijzen op verboden discriminerende praktijken of regelingen. Juist bij indirecte discriminatie (die vaak het gevolg is van structurele of institutionele discriminatie) is dat bijzonder lastig. Om tegemoet te komen aan dit probleem heeft de wetgever de bewijslast in deze zaken verlicht.[45] Bij de Evaluatie van de AWGB constateert het College voor de Rechten van de Mens dat voor veel mensen die zich bij het College over discriminatie willen beklagen deze drempel (nog) te hoog is.[46] Een probleem blijft hoe een slachtoffer van discriminatie de noodzakelijke feiten boven tafel kan krijgen als de andere partij niet meewerkt. De Europese wetgever heeft daarom – echter alleen als het om gelijke beloning gaat – een transparantieplicht ingevoerd.[47] Werkgevers moeten transparantie bieden over het beloningsbeleid en de naar geslacht uitgesplitste gemiddelde lonen.[48] Als de werkgever dit niet doet dan hoeft de werknemer geen feiten aan te leveren die discriminatie kunnen vermoeden, maar ligt de bewijslast bij de werkgever om aan te tonen dat er geen sprake is van discriminatie.[49] Deze Richtlijn moet nog worden omgezet in het Nederlandse recht. Een belangrijke stap zou zijn om de daarin opgenomen plicht om opening van zaken te geven uit te breiden tot alle vormen van discriminatie op alle mogelijke gronden. Een dergelijke bepaling zou, net als die met betrekking tot het universeel ontwerpen, een begin maken met het opnemen van meer proactieve zorgplichten in de bestaande gelijkebehandelingswetgeving.

4.6 Het recht op een discriminatievrije (werk)omgeving

Ook buiten de gelijkebehandelingswetgeving bestaan er op dit moment enkele instrumenten die een rol kunnen spelen bij het bestrijden van

45. Artikel 10 AWGB.

46. College voor de Rechten van de Mens, Evaluatie Gelijke Behandelingswetgeving 2017-2022, Utrecht oktober 2023, p. 28.

47. Richtlijn (EU) 2023/970 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingsmechanismen.

48. Artikelen 6 en 7 van de Richtlijn.

49. Artikel 18 van de Richtlijn.

structurele of institutionele discriminatie. Eén belangrijk voorbeeld daarvan bespreken we hier kort, omdat het een inspiratiebron kan zijn voor het ontwikkelen van nieuwe instrumenten die expliciet gericht zijn op het tegengaan van deze vormen van discriminatie.

Instituties en organisaties kunnen er zelf veel aan bijdragen dat er binnen de organisatie geen discriminatie voorkomt. De verplichting om een discriminatievrije werkomgeving te hebben bestaat al in de Arbeidsomstandighedenwet en in de wetgeving voor het basis- en voortgezet onderwijs.[50] De norm heeft ook betrekking op het voorkomen van psychosociale arbeidsbelasting die het gevolg is van onveilige (werk) omstandigheden, die onder andere veroorzaakt kunnen worden door discriminatie, pesten en (seksuele) intimidatie. Voor zover we hebben kunnen nagaan ontbreekt deze norm voor het hoger onderwijs en voor de sector gezondheid en welzijn. Het uitdrukkelijk vastleggen van deze zorgplicht is een eerste stap, waarbij expliciet moet worden benoemd op wie (welke instantie binnen de organisatie) deze plicht rust en zo concreet mogelijk moet worden benoemd wat deze plicht precies behelst.

4.7 De inbreng van rechters – contextualisering

Tot slot belichten we de rol die de rechter kan spelen bij het tegengaan van structurele en institutionele discriminatie. Hierboven merkten we op dat het verbod van indirect onderscheid tot ontwikkeling is gekomen doordat rechters het gelijkheidsbeginsel ruimer (dan een puur formeel beginsel) gingen uitleggen. Op dezelfde wijze kunnen rechters het bestaande antidiscriminatierecht – te beginnen bij artikel 1 van onze Grondwet – ruimer gaan uitleggen en toepassen. Het is nodig dat rechters – ook al heeft de wetgever dat oorspronkelijk niet tot uitdrukking gebracht in de wettelijke definities en normstellingen – de groeps- en machtsdimensie van het fenomeen discriminatie expliciet in aanmerking gaan nemen als ze 'gelijke behandelingszaken' voorgelegd krijgen.

Rechters kunnen het antidiscriminatierecht contextueler toepassen – en zo slachtoffers van structurele discriminatie beschermen.

Dit wordt ook betoogd in het preadvies van Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer over de methode van contextualisering, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof.[51] Dit houdt in dat rechters bij hun beoordeling van individuele gevallen het profiel van de verzoeker en diens leefomstandigheden in samenhang bezien met nationale en historische factoren, zoals koloniale erfenissen, sociale ongelijkheid of genderverhoudingen, om zo de relevante discriminatiegronden te identificeren. Welke mogelijkheden het huidige

50. Art. 1 Arbowet. Op grond van Afd. 4, art. 2.15 van het Arbeidsomstandighedenbesluit. In de Wet op het Primair Onderwijs is deze zorgplicht neergelegd in artikel 8, en lid 3a. Zie hierover: https://www.schoolenveiligheid.nl/kennisbank/burgerschap-op-de-basisschool-wet-en-regelgeving/

51. Zie het preadvies van Nozizwe Dube en Jennifer Alspeer.

Nederlandse recht daarvoor biedt vraagt om een nadere verkenning. Aanzetten daartoe zijn al wel zichtbaar in de rechtspraak over het begrip 'ras'.[52] Zoals Karin de Vries opmerkt in een recent commentaar op de rechtspraak van de Raad van State, kan het oordeel over (mogelijke) rassendiscriminatie niet los worden gezien van de maatschappelijke en historische context waarin onderscheid ontstaat.[53] Wij steunen deze benadering omdat zij rechters helpt structurele en intersectionele vormen van discriminatie beter in beeld te krijgen en tegelijk beter aansluit bij de maatschappelijke realiteit, waardoor de bewijslast voor het individu wordt verlicht. Een ruimere wettelijke definitie van wat discriminatie behelst, waarvoor we in paragraaf 2.5 een aanzet hebben gegeven, kan functioneren als een leidraad voor rechters zodat ze bij de beoordeling van gelijke behandelingszaken de groeps- en machtsdimensie van discriminatie wél in aanmerking kunnen nemen. In de casus van de vrouwelijke rechters zou een dergelijke definitie behulpzaam kunnen zijn om de huidige wettelijke bepalingen over het recht op gelijke beloning zodanig uit te leggen dat de gedupeerden werkelijk recht wordt gedaan.

5. Tot slot

In dit preadvies hebben we een verkenning uitgevoerd naar de vraag hoe structurele en institutionele discriminatie juridisch zou kunnen worden ondervangen. Het belang daarvan is eminent omdat de tot nu toe ontwikkelde juridische instrumenten daarvoor niet geschikt zijn. De wetgever zal het antidiscriminatierecht moeten verbreden en verdiepen. Omdat daarmee wat betreft de invulling van het gelijkheidsbeginsel een fundamenteel andere koers zal moeten worden ingezet (waarbij de beginselen van materiële en transformatieve gelijkheid ook voluit worden erkend) en gekozen moet worden voor radicaal veranderende strategieën die gevestigde machtsposities zullen aantasten, vereist dit diepgaande maatschappelijke en politieke discussies – waarbij wat ons betreft alle ruimte moet zijn voor participatie van juist die groepen mensen die momenteel structurele en institutionele discriminatie ondervinden.[54] Dergelijke ingrijpende nieuwe wetgeving zal – zeker gezien het huidige politieke klimaat in Nederland – niet op afzienbare termijn tot stand kunnen worden gebracht. Wij hopen echter dat in de tussentijd wel verder gewerkt kan worden aan het verbeteren van het bestaande antidiscriminatierecht. Rechters kunnen daarbij een belangrijke rol spelen door dit recht ruimer en anders uit te leggen.

52. Uitspraak van de rechtbank Den Haag (zp. Amsterdam) 16 april 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:5396, *JV* 2024/129, m.nt. De Vries; Uitspraak van de rechtbank Den Haag (zp. Utrecht) 17 juli 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:13381.

53. K. de Vries, 'De witte onschuld van de Afdeling bestuursrechtspraak', *NJB* 2025/2160.

54. Zie met name ook de preadviezen van Karin de Vries en Jair Schalkwijk, van Monique Steijns en Rajae Azaroual, en van Thomas Spijkerboer en Mitchell Esajas.

Rikki Holtmaat heeft tot september 2016 gewerkt als hoogleraar internationaal non-discriminatierecht in Leiden. Als onafhankelijk onderzoeker en adviseur was ze daarnaast werkzaam voor de Nederlandse overheid, het College voor de Rechten van de Mens, voor de Europese Commissie en voor diverse nationale en internationale ngo's. Een belangrijk aandachtsgebied was daarbij op welke wijze een transformatieve invulling van het gelijkheidsbeginsel juridisch vormgegeven zou kunnen worden in Ander Recht.

Zahra Achouak el Idrissi werkt sinds 2012 als rechter bij de rechtbank Amsterdam en heeft ruime ervaring in het bestuursrecht. Daarvoor was zij onder meer wetgevingsjurist. Zij neemt deel aan de collectieve procedure van vrouwelijke rechters tegen ongelijke beloning binnen de rechtspraak en heeft daarnaast een eigen procedure tegen de Staat aanhangig gemaakt bij het College.

Emergente discriminatiegronden vatten en intersectionele discriminatie voorkomen door transformatief constitutionalisme

Mr. N. (Nozizwe) Dube & mr. J. (Jennifer) Alspeer

Samenvatting

Nederland kent steeds meer kwetsbare groepen, waarvan velen intersectionele discriminatie ervaren. In dit preadvies adviseren we om Nederlands non-discriminatierecht rond de notie van transformatief constitutionalisme te organiseren. Transformatief constitutionalisme is een Zuid-Afrikaans juridische benadering die voorschrijft dat de grondwet het doel heeft om patronen van discriminatie die in de maatschappij zijn ingebed door historische gebeurtenissen van onrecht teniet te doen. Zodoende geeft transformatief constitutionalisme een helder omschreven juridisch-normatieve functie aan de Nederlandse Grondwet. We vertalen transformatief constitutionalisme aan de hand van drie ankerpunten naar de Nederlandse context: een grondwettelijk preambule die blijk geeft van historisch bewustzijn; een algemene bepaling met normstellende grondslagen zoals intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid, en solidariteit; en een gelijkheidsbeginsel dat intersectionaliteit centraal plaatst. Deze drie ankers creëren en bevorderen een contextuele rechtscultuur waar de wetgever, rechters en andere (juridische) actoren beter in staat zijn om emergente discriminatiegronden alsook om intersectionele discriminatie te vatten én voorkomen.

1. Inleiding

Discriminatie neemt voortdurend nieuwe vormen aan. Daar waar discriminatie op grond van kenmerken zoals ras en gender al langer een plek in het Nederlands non-discriminatierecht heeft, zijn emergente discriminatiegronden zoals armoede en opleiding nog niet gecodificeerd. Emergente discriminatiegronden zijn identiteitskenmerken op basis waarvan bepaalde groepen structurele benadeling ervaren bij de toegang tot belangrijke levensdomeinen, maar waarvan de gronden nog niet gecodificeerd zijn in non-discriminatiewetgeving. Voorbeelden van belangrijke levensdomeinen zijn de arbeidsmarkt, huisvesting, sociale zekerheid, en onderwijs.

Het maatschappelijk bewustzijn rond hoe discriminatie gebeurt verruimt ook. Terwijl non-discriminatierechtdoctrine vooral uitgaat van een één-dimensionele benadering die discriminatie als het resultaat van benadeling op grond van een losstaand grond ziet, wordt intersectionele discriminatie steeds meer zichtbaar. Intersectionele discriminatie is een unieke vorm van discriminatie die voorkomt bij meervoudig gemarginaliseerde groepen die zich wegens het bezit van bepaalde identiteitskenmerken op het kruispunt van synergistische en onafscheidelijke systemen van marginalisering bevinden.[1] Voorbeelden van systemen van marginalisering zijn racisme, het patriarchaat, validisme, en heteronormativiteit. Door het concept en de theorie van intersectionaliteit, ook gekend als kruispuntdenken, is het mogelijk om de synergistische discriminatie ervaren door groepen zoals

1. De term 'intersectionaliteit' is door Kimberlé Crenshaw gemunt: K. Crenshaw, 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics' [1989] University of Chicago Legal Forum 139, 140.

zwarte vrouwen te erkennen in het recht. Intersectionele discriminatie is geen synoniem van meervoudige discriminatie. Meervoudige discriminatie omschrijft de verschillende vormen van discriminatie bestaand uit meerdere discriminatiegronden zoals intersectionele en additieve discriminatie. Intersectionele discriminatie onderscheidt zich van andere vormen van meervoudige discriminatie door het synergistisch karakter ervan: de onderliggende systemen van marginalisering die de unieke discriminatie veroorzaken werken op elkaar in en zijn onafscheidelijk.

Emergente discriminatiegronden en intersectionaliteit nopen het non-discriminatierecht ertoe om de noodzaak van hervorming onder ogen te zien. We bespreken ze daarom samen in dit preadvies. Na deze inleiding geven we een stand van zaken van het Nederlandse non-discriminatierecht in het tweede deel. We focussen hierbij op Artikel 1 Grondwet (Gw) en de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

Transformatief constitutionalisme ziet de grondwet als instrument om diepgewortelde patronen van ongelijkheid en onrecht uit het verleden te doorbreken.

In het derde deel stellen we vast dat rechters en de wetgever vaak beroep lijken te doen op onveranderlijkheid, kwetsbaarheid, stigma, vooroordelen, en anti-stereotypering als criteria om emergente discriminatiegronden vast te stellen. We merken dat hoewel sommige van deze criteria soms hun doel bereiken, er nood blijft aan een overkoepelend normatief doel inzake gelijkheid die richtinggevend en toekomstbestendig is. We stellen transformatief constitutionalisme voor als het nodige normatief, richtinggevend kader voor de Nederlandse maatschappij en het Nederlands non-discriminatierecht. Transformatief constitutionalisme is een Zuid-Afrikaans juridische benadering die voorschrijft dat de grondwet het doel heeft om patronen van discriminatie die in de maatschappij zijn ingebed door historische gebeurtenissen van onrecht teniet te doen. We vertalen transformatief constitutionalisme aan de hand van drie ankerpunten naar de Nederlandse context: een grondwettelijk preambule die blijk geeft van historisch bewustzijn; een algemene bepaling met normstellende grondslagen zoals intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid, en solidariteit; en een gelijkheidsbeginsel dat intersectionaliteit centraal plaatst. Deze drie ankers creëren en bevorderen een contextuele rechtscultuur waar rechters en andere actoren beter in staat zijn om emergente discriminatiegronden alsook om intersectionele discriminatie te vatten én voorkomen. Met transformatief

constitutionalisme verdwijnt de nood voor de regelmatige herziening van Artikel 1 Gw aangezien de contextuele rechtscultuur ervoor zorgt dat rechters er beter toe in staat zijn om nieuwe en intersectionele vormen van discriminatie te erkennen in rechtspraak.

Hoewel het een belangrijke rol heeft, het non-discriminatierecht kan niet alle structurele uitsluiting uitroeien. In het vierde deel bespreken we daarom de rol van het recht in de ruime zin om emergente en intersectionele discriminatie te voorkomen. Gebruikmakend van de contextuele benadering van transformatief constitutionalisme, tonen we hoe de wetgever een belangrijke rol kan spelen in het voorkomen van intersectionele patronen van discriminatie in Nederland door middel van voorbeelden uit het vreemdelingenrecht, contractenrecht en het strafrecht. We sluiten af met onze aanbevelingen die zich tot diverse actoren richten: de wetgever, beleidsmakers, rechters, advocaten, en juristen.

Voor we aan het eerste deel beginnen, verduidelijken we onze methodologische aanpak. In dit preadvies maken we gebruik van Nederlandse rechtspraak, gaande van rechtbanken tot het College voor de Rechten van de Mens (het College). Daarnaast doen we ook een beroep op de rechtsleer en jurisprudentie van Zuid-Afrika wegens de centrale plaats dat het transformatief constitutionalisme neemt in ons preadvies. Gezien dat Nederlandse rechtspraak in lijn moet zijn met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ), verwijzen we hier soms naar.

Ten slotte staan we stil bij onze samenwerking. We hebben deze samenwerking als verrijkend ervaren omdat de combinatie van academische inzichten en praktijkervaring tot dit holistische preadvies heeft geleid. De inzichten van een advocaat in het veld hebben ons gesterkt in het aanleveren van concrete adviezen voor advocaten en rechters, terwijl de academische inzichten deze praktische aanbevelingen een sterke theoretische onderbouwing geven. Wij hebben elkaar kunnen vinden in onze gedeelde interesses op het gebied van intersectionaliteit, transformatief constitutionalisme en *Black feminism*.[2] Ons doel is om jurisprudentie van het Constitutioneel Hof van Zuid-Afrika voor het voetlicht te brengen en bekendheid te geven aan het belang van contextualisering in de rechtspraktijk.

2. Een stand van zaken: het Nederlandse non-discriminatierecht

In dit deel geven we een stand van zaken in het Nederlands non-discriminatierecht. We beginnen met Artikel 1 Gw en bespreken daarna de AWGB.

2.1 Het Nederlandse Grondwettelijk Gelijkheidsbeginsel

Artikel 1 van de Nederlandse Grondwet, het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, luidt als volgt: Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap, seksuele gerichtheid of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.[3]

2. Voorbeelden van Black feminist literatuur: G. T. Hull, P. Bell-Scott and B. Smith (eds), *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, But Some of Us Are Brave* (The Feminist Press 1982); b. hooks, *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism* (Pluto Press 1987); P. J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor* (Harvard University Press 1992); P. Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* (2nd edn, Routledge 2000); S. Tamale, *Decolonization and Afro-Feminism* (Daraja Press 2020).

3. Het gelijkheidsbeginsel is in 2023 uitgebreid met de discriminatiegronden 'handicap' en 'seksuele gerichtheid': Stb. 2023, 62. Voor een geschiedschrijving van de bepaling, zie J.H. Gerards, 'De Nieuwe Discriminatiegronden van Artikel 1 Grondwet: Lijnen in Het Debat' in J. Gerards, J. Goossens & E. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, (Boom Juridisch 2023), p. 271–305.

Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel somt zeven discriminatiegronden op. Het zinsdeel 'op welke grond dan ook' verwijst naar de open formulering van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Een open formulering laat het aan de rechters over om niet-gecodificeerde discriminatiegronden te erkennen in rechtspraak.

Doordat het maatschappelijk bewustzijn over de diverse gediscrimineerde groepen steeds evolueert, rijst regelmatig de vraag of het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel emergente discriminatiegronden moet codificeren. Voorafgaand aan de grondwetswijziging van 2023 was er jaren een discussie of het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel ook andere discriminatiegronden zoals leeftijd en nationaliteit moet codificeren. Naast parlementaire debatten werden adviezen hierover geschreven.[4]

Na de motie Rouvoet die voorstelde om de grond handicap en chronische ziekte toe te voegen in het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, stelde de (toenmalige) Commissie Gelijke Behandeling (CGB) een advies op. De CGB pleitte voor de aanvulling van Artikel 1 Gw met de gronden nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat en leeftijd.[5] Een van CGB's argumenten was dat er in de juridische praktijk meer rechtsbescherming werd geboden aan gronden die gecodificeerd zijn in Artikel 1 Gw. Aangezien de toenmalige minister hier een andere kijk op had, bracht de 'Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet' in 2006 een rapport uit waarin werd geconcludeerd dat hoewel opname van een grond in Artikel 1 Gw een bijdrage kon leveren aan de bescherming tegenover de lagere wetgever, de codificatie van een grond niet per definitie tot een structurele verhoging leidde van het niveau van materiële rechtsbescherming wanneer het op de rechterlijke toetsing en de daarmee gepaard gaande bewijslast kwam.[6]

In 2010 volgde het advies van de Staatscommissie Grondwet waarin voorstellen voor de vernieuwing en de versterking van de normativiteit van de Grondwet werden gedaan.[7] Hoewel er geen advies over Artikel 1 Gw werd gegeven, stelde de Staatscommissie Grondwet voor om een algemene bepaling op te nemen die verwijst naar het feit dat Nederland een democratische rechtsstaat is. In 2015 organiseerde het College voor de Rechten van de Mens een bijeenkomst waarbij de mogelijkheid om Artikel 1 Gw te wijzigen werd besproken. Er waren meerdere mogelijke scenario's: de benoemde gronden uitbreiden, het schrappen van alle gronden in Artikel 1 Gw, en Artikel 1 Gw laten zoals het toen was. Hoewel van de bijeenkomst geen verslag is gepubliceerd, hebben sommige rechtsgeleerden hun standpunten over de vraag gepubliceerd. Loenen pleit voor het handhaven van de (toenmalige) formulering van Artikel 1 Gw.[8] Loenen pleit er bewust niet voor om alle gronden te schrappen omdat dit volgens haar "het bijzondere en eigen karakter van het discriminatieverbod als specificatie van het gelijkheidsbeginsel markeert".[9] Dat gronden als geslacht, ras en godsdienst gecodificeerd zijn in het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel is belangrijk om het verschil tussen 'discriminatie' en 'onderscheid' te verduidelijken. Gerards gaat verder dan Loenen. Om Artikel 1 Gw neutraal, inclusief, en toekomstbestendig te maken, stelt Gerards voor om de

4. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000-XVI, nr. 63. Aangezien de AWGB wettelijke bescherming biedt tegen meer discriminatiegronden, vroeg toenmalige minister de Vries zich af of de extra gronden ook in Artikel 1 Gw opgenomen moesten worden: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000-XVI, nr. 112.

5. Commissie Gelijke Behandeling, 'Advies van de Commissie Gelijke Behandeling over Artikel 1 Grondwet, CGB-Advies/2004/03, (2004) 1.

6. Commissie Rechtsgevolgen Non-Discriminatiegronden Artikel 1 Grondwet, 12 april 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 29355 (2006), 29.

7. 'Rapport Staatscommissie Grondwet' (2010), p. 36–37.

8. T. Loenen, 'Wijzigen of Handhaven Artikel 1 Grondwet: Bij Twijfel Niet Inhalen', (2016) 41 Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten | NJCM-Bulletin 319.

9. Ibid 2.

tweede volzin te beperken tot haar kern. Het discriminatieverbod stelt dan "Discriminatie, op welke grond dan ook, is niet toegestaan".[10] Gerards pleit er ook voor om een algemene bepaling toe te voegen die verduidelijkt hoe het gelijkheidsbeginsel moet worden ingevuld. Ten slotte pleit Gerards ervoor om emergente gronden te codificeren in gelijkebehandelingswetgeving die te gepaste tijde kunnen worden aangepast.[11]

Intersectionele discriminatie is geen optelsom van afzonderlijke gronden, maar een versterkend samenspel van ongelijkheden.

Hoewel dit minder aan bod is gekomen tot nu toe, is de formulering van het gelijkheidsbeginsel belangrijk voor intersectionaliteit. Momenteel is Artikel 1 Gw uni-categoricaal geformuleerd. Met name, het beginsel verbiedt discriminatie op basis van de opgesomde gronden "of op welke grond dan ook". De "of" verraadt de dominante uni-categoricale visie: juridische doctrine veronderstelt dat discriminatie enkel plaatsvindt op basis van één grond per keer. Het resultaat hiervan is dat de synergistische manier waarop gronden met elkaar interageren bij intersectionele discriminatie niet vatbaar is voor het recht. Intersectionele discriminatie is synergistisch, wat betekent dat het resultaat groter is dan de optelsom van de onderdelen ervan. Het volstaat niet om intersectionele discriminatie op een additieve manier te benaderen, waarbij de verschillende discriminatiegronden apart worden geanalyseerd en vervolgens bij elkaar worden opgeteld om te bepalen of er discriminatie is.

Een treffend voorbeeld van een additieve benadering van intersectionele discriminatie is *Parris v Trinity College Dublin*, waar intersectionele discriminatie op basis van leeftijd en seksuele oriëntatie plaatsvindt.[12] Parris was een homoseksuele man die de pensioenleeftijd naderde en zijn nabestaandenpensioen aan zijn partner wou uitkeren. Echter, de geldige pensioenregeling vereiste dat Parris ofwel gehuwd was of een geregistreerd partnerschap was aangegaan voor zijn 60e verjaardag. Parris kon echter pas een geregistreerd partnerschap aangaan op zijn 63e toen Ierland dat toeliet. Daarnaast konden homoseksuele mensen toen niet trouwen. Het Europees Hof van Justitie (HvJ) ging echter additief te werk. Doordat het HvJ concludeerde dat er geen discriminatie op basis van leeftijd en seksuele oriëntatie was wanneer de gronden apart werden geanalyseerd, kon er ook geen intersectionele discriminatie zijn op grond van een combinatie van beide factoren. Maar Parris ervoer wel degelijk intersectionele discriminatie. Doordat homoseksuele mannen zoals Parris destijds lang uitgesloten waren van de institutie van het huwelijk alsook van geregistreerd partnerschap, was hun discriminatie uniek en

10. J. Gerards, 'Artikel 1 Grondwet – Goede gronden voor wijziging?', (2016) 41 Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten | NJCM-Bulletin 304, 316, 318.

11. Ibid 318.

12. *Case C-443/15 Parris v Trinity College Dublin, EU:C:2016:897*; N. Dube, 'Intersectionaliteit in Rechtswetenschappelijk Onderzoek' in P. Cannoot, E. Goossens & M. Spinoy (red.), *Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht* (Larcier Intersentia 2025) 208.

verschillend van de ervaringen van andere groepen zoals heteroseksuele mannen en jongere homoseksuele mannen.

Intersectionaliteit erkent dat systemen van marginalisering op elkaar kunnen inwerken en zodanig onlosmakelijk worden, met een unieke werking op meervoudig gemarginaliseerde groepen die zich op het kruispunt van deze systemen bevinden. Gezien het kwalitatief verschil tussen intersectionele en uni-categoricale discriminatie, kan intersectionaliteit vormen van discriminatie zichtbaar maken die zich niet aan de hand van een uni-categoricale benadering laten identificeren. In een uni-categoricaal rechtsstelsel wordt intersectionele discriminatie ofwel niet helemaal (h)erkend, of blijft het onzichtbaar. De Toeslagenaffaire is een voorbeeld van hoe een uni-categoricaal rechtsstelsel de volledige intersectionele benadeling niet (h)erkent. Het College heeft in een reeks oordelen beslist dat het hier om verboden indirect onderscheid op grond van ras gaat.[13] Echter, de slachtoffers van de Toeslagenaffaire zijn vooral alleenstaande moeders met een migratieachtergrond die bovendien een lage sociale klasse hebben.[14] De Toeslagenaffaire is het resultaat van de synergistische samenwerking van systemen van marginalisering – onder andere racisme, seksisme, en klassisme – in het bestuurs- en fiscaal recht. Om deze intersectionele discriminatie gericht te herstellen is het essentieel dat de discriminatiegronden ras, nationaliteit, gender, armoede, en burgerlijke staat samen bekeken werden.

Intersectionaliteit erkennen betekent ook dat slachtoffers hun complexe discriminatie niet meer moeten omvormen zodat het vatbaar is voor unicategoricale rechtsstelsels. Een zaak over de discriminatie bij de inburgeringsvereiste, hoewel ze een positieve uitkomst heeft, toont de risico's van unicategoricale rechtsstelsels aan. In een zaak over de discriminatoire aard van de inburgeringsvereiste bij mensen met niet-Westerse afkomst, merkt de Rechtbank Den Haag terecht op hoe nationaliteit wordt gebruikt als indicator van een groepsidentiteit dat gekenmerkt is door afkomst, nationale en etnische afstamming.[15] Zonder deze intersectionele benadering was de rechtszaak anders afgelopen en de intersectionele discriminatie niet erkend. Een andere rechtszaak, over etnische profilering, toont aan hoe sommige verzoekers complexe discriminatie moeten omvormen om het vatbaar te maken voor het unicategoricale Nederlandse rechtsstelsel. Toen de rechtszaak omtrent etnisch profileren door de Marechaussee in hoger beroep ging, wijzigde Amnesty International hun eis door de term 'etniciteit' te vervangen door 'ras' nadat hun vordering in eerste aanleg werd afgewezen. Deze wijziging toont de dominantie van een unicategoricale benadering van discriminatie aan. Bij etnisch profileren worden immers vaak meerdere synergistische eigenschappen – zoals nationaliteit, etniciteit, ras, en religie – gebruikt om mensen te 'racialiseren'.[16] Het is belangrijk om intersectionele discriminatie volledig weer te geven en te erkennen om daar gerichte remedies voor te creëren. Zonder gerichte remedies blijft de kernoorzaak van de intersectionele discriminatie onaangeraakt, en duurt de ongelijkheid voort.

13. *Oordeelnummer 2023-101* (College voor de Rechten van de Mens); *Oordeelnummer 2023-102* (College voor de Rechten van de Mens); *Oordeelnummer 2023-103* (College voor de Rechten van de Mens).

14. A. Terlouw, 'Klassisme: Discriminatie op grond van sociale status. Toevoeging van de gronden sociale afkomst en/of sociaaleconomische status aan de Nederlandse anti-discriminatiewetgeving?', (2022) 47 Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten | NJCM-Bulletin 403, p. 418–419.

15. Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2024:5396, *NL2315395*, r.o. 14.

16. Hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, *200304295*, r.o. 1.3 & 7.2.

2.2 De Algemene wet gelijke behandeling

Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel richt zich tot de overheid. Om uitwerking te geven aan dit artikel in horizontale situaties, tussen burgers onderling of tussen burgers en bedrijven, is de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) aangenomen. Het College toetst aan de AWGB en oordeelt in horizontale situaties of iemand al dan niet is gediscrimineerd. De AWGB bevat ook een meer uitgebreide lijst van discriminatiegronden: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

In tegenstelling tot Artikel 1 Grondwet, bevat de AWGB een gesloten systeem. Dit betekent dat de limitatief opgesomde discriminatiegronden de enige gronden zijn op basis waarvan discriminatie wordt erkend. Aangezien Europese antidiscriminatierichtlijnen benadeling op grond van handicap, leeftijd, en seksuele geaardheid verbieden, werden de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd aangenomen.[17] De AWGB heeft ook in een ander opzicht een gesloten systeem: de gevallen waarin een uitzondering op het verbod van onderscheid mogelijk is, zijn ook limitatief opgesomd. De AWGB verbiedt zowel direct als indirect onderscheid. Bij indirect onderscheid is de uitzonderingsmogelijkheid open geformuleerd, terwijl de uitzonderingen op direct onderscheid limitatief zijn opgesomd. De wet voorziet maar in enkele mogelijkheden voor een uitzondering op het verbod van direct onderscheid.

Rechtsgeleerden zoals Gerards en Loenen pleiten voor het openbreken van het rigide gesloten systeem.[18] De rigiditeit van de AWGB's gesloten formulering leidt tot onduidelijke rechtspraak. Het College neemt een middenweg: het pleit voor het uitbreiden van erkende discriminatiegronden door opleiding of type opleiding als verboden onderscheidingsgronden in een aparte gelijkebehandelingswet over het aanbod van goederen en diensten op te nemen.[19]

Het gesloten systeem in de AWGB is ook nadelig voor intersectionaliteit. Net zoals in Artikel 1 Gw zijn de bepalingen in de AWGB uitsluitend geformuleerd: direct of indirect onderscheid vindt plaats op basis van een grond *of* een ander.[20] Intersectionaliteit veronderstelt de erkenning dat gronden op elkaar kunnen inwerken. Echter, de rigiditeit van de AWGB vertaalt zich ook in een unicategoricale benadering. Slachtoffers van intersectionele discriminatie kunnen hun discriminatie in het rigide AWGB-systeem niet laten passen. Collegeoordelen tonen dit aan.

Hoewel het College de laatste jaren intersectionaliteit heeft aangestipt, komt het echter in geen van de oordelen tot de vaststelling van een verboden intersectioneel onderscheid. Een voorbeeld hiervan is een zaak waarin het College oordeelt dat een Ghanese man die stelt te zijn gediscrimineerd op grond van ras en/of geslacht onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die onderscheid op grond van ras, geslacht of samenloop van beide gronden doen vermoeden.[21] Het College laat een contextuele en intersectionele benadering buiten beschouwing

17. Stb. 2003, 206; Stb. 2004, 30.

18. J. Gerards, 'Nieuwe ronde, nieuwe kansen: Naar een "semi-open" systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', (2011) 36 Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten | NJCM-Bulletin, 144, 145; T. Loenen, 'Naar Een Ander Toetsingskader Voor de Awgb?', in: R. Holtmaat & E. Alkema (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, (Kluwer 2004) 138.

19. College voor de Rechten van de Mens, 'Wetgevingsadvies mogelijkheid tot opname van de grond "opleidingsniveau" in de Algemene wet gelijke behandeling' http://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/e6986ac9-f2b2-4f91-be38-b1f0912a8b44, geraadpleegd op 16 oktober 2025. Het kabinet heeft hier negatief op gereageerd: 'Kabinetsreactie Op Het Advies van Het College Voor de Rechten van de Mens over Opname van de Grond "Opleidingsniveau" in de Algemene Wet Gelijke Behandeling, 30 september 2025' http://tweedekamer.nl/kamerstukken/detail/detail?id=2025D42568&did=2025D42568.

20. Artikel 1(1)(b) en (c) AWGB.

21. *Oordeelnummer 2023-132* (College voor de Rechten van de Mens).

waar bij de bewijsaanvoering rekening moet worden gehouden met hardnekkige vooroordelen en stereotypen die in de samenleving heersen, waarbij zwarte mannen in verband worden gebracht met criminaliteit.[22] Een ander voorbeeld waarin het College intersectionaliteit aanstipt maar enkel ingaat op één discriminatiegrond, is de zaak waarin een zwembad een vrouw discrimineert op grond van handicap/chronische ziekte door haar te verplichten haar bovenlichaam te bedekken buiten het water.[23] Het College komt niet tot de vaststelling van een verboden intersectioneel onderscheid op grond van geslacht én handicap/chronische ziekte. Het laat hierbij buiten beschouwing dat voor met name vrouwen andere (en soms strengere) kledingvoorschriften gelden en het vrouwenlichaam vaker wordt geobjectiveerd. De intersectionele werking van validisme en seksisme wordt in het Collegeoordeel buiten beschouwing gelaten. Een laatste voorbeeld hiervan is het oordeel over Meta Platforms, waar beargumenteerd werd dat het advertentiealgoritme van Meta discrimineerde op basis van geslacht en leeftijd.[24] In een antwoord op een argument dat de omstreden algoritmen van Meta vrouwen met een bepaalde leeftijd benadeelde, aangevoerd door een stichting dat de rechten van vrouwen behartigt, besloot het College dat de stichting niet ontvankelijk was omdat de organisatie een specifieke statutaire doelstelling heeft die alleen ziet op onderscheid naar geslacht. Hiermee ziet het College over het hoofd dat gender en leeftijd op elkaar kunnen inwerken, en dat een vrouwenrechtenorganisatie kan werken rond thema's waar gender en andere gronden samenvallen. Dit Collegeoordel toont dat de dominante unicategoricale benadering zelfs een averechtse impact op de ontvankelijkheid van partijen heeft, alsook de erkenning van de intersectionele discriminatie.

3. Op weg naar transformatief constitutionalisme en transformatief Nederlands non-discriminatierecht

Het Nederlands non-discriminatierecht heeft de laatste decennia onder impuls van het internationaal, Europese mensenrechten en Europees Unierecht uitgebreid nieuwe gronden gecodificeerd. Het belangrijke aan discriminatiegronden is dat ze fungeren als referentiekaders om te bepalen welk emergente onderscheid mogelijk verwerpelijk is. Op theoretisch vlak zijn er andere referentiepunten waarop rechters en de wetgever rekenen om emergente gronden te identificeren. Voorbeelden zijn onveranderlijkheid en kwetsbaarheid van groepen wegens vooroordelen, stigma, en schadelijke stereotypen.

Onveranderlijkheid is geen nuttig criterium voor de bepaling van emergente discriminatiegronden. Het gebruik van onveranderlijkheid als criterium leidt er vaak toe dat 'veranderlijke' kenmerken geen rechtsbescherming krijgen. Bovendien versterkt onveranderlijkheid het foutief idee dat bepaalde mensen discriminatie ervaren omdat ze ervoor gekozen hebben om een bepaald kenmerk die hun benadeling veroorzaakt te behouden. Wat over het hoofd gezien wordt is dat keuzes, zeker voor gemarginaliseerde groepen, afhankelijk zijn van en bepaald worden door structurele omstandigheden, voortvloeiend uit systemen

22. K. de Vries, 'Het College Voor de Rechten van de Mens En Het Stereotype van de "Stelende Kleurling": Een Vingeroefening in Intersectionaliteit', in: J.-P. Loof & R. Lawson (red.), *Diverse mensen en gelijke rechten anno 2024: Essays ter gelegenheid van het emeritaat van prof. Titia Loenen als hoogleraar Mensenrechten en diversiteit*, (2024), 208.

23. *Oordeelnummer 2025/54* (College voor de Rechten van de Mens).

24. *Oordeelnummer 2025-17* (College voor de Rechten van de Mens).

van marginalisering waaraan ze onderworpen zijn. De erkenning van een discriminatiegrond laten afhangen van onveranderlijkheid zorgt ervoor dat gemarginaliseerde groepen bestraft worden voor structurele maatschappelijke omstandigheden die ongelijke machtsverhoudingen creëren, die vervolgens hun keuzes beïnvloeden.

Kwetsbaarheid - vastgesteld door middel van toetsstenen zoals vooroordelen, stigma, en schadelijke stereotypen - kan helpen om emergente discriminatiegronden vast te stellen. Het EHRM doet zelfs een beroep op 'bijzondere kwetsbaarheid' als juridisch doctrine om intersectionele discriminatie te vatten.[25] Deze toetsstenen maken kwetsbaarheid zichtbaar en kunnen zo helpen bij het bepalen van nieuwe discriminatiegronden, maar vragen om duurzame waarden die houvast bieden bij het herkennen van synergistische systemen van marginalisering.

We kijken hiervoor naar transformatief constitutionalisme zoals in het Zuid-Afrikaans grondwettelijk recht bedoeld wordt. De Zuid-Afrikaanse Grondwet verschilt van de klassieke liberale grondwetten van veel Westerse landen zoals Nederland. De Zuid-Afrikaanse Grondwet belichaamt specifieke normstellende waarden en principes: de intrinsieke verwevenheid van sociale en politieke rechten; materiële gelijkheid met het oog op herverdeling; positieve verplichtingen voor de Staat om de sociaal-economische overblijfselen van Apartheid en kolonialisme ongedaan te maken en wetgeving aan te nemen om het sociaaleconomisch welzijn te waarborgen; participatief bestuur, multiculturaliteit en diversiteit zoals verankerd in de Ubuntu filosofie; en historisch bewustzijn over de context waarin de Zuid-Afrikaanse Grondwet functioneert en aan de grondwet een expliciete transformatieve rol toebedeelt.[26] Met deze waarden en principes verankerd in een visie van collectieve zelfbeschikking onderscheidt de juridische benadering onderliggend aan de Zuid-Afrikaanse Grondwet zich van de Westerse visie die vooral op een liberaal beeld van individualistische vooruitgang gericht is. Transformatief constitutionalisme en intersectionaliteit passen bij elkaar omdat intersectionele discriminatie een benadeling is die zichtbaar wordt als men oog heeft voor contextgebonden en historisch gegroeide processen van collectieve maatschappelijke marginalisering.

In wat volgt adviseren we om transformatief constitutionalisme centraal te plaatsen in de Nederlandse Grondwet. We focussen op de elementen van transformatief constitutionalisme die zich vooral lenen tot het onderwerp van dit advies: emergente gronden en intersectionaliteit. We vertalen transformatief constitutionalisme naar de Nederlandse context aan de hand van drie ankers. Ten eerste vereist transformatief constitutionalisme een historisch bewuste preambule die een rol geeft aan de Nederlandse Grondwet om intersectionele patronen van discriminatie ongedaan te maken. Deze patronen van discriminatie zijn in de Nederlandse maatschappij ingebed omdat ze vaak een oorsprong hebben in of zijn versterkt tijdens historische gebeurtenissen van onrecht, zoals het Nederlandse koloniale en slavernijverleden en de Holocaust.

25. N. Dube, 'I.C. t. Moldavië (EHRM, 36436/22) – Een Consolidatie van bijzondere Kwetsbaarheid Als Plaatsvervanger van Intersectionaliteit' (*EHRC Updates*), http://boomportaal.nl/rechtspraak/ehrc-updates/ehrc-a-2025-0019, geraadpleegd op 17 oktober 2025.

26. K. E. Klare, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism', (1998) 14 South African Journal on Human Rights 146, p. 153–156.

Ten tweede, om transformatief constitutionalisme concrete invulling te geven, moet een algemene bepaling met normstellende waarden aangenomen worden. Deze waarden zijn intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid en solidariteit. Ten slotte: transformatief constitutionalisme vereist een grondwettelijk gelijkheidsbeginsel dat intersectionaliteit centraal plaatst. We benadrukken hier bij voorbaat dat onze aanbevelingen de beste uitwerking krijgen bij de afschaffing van het constitutionele toetsingsverbod, vervat in Artikel 120 Gw. We adviseren voor de afschaffing van het constitutionele toetsingsverbod omdat, hoewel het Nederlands recht momenteel aan het EVRM en EU-recht getoetst wordt, transformatief constitutionalisme zoals we het hier definiëren deze rechtsstelsels niet typeert.

3.1 Een grondwettelijk preambule die blijk geeft van historisch bewustzijn

De voorbije decennia hebben commissies de wenselijkheid van een preambule en/of algemene bepaling in de Nederlandse Grondwet onderzocht. De adviezen zijn verdeeld. Daar waar de Nationale Conventie van 2006 adviseerde om zowel een preambule als een hoofdstuk Algemene Bepalingen op te nemen in de Grondwet, adviseerde de Staatscommissie Grondwet van 2010 voor een algemene bepaling.[27] Bij rechtsgeleerden zijn de meningen eveneens verdeeld. Terwijl sommigen erkennen dat preambules vooral een symbolische waarde hebben, blijft er een vrees dat een preambule niet past bij het praktische en sobere karakter van de Nederlandse Grondwet.[28] Anderen kiezen voor de zekerheid van een juridisch afdwingbaar algemene bepaling.[29]

We vervoegen dit debat vanuit het oogpunt van het onderwerp van dit advies: emergente gronden en intersectionaliteit. Met name, dat de Nederlandse Grondwet tekortschiet aan juridisch-normatief kracht leidt ertoe dat een duidelijke leidraad ontbreekt die de wetgever en rechters kan begeleiden bij het bepalen van emergente discriminatiegronden, alsook bij het vatten van intersectionele patronen van discriminatie. We zien transformatief constitutionalisme als een antwoord op dit tekort. De Nederlandse Grondwet werd aangenomen toen Nederland koloniale onderdanen had die als minderwaardig werden beschouwd om raciale redenen die op een synergistische manier met andere kenmerken zoals gender en seksuele oriëntatie interfereerden. Aldus, de Nederlandse koloniale geschiedenis toont aan dat racisme onafscheidbaar is van andere systemen van marginalisering zoals het patriarchaat en heteronormativiteit.[30] Ook tijdens de Holocaust, een andere historische gebeurtenis van relevantie voor Nederland, zien we de intersectionele aard van discriminatie. In dit preadvies hanteren we bewust een brede interpretatie van de Holocaust die de intersectionele aard van de discriminatie onderliggend eraan benadrukt: de Holocaust is gekenmerkt door de systematische moord van diverse groepen - zoals Joodse mensen, de Roma, mensen met een handicap, homoseksuele mensen, en transgenderpersonen - die als minderwaardig werden beschouwd door het Naziregime.

27. Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak: Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw*, (2006) p. 42-44; 'Rapport Staatscommissie Grondwet' (n 8).

28. J. Goossens & M. Kuijvenhoven, 'De invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet in rechtsvergelijkend perspectief', [2022] Ars Aequi 412; J. H. Gerards, 'Een Algemene Bepaling in de Grondwet?', *De grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?* (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties 2013) 19 recht.nl/proxycache.html?cid=143546, geraadpleegd op 21 oktober 2025.

29. J.H. Gerards, 'Een Algemene Bepaling in de Grondwet?'. Er is echter ook kritiek, zoals J.J.J. Sillen, 'Een Doos van Pandora - Over Het Voorstel Een Algemene Bepaling Aan de Grondwet Toe Te Voegen', (2011) Tijdschrift voor Constitutioneel Recht, 130.

30. G. Jones, 'Dutch Politics of Intimacy in Colony and Metropole and Their Afterlives: Reflections on a Shifting Political Economy of Intimacy', in: E. Zambelli & B. De Hart (red.), *Regulating Interracialized Intimacies: Perspectives from Europe and Beyond*, (1e ed, Routledge 2025) 54; A. de Kom, *Wij slaven van Suriname* (Contact 1934).

Gezien de alomtegenwoordige verwevenheid van intersectionele systemen van marginalisering ten tijde van de adoptie van de Nederlandse Grondwet en het blijvend gebrek aan een duidelijk normatief doel om deze voortdurende intersectionele systemen van marginalisering ongedaan te maken, zien we een rol voor transformatief constitutionalisme in het Nederlands recht. Een preambule in de Nederlandse Grondwet die deze geschiedenis duidelijk erkent, die inziet dat de in elkaar vervlochten systemen van marginalisering die vandaag ingebed zijn in de Nederlandse maatschappij versterkt zijn door deze historische gebeurtenissen,[31] en dat het daarom een doel is van de Nederlandse Grondwet om de doorleving van deze intersectionele systemen van marginalisering te doorbreken is nodig. Een historisch bewuste preambule bevordert een contextuele rechtscultuur, die het Nederlandse non-discriminatierecht ten goede komt.

Intersectionaliteit vereist transformatie – niet louter hervorming – van gevestigde maatschappelijke systemen en rechtsstelsels.

We zijn er ons van bewust dat ons advies voor de toevoeging van een preambule die een duidelijk stelling neemt inzake de Nederlandse geschiedenis, en bovendien een uitgesproken normatieve doelstelling om schadelijke systemen van marginalisering die vanuit deze geschiedenis voortvloeien te doorbreken eraan vasthangt, in strijd is met het "sobere karakter" van de Nederlandse Grondwet.[32] We geloven, echter, dat intersectionaliteit – een concept en theorie met diepe wortels in *Black feminist radical thought* – juist vraagt om gevestigde maatschappelijke systemen en rechtsstelsels te transformeren en niet louter te hervormen. Dit is immers noodzakelijk om de ernst van intersectionele discriminatie in zijn volledigheid te vatten, en er sterk tegen op te treden middels het non-discriminatierecht.

3.2 Een algemene bepaling met handvaten om emergente en intersectionele patronen van discriminatie te identificeren en te doorbreken

De Staatscommissie Grondwet adviseerde in 2010 om de volgende algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.[33]

Niet enkel de Staatscommissie Grondwet vond een algemene bepaling noodzakelijk, Gerards ziet ook een rol voor een algemene bepaling in de

31. R.M. Allen e.a. (red.), *Staat & Slavernij: Het Nederlandse Koloniale Slavernijverleden En Zijn Doorwerkingen* (Athenaeum–Polak & Van Gennep 2023); 'Doorwerkingen van Slavernijverleden. Meervoudige Perspectieven Op de Relatie Tussen Verleden En Heden.', Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme 2023.

32. Advies van de Afdeling advisering van 19 oktober 2015 over een algemene bepaling in de Grondwet (W01.15.0111), *Kamerstukken II* 2015/2016, 34516, nr. 4, punt 2e & 2f; *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, punt 2. Opmerkelijk hierbij is dat de Raad van State dit standpunt lijkt te herzien: Raad van State, 'Innoveren in de Rechtsstaat: Jaarverslag 2023', p. 27-28 raadvanstate.nl/jaarverslag2023/.

33. 'Rapport Staatscommissie Grondwet' (n 8) 40.

Nederlandse Grondwet. In haar voorstel met het doel om houvast aan de rechter, wetgever, of bestuursorganen te geven bij het interpreteren van het gelijkheidsbeginsel, pleit Gerards ervoor om normen als gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, en persoonlijke autonomie expliciet op te nemen als richtinggevende waarden in een algemene bepaling.[34] Deze normen kunnen inderdaad een houvast bieden aan rechters om te toetsen of ongelijke behandeling op basis van emergente gronden discriminatie uitmaakt. Rechters kunnen ongelijke behandeling op basis van emergente gronden zoals armoede, opleiding, en nationaliteit toetsen aan de waarden van intersectionele gelijkwaardigheid en menselijke waardigheid om te bepalen of (intersectionele) discriminatie heeft plaatsgevonden.

We benadrukken echter wel dat, vanuit een transformatief constitutionalistisch invalshoek, een dergelijke algemene bepaling wel naast een transformatief preambule moet worden geïnterpreteerd. Transformatief constitutionalisme, zoals het in de Zuid-Afrikaanse rechtsleer wordt gedefinieerd en begrepen, beperkt zich niet tot een declaratie, verklaring, of een symbolische tekst. Transformatief constitutionalisme is normatief in die zin dat de geest van de preambule zelf ook een normatieve werking heeft op de interpretatie van juridisch afdwingbare grondwettelijke bepalingen, met zichtbare resultaten in non-discriminatierechtspraak. Een aantal Zuid-Afrikaanse rechtszaken toont dit aan.

In *Mahlangu* oordeelde het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof dat de uitsluiting van huishoudelijk personeel van de definitie van "werknemer" in een wet omtrent arbeidsongevallen en ziektes (hierna: COIDA) ongrondwettig was omdat deze uitsluiting intersectioneel discriminatoir was op grond van ras, gender, en klasse.[35] Het Grondwettelijk Hof contextualiseert allereerst het huishoudelijk personeel dat al eeuwenlang uit zwarte vrouwen bestaat in Zuid-Afrika wegens de apartheids- en koloniale geschiedenis.[36] Volgens het Grondwettelijk Hof bevinden zwarte vrouwen zich op het kruispunt van meerdere systemen van marginalisering en vertellen de vernederingen waarmee ze tegenwoordig te maken hebben iets over de wreedheid van het apartheidsregime. Het Grondwettelijk Hof ziet intersectionaliteit als nuttig analytisch hulpmiddel om de convergentie van seksisme, racisme, het klassensysteem en de discriminerende logica die in deze systemen besloten ligt, te begrijpen.[37] Door het ontrafelen en contextualiseren van de vele lagen van discriminatie waar zwarte vrouwen mee te maken hadden en nog steeds hebben, probeert het Grondwettelijk Hof om een breuk te maken met het apartheidsverleden van Zuid-Afrika en te streven naar een democratische en egalitaire samenleving. Door deze contextualisering wordt het duidelijk dat ras, gender, en sociale klasse intersectionele discriminatiegronden zijn.

In *Sithole* oordeelde het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof dat een bepaling van het huwelijksvermogensrecht dat huwelijken van zwarte paren die voor 1988 onder de familierechtelijke anti-apartheidswetgeving zijn gesloten, automatisch buiten de gemeenschap van goederen vielen.[38] Niet-zwarte koppels genoten van een huwelijk in gemeenschap van

34. J.H. Gerards, 'Artikel 1 Grondwet – Goede gronden voor wijziging?', (n 11) p. 317-318.

35. *Mahlangu and Another v Minister of Labour and Others*, [2020] ZACC 24.

36. Ibid, par. 102-103.

37. Ibid, par. 104.

goederen. Het Grondwettelijk Hof is contextueel te werk gegaan en kwam tot de conclusie dat de bestreden wet een overblijfsel en bestendiging was van de structurele discriminatie op poten gezet tijdens het apartheidsregime die zwarte koppels – en daarbij vooral zwarte vrouwen die in heteroseksuele relaties vaak ongelijke onderhandelingsposities hebben – uniek benadeelde. Deze contextualisering maakte duidelijk dat de gronden ras en gender van toepassing waren omdat racisme en seksisme interfereerden om zwarte vrouwen op een bijzondere manier te treffen.[39]

Ook buiten Zuid-Afrika zien we de resultaten van transformatief constitutionalisme. In *Gonzales Lluy* oordeelde het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens dat de besmetting van een driejarig meisje met het HIV-virus na een bloedtransfusie en haar daaropvolgende weigering door de openbare basisschool intersectionele discriminatie op grond van gender, HIV-status, beperking, jonge leeftijd, en lage socio-economische status inhield.[40] De interferentie van systemen van marginalisering verbonden met deze gronden leidde ertoe dat de verzoekster intersectionele discriminatie ervoer. Het Inter-Amerikaans Hof benadrukte het belang van intersectionaliteit door aan te stippen dat als één van deze factoren niet van toepassing was in het leven van de verzoekster, de discriminatie van een andere aard zou zijn.[41] Juist omdat de verzoekster in armoede leefde werd haar toegang tot kwaliteitsvolle gezondheidszorg belemmerd, wat tot de HIV-besmetting leidde. De armoede en HIV-besmetting leidde ertoe dat haar recht op onderwijs geschonden werd, met verstrekkende gevolgen op haar leven. *Gonzales Lluy* toont hiermee dat transformatief constitutionalisme inzetbaar is in verschillende contexten.

Een transformatieve benadering helpt ook rechters om emergente vormen van discriminatie te erkennen in rechtspraak. In *Social Justice Coalition* heeft de *Equality Court* beslist – wat later onderschreven is door het Zuid-Afrikaanse Grondwettelijk Hof – dat de ondermaatse allocatie van politiemiddelen in buurten met zwarte mensen die vaak in armoede leven discriminatoir was op basis van ras en armoede. De rechtbanken zagen in dat de benadeling in kwestie een voortzetting was van historische patronen van discriminatie.[42]

Deze rechtszaken tonen aan dat transformatief constitutionalisme, geconcretiseerd door een historisch bewuste preambule en algemene bepaling, contextualisering een belangrijke plaats geeft als analytisch hulpmiddel in de toepassing van het non-discriminatierecht. Deze contextuele benadering kan geleid worden door de volgende vraag om te bepalen of ongelijke behandeling op basis van emergente en/of intersectionele gronden discriminatoir is: is de ongelijke behandeling in opspraak een voortzetting van (intersectionele) systemen van marginalisering die ingebed zijn in de Nederlandse maatschappij wegens de aanhoudende discriminatoire gevolgen van historische gebeurtenissen van onrecht zoals het Nederlandse koloniale en slavernijverleden alsook de Holocaust?

38. *Sithole and Another v Sithole and Another*, [2021] ZACC 7.

39. Ibid, par. 23-27.

40. *Gonzales Lluy et al v Ecuador*, (IAHRvM, 1 September 2015).

41. Ibid, par. 290.

42. *Social Justice Coalition and Others v Minister of Police and Others*, (EC03/2016) [2018] ZAWCHC 181; 2019 (4) SA 82 (WCC) (14 December 2018), par. 57; *Social Justice Coalition and Others v Minister of Police and Others*, (CCT 121/21) [2022] ZACC 27; 2022 (10) *BCLR* 1267 (CC) (19 July 2022), par. 25.

Indien het antwoord hierop bevestigend is, dan is er een vermoeden dat de normstellende waarden van intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid en solidariteit – die we adviseren om in een toekomstige algemene bepaling te vervatten – geschonden zijn. Even belangrijk is dat als het antwoord op de contextualiserende vraag bevestigend is, dat er ook een vermoeden van (intersectionele) discriminatie bestaat. Als historische patronen van discriminatie en systemen van marginalisering zoals deze die aan de grond lagen van het Nederlandse koloniale en slavernijverleden en de Holocaust voortgezet worden door hedendaagse behandeling en wetten, dan bestaat een sterk vermoeden dat de normstellende waarden geschonden zijn net omdat systemen van marginalisering antithetisch zijn aan deze waarden. De doorleving van (intersectionele) systemen van marginalisering tot het heden moet belangrijke actoren zoals de wetgever ertoe nopen om deze te erkennen en te corrigeren. De contextuele benadering die voortvloeit uit de combinatie van een historisch bewuste preambule en een algemene bepaling met de bovengenoemde normstellende waarden, stelt rechters in staat om individuele gevallen die bijdragen aan de doorleving van (intersectionele) patronen van onrecht te erkennen als discriminatie.

We benadrukken dat de preambule en de algemene bepaling bij elkaar horen om andere redenen. Ten eerste, zonder een gecontextualiseerde interpretatie van een algemene bepaling ontstaat het risico om het laatstgenoemde op een contextloze manier te interpreteren zodat de normstellende waarden gebruikt worden om de onderdrukking van gemarginaliseerde groepen te rechtvaardigen. Dit kan gebeuren door normstellende waarden individualistisch te interpreteren. Zoals het Zuid-Afrikaanse rechtsleer aantoont, normstellende waarden zoals intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, solidariteit, en vrijheid leiden tot transformatief constitutionalisme wanneer ze als verlengstuk van collectieve zelfbeschikking worden geinterpreteerd. In die zin adviseren we om het collectieve aspect van transformatief constitutionalisme te omarmen: het gaat om het doorbreken van historische patronen van discriminatie die kwetsbare groepen treffen.

> **Door grondige contextualisering kunnen rechters de machtsstructuren blootleggen die een vermoeden van discriminatie doen ontstaan.**

Een ander belangrijk voordeel van contextualisering is dat het een oplossing biedt aan een hardnekkig probleem die rechters ervaren bij de vaststelling van intersectionele discriminatie: de vergelijkbaarheidstoets. Aangezien meerdere discriminatiegronden van

toepassing zijn bij intersectionele discriminatie, kan het aangewezen zijn om meerdere vergelijkbaarheidstoetsen te verrichten. Bijvoorbeeld: bij de intersectionele discriminatie van een zwarte vrouw kan de verzoekster vergeleken worden met witte vrouwen, zwarte mannen, en zelfs witte mannen. Het probleem hierbij is dat het vaak moeilijk is om meerdere vergelijkingspersonen te identificeren voor intersectionele discriminatie omdat de verzoekster in een bedrijf of een sector werkt dat sterk gesegregeerd is op basis van bijvoorbeeld ras en gender. We adviseren rechters om bij intersectionele discriminatierechtszaken de vergelijkbaarheidstoets te vervangen met contextualisering.[43] Aangezien het doel van de vergelijkbaarheidstoets er vooral in bestaat om een vermoeden van discriminatie vast te stellen, een vermoeden dat vervolgens dient om de bewijslast naar de tegenpartij te verschuiven, menen wij dat grondige contextualisering ook hetzelfde doel bereikt. Met grondige contextualisering gaan rechters peilen naar systemen van marginalisering die machtsonevenwichten creëren die vervolgens de verzoeker mogelijkerwijs in een onderdrukte positie plaatsen en dus een vermoeden van discriminatie tot stand brengen.

Crenshaw, die de term intersectionaliteit gemunt heeft, toont het belang van contextualisering met haar analyse van de uitspraak *DeGraffenreid v General Motors*.[44] In de zaak uit 1976 hebben vijf zwarte vrouwen General Motors aangeklaagd wegens het anciënniteitsbeleid dat volgens deze vrouwen uitsluitend was gericht op zwarte vrouwen. Volgens de rechtbank viel een dergelijk beleid niet onder genderdiscriminatie en niet onder rassendiscriminatie. Bovendien zou volgens de rechtbank het combineren van rassen- en seksdiscriminatie onwerkbaar zijn. Crenshaw ziet in de weigering van de discriminatie in DeGraffenreid dat juridisch doctrine de grenzen van sekse- en rassendiscriminatie laat bepalen door de ervaringen van witte vrouwen en zwarte mannen respectievelijk. Hierdoor worden zwarte vrouwen alleen beschermd voor zover hun ervaringen overeenkomen met die van één van beide groepen (zwarte mannen of witte vrouwen). Waar hun ervaringen verschillend zijn, kunnen zwarte vrouwen weinig bescherming verwachten zolang benaderingen, zoals die in DeGraffenreid die de problemen van intersectionaliteit volledig verhullen, de overhand hebben. Een contextuele benadering maakt de intersectionele discriminatie duidelijk. Vóór 1964 werden er geen zwarte vrouwen aangenomen bij General Motors wegens de hardnekkige raciale en genderdiscriminatie in de Verenigde Staten na eeuwen van slavernij, patriarchie, gevolgd door Jim Crow en segregatie. Het is pas met de Burgerrechtenbeweging van de jaren '70 toen antidiscriminatiewetten aangenomen zijn dat raciale en genderdiscriminatie op de arbeidsmarkt verboden is. Het was ook toen dat de formele arbeidsmarkt geleidelijk openging voor witte vrouwen, zwarte mannen, en ten slotte zwarte vrouwen in die volgorde. Zwarte vrouwen werden als laatste aangenomen juist omdat ze op het kruispunt van racisme en seksisme stonden. Hun intersectionele discriminatie verschilt grondig van de ervaring van witte vrouwen en zwarte mannen. Enkel door middel van contextualisering komen we tot die conclusie.

43. Voor een meer grondige bespreking van de moeilijkheden bij een vergelijkbaarheidstoets bij intersectionele discriminatie en hoe contextualisering deze probleem oplost, zie N. Dube, 'A Typology of Comparators and Comparisons in EU Equality Law', (2025) 62 Common Market Law Review 49.

44. *DeGraffenreid v General Motors Assembly Div, ETC, 413 F Supp 142 (ED Mo 1976)* (US District Court for the Eastern District of Missouri).

3.3 Een gelijkheidsbeginsel dat intersectionaliteit centraal plaatst

Een historisch bewuste preambule in de Nederlandse Grondwet is niet enkel relevant voor de interpretatie van een toekomstige algemene bepaling. Dit is ook belangrijk voor de interpretatie van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Gezien een historisch bewuste preambule en een algemene bepaling die waarden zoals intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid en solidariteit benadrukt een sterke richtinggevende en juridisch-normatieve functie hebben die rechters helpen om te bepalen of discriminatie plaatsvindt, heeft dit ook een rechtstreekse impact op het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Met name, een historisch bewuste preambule en een algemene bepaling met de bovengenoemde waarden maakt de uitbreiding van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel door de codificatie van emergente gronden niet noodzakelijk. Rechters hebben met de preambule en algemene bepaling juridisch-normatieve hulpmiddelen om emergente discriminatie te vatten in rechtspraak.

Wat het grondwettelijk en wettelijk gelijkheidsbeginsel wel nodig heeft zijn formuleringen die intersectionaliteit erkennen. Het huidig grondwettelijk gelijkheidsbeginsel hanteert de assumptie dat alle discriminatie unicategoricaal en één-dimensioneel is door het zinsdeel “of op welke grond dan ook”. Om de intersectionele en synergistische werking van discriminatie te erkennen en dus komaf te maken met de assumptie dat alle discriminatie unicategoricaal is, adviseren we om het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel als volgt te wijzigen: Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie op grond van een of meer gronden waaronder godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap en seksuele gerichtheid is niet toegestaan.

De toevoeging van het zinsdeel “op grond van een of meer gronden” erkent intersectionaliteit omdat het geen binaire opvatting van discriminatie hanteert. Daarnaast, we maken een bewuste keuze om de opsomming van gronden met “en” af te sluiten, omdat “of” de unicategoricale assumptie in non-discriminatierechtsleer versterkt. Het woord “en” maakt duidelijke dat sommige groepen, die op het kruispunt van meerdere systemen van marginalisering staan, slachtoffer kunnen worden van intersectionele discriminatie op basis van op elkaar inwerkende gronden. Deze groepen hoeven dus niet langer één discriminatiegrond te kiezen. Ten slotte, de term “waaronder” toont aan dat de opgesomde gronden niet limitatief zijn. Rechters kunnen emergente gronden erkennen in rechtspraak.

We adviseren ook om wettelijke gelijkheidsbepalingen op een gelijkaardige manier te wijzigen. Gezien de ruimte die non-discriminatiewetten hebben om intersectionele discriminatie meer nauwkeurig te interpreteren, adviseren we om de volgende definitie te hanteren: Intersectionele discriminatie is de vorm van benadeling die zich voordoet bij meervoudig gemarginaliseerde personen die zich op het kruispunt bevinden van synergistische systemen van marginalisering die op elkaar inwerken en onafscheidbaar worden.

We verduidelijken hierbij dat we zowel bij het grondwettelijk en wettelijk gelijkheidsbeginsels een open systeem, en niet een gesloten systeem, adviseren.

De uitspraken van het Grondwettelijk Hof van Zuid-Afrika en het Inter-Amerikaans Hof benadrukken het belang van contextualisering en waarom rechtbanken een intersectionaliteitsanalyse moeten ontwikkelen. Het profiel en achtergrond van de verzoeker wordt uitgebreid bestudeerd en in een specifieke historische en sociaal maatschappelijke context geplaatst. Daarnaast doorbreken de gerechtelijke instanties een één-dimensionale benadering van het antidiscriminatierecht en benadrukken ze daarmee dat de acceptatie van het dominante discriminatiekader afbreuk doet aan het gegeven dat wanneer verschillende discriminatiegronden elkaar kruisen, de aard van discriminatie zelfs wordt verergerd.

We menen dat het Nederlandse non-discriminatierecht ook gediend is met een gelijkaardige aanpak. Nederland is, net als Zuid-Afrika, getekend door een erfenis van het Nederlandse koloniale en slavernijverleden alsook Holocaust die racisme in de maatschappij hebben ingebed; alsook de bijhorende systemen van marginalisering zoals seksisme, validisme, homofobie, en transfobie. Deze context moet rechters steunen om de relevante discriminatiegronden in rechtszaken te identificeren. Bovendien moet een bewustzijn over de context waaruit discriminatierechtszaken stammen ook bijdragen aan de ontwikkeling van een intersectionaliteitsanalyse.

4. Emergente discriminatiegronden en intersectionaliteit in het recht in de ruime zin

Tot dusver adviseren we om geen nieuwe discriminatiegronden in het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel te codificeren. We adviseren om de Nederlandse Grondwet een helder transformatief doel te geven door middel van een preambule blijkend van historisch bewustzijn, een algemene bepaling met waarden die richtinggevend zijn voor de wetgever en rechters, en een grondwettelijk gelijkheidsbeginsel dat intersectionaliteit beaamt.

Tegelijkertijd is het ook belangrijk te benadrukken dat het niet enkel aan het non-discriminatierecht is om ongelijkheid in de maatschappij weg te werken. Transformatief constitutionalisme gaat ervan uit dat een rechtsstaat een sleutelrol heeft in de weg naar gelijkheid. Daarnaast is het belangrijk te vermelden dat te ruime antidiscriminatiewetgeving een averechts effect kan hebben. De categorisering van mensen blijft noodzakelijk om samenlevingen te reguleren en besturen. Het antidiscriminatierecht moet daarom het evenwicht bewaren tussen het correct verhinderen van categorisering die schadelijk is voor gemarginaliseerde groepen enerzijds, en categorisering die legitiem is om de samenleving te besturen anderzijds.

Intersectionele benadeling gedijt in situaties waar structurele patronen van marginalisatie geen tegenwind krijgen.

Het is daarom belangrijk om na te denken over hoe andere rechtsdomeinen ongelijkheid actiever gaan bestrijden. Intersectionaliteit, een theorie die aanwendbaar is in verschillende contexten, wordt hierbij belangrijk. Alle rechtsdomeinen regelen de omgang tussen groepen met ongelijke machtsverhoudingen. Daarnaast gedijt intersectionele benadeling in situaties waar structurele patronen van marginalisering geen tegenwind krijgen. Deze vaststelling biedt mogelijkheden om voor inclusieve gelijkheid te streven buiten de oevers van het anti-discriminatierecht. Om een paar voorbeelden te geven: het recht regelt de relatie tussen de overheid en de burger (bestuursrecht), tussen – bij heteroseksuele koppels – vaak financieel sterkere mannen en vrouwen in een langdurige relatie (familiaal en huwelijksvermogensrecht), en tussen verhuurder en huurder (contractenrecht). Aangezien het anti-discriminatierecht niet altijd alle gevallen van intersectionele ongelijkheid in die verschillende contexten kan bestrijden, is het belangrijk dat de regels, principes, en doctrines in verschillende rechtsdisciplines kunnen worden ingezet om inclusieve gelijkheid te bereiken. Dit deel bespreekt voorbeelden, die geenszins exhaustief zijn, van hoe intersectionaliteit een rol kan spelen in andere rechtsdomeinen zoals het vreemdelingenrecht, het aansprakelijkheidsrecht, het consumentenrecht, en het strafrecht om synergistische patronen van ongelijkheid te doorbreken.

4.1 Vreemdelingenrecht

De laatste jaren doen sommige Europese landen een beroep op Westerse en niet-Westerse afkomst als onderscheidingscriteria, met discriminatoire gevolgen voor degenen met een niet-Westerse afkomst. Denemarken gebruikt niet-Westerse afkomst als een criterium om uit te maken of de huurcontracten van mensen van woonbuurten met een bepaald aandeel van immigranten en hun nakomelingen uit niet-Westerse landen eenzijdig kunnen worden beëindigd.[45] We zien een gelijkaardige trend in het Nederlands vreemdelingenrecht. De Nederlandse Wet inburgering buitenland (Wib) vereist dat niet-Westerse vreemdelingen hun inburgeringsexamen in het buitenland afleggen, terwijl deze verplichting niet geldt voor Westerse vreemdelingen. Indien we een contextuele benadering aannemen die rekening houdt met hoe de Nederlandse maatschappij nog steeds getekend is door haar koloniale en slavernijgeschiedenis, dan transformeert een niet-Westerse nationaliteit van een ogenschijnlijk neutrale beschrijving naar een discriminatoir onderscheidingscriterium die de gronden van nationaliteit, ras, etniciteit, religie, en ook klasse samenbrengt.[46] Westerse en niet-Westerse onderscheidingscriteria hebben immers betekenis gekregen door de inzetbaarheid ervan voor koloniale

45. Zie de opinie van Advocaat-Generaal Ćapeta in de zaak die nu voor het HvJ aanhangig is: *Opinion of Advocate General Ćapeta in Case C-417/23 Slagelse Almennyttige Boligselskab, Afdeling Schackenborgvænge.*

46. K. de Vries, 'De witte onschuld van de Afdeling bestuursrechtspraak', [2025] Nederlands Juristenblad.

doeleinden.[47] Door deze criteria een plaats te geven in de Wib, bestendigt Nederland historische intersectionele patronen van discriminatie tot het heden. Hoewel sommige rechtszaken de intersectionele discriminatoire aard van dit onderscheid erkennen, zou het beter zijn als de wetgever dit al inzag voor aanname van de Wib. De Wib toont dus aan hoe een contextuele benadering kan helpen om de bestendiging van intersectionele patronen van discriminatie door wetgeving te voorkomen.

4.2 Consumentenrecht

Ook het contractenrecht, waaronder het consumentenrecht, regelt verhoudingen tussen mensen met ongelijke machtsverhoudingen. Hoewel het consumentenrecht in bepaalde mate het concept van de kwetsbare consument erkent, blijft dit toch vooral gebaseerd op de gemiddelde consument. Als alternatief hierop argumenteren Hesselink en Tjon Soei Len dat, juist omdat in deze contractuele relatie intersectionele uitbuiting plaatsvindt wanneer een sterke partij een contract sluit met een zwakke partij, het recht daarom moet voorzien op intersectionele uitbuiting. Ze stellen daarom voor om een bepaling van intersectionele uitbuiting aan te nemen die luidt als volgt: “Een partij kan een contract ontbinden indien, op het moment van het sluiten van het contract: (a) die partij werd onderdrukt door de gecombineerde effecten van elkaar kruisende vormen van ondergeschiktheid, hetzij individueel, hetzij structureel, zoals seksisme, racisme, validisme, homo- en transfobie, leeftijdsdiscriminatie en klassendiscriminatie; en (b) de andere partij hiervan op de hoogte was of had kunnen zijn en, gezien de omstandigheden en het doel van de overeenkomst, misbruik heeft gemaakt van de situatie van de eerste partij door een buitensporig voordeel of oneerlijk voordeel te behalen.”[48]

Het idee is dat op elkaar inwerkende systemen van marginalisering ertoe leiden dat contractuele partijen met aanzienlijke onderhandelingsmacht hiervan misbruik kunnen maken, en zo zwakke partijen uitbuiten die lijden onder op elkaar inwerkende systemen van marginalisering. Hiermee is een ander voorbeeld van hoe een contextuele benadering van het recht aandacht voor in elkaar inwerkende systemen van marginalisering brengt in wetgeving.

4.3 Strafrecht

In het strafrecht is er ook een rol voor intersectionaliteit. Het is immers bij de straftoemeting waar identiteitskenmerken van de verdachte een rol spelen. Bij beslissingen over kansen op recidivisme bijvoorbeeld, kunnen rechters (bewust of onbewust) factoren zoals gender, ras, en socio-economische klasse in acht nemen. Het is hier waar vooroordelen bij rechters klassenjustitie kunnen creëren. Bijvoorbeeld, jonge mensen die in armoede leven kunnen mogelijk minder op herstelgerichte straffen rekenen. Het zou kunnen dat rechters een strengere houding tegenover mensen in armoede rechtvaardigen met het argument dat ze sneller terug in criminaliteit vervallen. Bij een verdachte die een jonge, hoogopgeleide man is kunnen dezelfde overwegingen mogelijk niet bij rechters aan te pas komen.

47. N. Dube, ‘The Unbearable Whiteness of EU Law’, LAW 2025/12.

48. M. W. Hesselink & L.K.L. Tjon Soei Len, ‘European Private Law & Intersectionality: Three Strategies’, [2025] European Law Open 1, 12.

Door disproportioneel vaker herstelgerichte straffen op te leggen aan jonge mensen uit hoge socio-economische klassen, en minder aan jongeren in armoede, komt een ongelijkheid tot stand of wordt een bestaande ongelijkheid in stand gehouden door het recht. Intersectionaliteit toont aan dat mensen zich kunnen bevinden op het kruispunt van meerdere machtssystemen die op elkaar inwerken. Dit betekent dat het mogelijk is dat strafrechters meer herstelgericht te werk gaan bij witte, hoogopgeleide mannen; terwijl meer punitieve straffen gelden voor zwarte mensen die in armoede leven die dezelfde misdrijven plegen. Het voorbehouden van herstelgerichte straffen bij dominante groepen, terwijl punitieve straffen vaker gelden bij mensen op het kruispunt van meerdere systemen van marginalisering leidt tot klassenjustitie, en dus structurele ongelijkheid.[49] Onderzoek van het WODC laat zien dat verdachten met een migratieachtergrond vaker voor de rechter worden gebracht. Ook krijgen zij vaker een detentiestraf opgelegd dan verdachten zonder migratieachtergrond die van vergelijkbare delicten worden verdacht.[50]

In het strafrecht kan de rechter ook bij een veroordeling aandacht besteden aan intersectionele aspecten van een strafzaak. In de zaken van Clarice Gargard[51] en Sylvana Simons[52] waarin meerdere personen zijn veroordeeld wegens discriminerende racistische en opruiende berichten (en filmpjes) op social media is door de rechters geen aandacht besteed aan het intersectionele karakter en vond geen contextualisering van de slachtoffers (de racistische uitlatingen op social media hadden een duidelijke link met het Nederlandse koloniale en slavernijverleden) plaats in deze zaken. Beide strafzaken (Simons en Gargard) hebben als belangrijkste kenmerk misogynoire uitlatingen op social media over beide vrouwen: het anti-zwart racisme en de haat jegens zwarte vrouwen zijn in deze zaken verweven met elkaar.[53]

Aandacht voor intersectionaliteit is een verantwoordelijkheid van iedereen die het recht mede vormgeeft.

Gelijkaardige voorbeelden bestaan ongetwijfeld voor andere rechtsdomeinen zoals fiscaal recht, het huwelijksvermogensrecht, het gezondheidsrecht, en het sociaal zekerheidsrecht. Dit toont aan dat intersectionele benadering niet enkel een zorg is voor de rechter die zich bezighoudt met discriminatierechtszaken. Ieder persoon betrokken in de juridische wereld, ongeacht welk rechtsdomein, moet aandacht voor intersectionaliteit hebben om deze structurele vorm van benadeling te bestrijden. Dit brengt ons tot de aanbevelingen.

49. N. Dube, 'Vooringenomen Vrouwe Justitia? Hoe Vooroordelen Inclusieve Rechtspraak En Gelijkheid Dwarsbomen', (2023) 3 Rechtstreeks 48.

50. WODC-rapport, 'Van verdenking tot vrijheids-straf. Een statistisch onderzoek naar de invloed van migratieachtergrond op uitkomsten in de strafrechtketen', P.W. de Jong e.a., 2025-02.

51. ECLI:NL:R-BAMS:2020:5253 t/m ECLI:NL:RBAMS:2020:5295.

52. Onder andere ECLI:NL:RBAMS:2017:3347.

53. M. Bailey, *Misogynoir Trans-formed: Black Women's Digital Resistance*. Vol. 18. NYU Press, 2021.

5. Conclusie en aanbevelingen

Met dit preadvies tonen we aan dat om emergente vormen van discriminatie alsook om intersectionele discriminatie te vatten, het Nederlands recht een grondige, transformatieve, systeemverandering nodig heeft.

Doordat we transformatief constitutionalisme voorstellen als noodzakelijke verandering voor het Nederlands non-discriminatierecht, benadrukken we hierbij dat onze aanbevelingen de beste resultaten opleveren bij de afschaffing van het constitutioneel toetsingsverbod vervat in Artikel 120 Gw. Daarnaast, omdat we adviseren om transformatief constitutionalisme centraal te stellen, verdwijnt hiermee de nood om emergente discriminatiegronden te codificeren. Transformatief constitutionalisme geeft een leidraad aan rechters om emergente gronden in rechtspraak te identificeren.

Daarnaast richten we ons met onze aanbevelingen bewust tot diverse actoren omdat intersectionaliteit een concept en theorie is dat de alomtegenwoordige aard van synergistische discriminatie aantoont. De hardnekkigheid van intersectionele discriminatie noodzaakt daarom een transformatieve systeemverandering waar diverse actoren aan bijdragen.

Aanbevelingen gericht aan de wetgever:

- Baseer het Nederlands recht op transformatief constitutionalisme, een juridische benadering die een grondwet beschouwt als een dynamisch instrument om een samenleving fundamenteel te herstructureren in de richting van intersectionele gelijkwaardigheid. Dit kan gebeuren door middel van drie cumulatieve elementen:
  - Voeg een preambule met blijk van historisch bewustzijn in de Grondwet toe. De preambule verduidelijkt dat de Grondwet het doel heeft om historische en synergistische patronen van discriminatie die in de maatschappij zijn ingebed teniet te doen. Voorbeelden van relevante historische gebeurtenissen die synergistische patronen van onrecht in de Nederlandse maatschappij hebben ingebed zijn het Nederlandse koloniale en slavernijverleden, alsook de Holocaust.
  - Voeg een algemene bepaling in de Grondwet toe. De algemene bepaling benadrukt de volgende waarden: intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid, en solidariteit.
  - Plaats intersectionaliteit centraal in een gewijzigd grondwettelijk gelijkheidsbeginsel: Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie op basis van een of meer gronden waaronder godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, handicap en seksuele gerichtheid is niet toegestaan.
- Definieer intersectionele discriminatie in non-discriminatiewetten: intersectionele discriminatie is een synergistische vorm van benadeling die voorkomt bij meervoudige gemarginaliseerde groepen die worden gediscrimineerd wegens meerdere beschermde criteria die op elkaar inwerken en onafscheidelijk worden.
  Ook de formulering van definities zoals direct en indirect onderscheid

in de AWGB moeten gewijzigd worden om intersectionaliteit centraal te stellen. Bij wijze van voorbeeld richten we ons op de definitie van direct onderscheid in de AWGB: indien een persoon (...), op basis van een of meer gronden waaronder godsdienst, (...) en burgerlijke staat;
- Zorg dat de non-discriminatiewetten een open systeem hanteren waarvan gronden niet limitatief zijn opgesomd. Een open systeem maakt het mogelijk voor rechters om emergente discriminatiegronden te erkennen in rechtspraak.

Aanbevelingen gericht aan de wetgever, rechters, advocaten, juristen, en beleidsmakers:

- Wetgevers en beleidsmakers moeten transformatief constitutionalisme voor ogen houden bij het opstellen van wetsvoorstellen en bij de aanname van wetten. Aangezien transformatief constitutionalisme het doel heeft om patronen van onrecht te doorbreken, is het essentieel dat wetgevers en beleidsmakers zich afvragen of een voorgestelde wet of beleid historische en synergistische patronen van discriminatie gaat voortzetten en versterken.
- Rechters moeten de waarden in de voorgestelde algemene bepaling (intersectionele gelijkwaardigheid, menselijke waardigheid, vrijheid, en solidariteit) gebruiken als toetssteen om te bepalen of emergente discriminatiegronden moeten worden erkend in rechtspraak.
- We adviseren rechters en advocaten om de vergelijkbaarheidstoets, die moeilijk en soms onmogelijk uitvoerbaar is bij intersectionele discriminatie, te vervangen door contextualisering. Een contextuele benadering stelt een vermoeden van discriminatie vast door te bepalen of de ongelijke behandeling van de gemarginaliseerde groep, waarvan de verzoeker deel van moet uitmaken of een associatie mee moet hebben, een voortzetting of versterking is van synergistische patronen van onrecht die ingebed zijn in de Nederlandse maatschappij. Een contextuele benadering geniet de voorkeur omdat het peilt naar de schadelijke effecten van de ongelijke behandeling op kwetsbare groepen, wat de vergelijkbaarheidstoets niet doet.
- We adviseren advocaten en rechters om de meerdere gronden bij intersectionele discriminatie telkens synergistisch, en niet additief, te behandelen. Een synergistische en intersectionele benadering betekent dat relevante gronden telkens samen geanalyseerd worden in alle stappen van de discriminatieanalyse, van de contextualisering tot de proportionaliteitstoets.

Nozizwe Dube is promovenda in EU-recht, aan het departement van Internationaal Recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Maastricht. Ze voert doctoraal onderzoek naar de erkenning van intersectionele discriminatie in EU-recht. Ze voert hierbij rechtsvergelijkend onderzoek met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten, en het Grondwettelijk Hof van Zuid-Afrika.

Jennifer Alspeer is werkzaam als advocaat in Amsterdam gespecialiseerd in het bestuursrecht, huurrecht en mensenrechten en plaatsvervangend lid College voor de Rechten van de Mens. Zij heeft het preadvies op persoonlijke titel geschreven.

Positive action and effective adjustment

Mr. dr. drs. A. (Alexander) Hoogenboom &
prof. dr. L. (Lisa) Waddington

Abstract

Positive action and effective adjustment are important tools to address historical, systemic and individual inequality. This pre-advisory paper recommends expanding the current legal framework for positive action beyond women, persons with disabilities and members of ethnic minorities as well as introducing more lenient requirements for positive action in the area of access to goods and services. Within the field of employment and occupation, certain employers should be under a legal obligation to engage in positive action to diversify their labour force and implement inclusive workplace policies. With respect to effective adjustment, it is recommended that the duty should be reconceptualised from being reactive and individualised to also include an anticipatory duty. It should also be considered whether the effective adjustment duty could be applied beyond disability, to more or all grounds protected under non-discrimination legislation.

1. Introduction

It is well recognised that formal equality, treating like cases alike, does not result in de facto or substantive equality[1] for members of groups subjected to historical or systemic inequality.[2] To address this, legal concepts such as indirect discrimination, positive action and reasonable accommodation (referred to as 'effective adjustment' in the Netherlands) have been developed to capture antecedent disadvantage and thereby contribute to substantive equality.[3] In this pre-advisory paper, we review the legal framework in the equal treatment legislation with respect to positive action and effective adjustment based on an analysis of the legal provisions, case law and Opinions of the Netherlands Institute for Human Rights (NIHR) and its predecessor, the Equal Treatment Commission (ETC), as well as 'outsider perspectives' obtained from other jurisdictions. We make suggestions for how Dutch law could be amended to better protect members of disadvantaged groups through positive action and the effective accommodation duty.

Legal concepts like indirect discrimination, positive action and reasonable accommodation translate antecedent disadvantage into substantive equality.

1. See for a comprehensive treatment of this term S. Fredman, 'Substantive equality revisited', 14(3) International Journal of Constitutional Law (2016) 712, p. 718.
2. C. MacKinnon, 'Equality', 149(1) Daedalus: Women & Equality (2020) 213, p. 215.
3. L. Senden et al., A Review of Concepts of Gendered Power Hierarchies and their Taxonomy, (RE-WIRING, 2023), p. 43, available at: A-Review-of-Concepts-of-Gendered-Power-Hierarchies-and-their-Taxonomy.300923_compressed.pdf.

This pre-advisory paper is the result of a collaboration between Lisa Waddington, an academic working on (comparative) equality law, with a particular focus on disability, and Alexander Hoogenboom, formerly legal counsel at the NIHR and now a judge at the Central Appeals Tribunal. The authors discussed the content and structure of the pre-advisory paper before starting to write, and provided frequent feedback on each other's sections, including suggesting the inclusion of relevant case law, NIHR Opinions and literature. Both authors have worked on the sections 1, 2 and 5. Alexander Hoogenboom took the lead in writing the section on positive action (section 3), while Lisa Waddington took the lead in writing the section on effective adjustment (section 4). The authors have endeavoured to ensure that this pre-advisory paper adopts a consistent approach across the two main sections; however, some divergence is inevitable in light of the authors' background, knowledge and previous research on positive action and effective adjustment respectively. The authors have discussed the feedback from the reviewers and decided on a common approach to implement their valuable input.

2. Distinguishing Positive Action from Effective Adjustment[4]

This pre-advisory paper addresses two related but distinct concepts: positive action and effective adjustment. They are related in the sense that they are both instruments meant to promote substantive equality. It is, however, important to distinguish them from each other as they are conceptually and procedurally different. Simply put, positive action involves targeted assistance to members of marginalised or disadvantaged groups, such as women, members of ethnic minority groups and people with disabilities, so that they can take full and equal advantage of particular opportunities. It can be intended to remedy a previous situation of discrimination against the covered group or intended to prevent such discrimination arising in the future. Effective adjustment involves a legal duty to provide modifications or adjustments in order to enable a person with a disability[5] to benefit from an opportunity in the same way that other persons can, in order to prevent a situation of discrimination arising.

At first glance, it may seem that the obligation to make an effective adjustment is a particular form of positive action in that it provides for 'advantages' to individuals who fall within the group of persons with a disability.[6] Nevertheless, it is submitted the obligation to provide for effective adjustments can best be characterised as a particular kind of non-discrimination legislative provision, related to, but not synonymous with, direct and indirect discrimination. The effective adjustment requirement in Dutch law obliges duty holders not to ignore disability, as is the case with regard to most elements of non-discrimination law, but specifically to take disability into account. The effective adjustment requirement therefore prohibits a duty bearer from denying an individual with a disability an opportunity, such as taking up employment or enjoying a meal in a restaurant, by failing to take account of the protected characteristic, if taking account of it would enable the individual to undertake the activity in question. In contrast, a failure to provide positive

4. Text in this section draws on Mark Bell and Lisa Waddington, 'Similar, Yet Different: The Work-life Balance Directive and the Expanding Frontiers of EU Non-Discrimination Law', 58(5) Common Market Law Review (2021) 1401, p. 1401-1432.

5. As will be noted on section 4 of this pre-advisory paper, in some jurisdictions the effective adjustment / reasonable accommodation duty is extended to members of other protected groups, such as followers of a religion or, in some cases, all individuals protected by non-discrimination law.

6. As will be noted on section 4 of this pre-advisory paper, in some jurisdictions the effective adjustment / reasonable accommodation duty is extended to members of other protected groups.

7. See below, however, for certain 'positive duties'.

action is not normally regarded as a form of discrimination under Dutch law.[7] Indeed, such action is often challenged successfully on the grounds that it discriminates against members of the groups which are not favoured, such as men.[8]

The obligation to provide for an effective adjustment can be distinguished from positive action from a procedural perspective as well. Individuals with a disability are entitled to require that an adjustment is made which takes account of their specific needs, subject to the requirement that the adjustment does not amount to a disproportionate burden for the duty bearer. In contrast, individuals who feel that a positive action should be put into place, or who did not benefit from an existing positive action programme, have no individualised claim which entitles them to access a benefit or opportunity which is available to others under Dutch law. See table 3.1.

Table 3.1. The differences between positive action and effective adjustment

	Positive action	Reasonable accommodation / effective adjustment
For whom?	Typically benefits an open-ended group suffering historical or systemic disadvantage. (Showing) individual disadvantage is not necessary to benefit from positive action.	Typically benefits persons who face being individually disadvantaged.[9]
By whom?	Typically an actor who is not (directly) responsible or only has indirect control over the situation causing disadvantage.	Typically an actor who is responsible for or has direct control over the situation causing the disadvantage.
For how long?	In place until group disadvantage is redressed, and assumes this to be possible.[10]	Temporary or permanent, depending on need.
Procedural characteristics	Typically no duty to perform, non-justiciable.	Duty to perform, justiciable.

3. Positive action

3.1 The legal framework

The focus of this contribution is on the equal treatment legislation and the provisions therein that allow and enable actors falling within its scope to engage in various forms of positive action. As such, specific forms of positive action in specialised legislation, such as the Wet ingroeiquotum en streefcijfers[11] and the Wet banenafspraak,[12] or EU initiatives such as the Gender Balance on Corporate Boards Directive[13] and Pay Transparency Directive[14] are not the focus, although they do inspire some of the proposed adjustments set out below.

8. See for instance NIHR 2 juli 2020, 2020-53, available at https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2020-53/.
9. This pre-advisory paper also argues in favour of an anticipatory approach to effective adjustment which involves making adjustments or accommodations to meet the 'predictable' needs of members of the group of persons with disabilities, such as persons who use a wheelchair or persons who have auditory or visual impairments.
10. See below for the distinction with policies to promote social inclusion which are in place permanently. See also the distinction made in article 3(1) WGBH/CZ between such measures (under b) and positive action (under c).
11. Wet van 29 september 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen.
12. Wet van 23 april 2025, houdende vereenvoudiging van de banenafspraak en de quotumregeling voor mensen met een arbeidsbeperking (Wet banenafspraak), Stb. 2025, 121.
13. Directive 2022/2381 of 23 November 2022 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures, OJ [2022] L 315/44.
14. Directive 2023/970 of 10 May 2023 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, OJ [2023] L 132/21.

The General Equal Treatment Act (AWGB) contains the following provision relating to positive action: Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.[15]

Similar clauses exist in the Act on the Equal Treatment of Men and Women (WGB) and the Act on the Equal Treatment of Persons with a Disability or Chronic Illness (WGBH/CZ).

From the formulation, it follows that the legislation considers positive action to be a prima facie violation of the non-discrimination provisions, which can be justified where such action addresses systemic or historic disadvantages. The component parts as set out in the various legislative acts are as follows: (1) specific measure, (2) legitimate group, (3) legitimate aim, (4) proportionality.

There is no inherent limitation in the types of (specific) measures that may be adopted. The equal treatment legislation applies, broadly, to access to employment and occupation, as well as access to goods and services, and with respect to one ground of discrimination, social protection. The provisions enabling positive action are thus directed towards actors in that field, such as employers, professional organisations and providers of goods and services (and, where it concerns race/ethnicity, providers of social protection). Moreover, the legislation is enabling rather than obligatory: the aforementioned actors are in principle not, as a matter of non-discrimination law, required to engage in positive action to address antecedent disadvantage.[16]

Under Dutch law, positive action measures are regarded as exceptions to the principle of non-discrimination.

Positive action is limited, however, in terms of to whom it may be directed: only women, persons belonging to an ethnic minority and persons with a disability are specified as legitimate groups. The legislator based this limitative enumeration on the fact that these groups had a recognised general disadvantage in various areas of societal life.[17] Recent Opinions of the NIHR have challenged this limitative enumeration, however. In a case concerning preferential treatment in the form of a tie-break policy for persons under 40 years of age, the NIHR reasoned that the organisation had shown that the impugned measure was an effective means to address structural underrepresentation and that it did not go

15. Article 2(3) AWGB.
16. Cfr. *Kamerstukken II* 2004/05, 28 770, nr. 11, p. 6 (Nota voorkeursbehandeling).
17. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT), p. 14. See also *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3 (MvT), p. 11 (relating to disability).
18. See NIHR 30 augustus 2023, 2023-94 https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2023-94.
19. ETC 3 juli 2006, 2006-134, para. 3.17, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2006-134.
20. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3 (MvT), p. 8.
21. For the sake of completeness it should also be noted that the Dutch Penal Code does not criminalise age discrimination in the area of access to goods and services. See article 429quater. See also Overheid.nl | Consultatie Strafbaarstelling Leeftijdsdiscriminatie.

beyond what was necessary to achieve these aims. The measure was thus considered legitimate under the Act on Equal Treatment on Grounds of Age in the area of Employment (WGBL).[18] Upholding this form of positive action is a departure from the NIHR's earlier position[19] and, strictly seen, contrary to the intention of the legislator, which expressly left out a provision on positive action in the WGBL, holding that no (particular) age group could be said to suffer systemic and/or historic disadvantage.[20] It should furthermore be noted that since the WGBL lacks a prohibition of discrimination on grounds of age in the area of access to goods and services, there are no restrictions on positive action in that area.[21]

In terms of the legitimate aim, positive action must address an antecedent disadvantage, which must be current and is relative to the context in which it is applied. That is to say: those engaging in positive action cannot, for instance, by reference to the societal position of women on the labour market, employ positive action to hire women if there is no gender imbalance in their (part of the) organisation.[22] In addition, the legislator considers positive action by its nature to be temporary, meaning that it should only be in place until it has successfully addressed disadvantages related to systemic and historic inequality. This distinguishes positive action from general policies to promote social inclusion where the disadvantages faced are permanent, or at least not assumed to be temporary, such as certain permanent facilities addressing the needs of persons with disabilities (e.g. Aanvullend Openbaar Vervoer (Supplementary Public Transport)).[23]

Finally, the proportionality requirement is meant to ensure that the pursuit of the goals of positive action measures are adequately balanced with the overall prohibition of discrimination.[24] After all, some forms of positive action create a preferential position for certain groups that can lead to exclusion of others. Classically, this is tested by requiring the positive action measures employed to 'remain within the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve the aim'.[25]

Summary:

- In the Dutch legal framework, positive action measures are considered an exception to the principle of non-discrimination.
- Positive action is only legitimate if it addresses systemic and historic disadvantages faced by women, persons with disabilities or persons from an ethnic minority through temporary measures, proportional to the aim(s).

3.2 Problematic aspects of the positive action framework

Trends in positive action case law

Research shows that positive action is considered controversial in the Netherlands, particularly among groups that are not normally beneficiaries of such policies, such as men or those who identify as (native) Dutch.[26] Reactions to high-profile forms of positive action, such as enacted by TU Eindhoven[27] (in favour of women) and by the police (in favour of persons with a migrant background) confirm this.[28] In addition, legal scholars

22. See in particular NIHR 2 juli 2020, 2020-53, para. 6.22, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2020-53.

23. See article 3(1)(c) of the WGBH/CZ, which provides that the prohibition of discrimination shall not apply to 'rules, standards or practices aimed at creating or maintaining specific facilities and amenities for the benefit of persons with disabilities or chronic illnesses'. See also *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3 (MvT), p. 31-32. For an academic discussion of this distinction, see M. Bell and L. Waddington, 'Exploring the boundaries of positive action under EU law: a search for conceptual clarity', 48(5) Common Market Law Review (2011) 1503, p. 1523ff.

24. CJEU 22 January 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (Achatzi), para. 65.

25. See CJEU 30 september 2004, C-319/03, ECLI:EU:C:2004:574 (Briheche), para. 24 and e.g. ETC 1 januari 2005, 2005-225, para. 5.15, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2005-225/.

26. See C. Thijs, To meet or to compete? The effect of ethnic and gender workforce diversity on ingroup preferences in the workplace, (diss. Universiteit van Amsterdam), Vianen: Digiforce 2018, chapter 5 and 7. This finding is consistent with the results of studies using Eurobarometer data across 26 countries: L. Blommaert and M. Coenders, 'Understanding public support for workplace diversity and antidiscrimination policies in Europe', 9(1256751) Frontiers in Sociology (2024), p. 1-22.

27. H. Konings, "Voorkeursbehandeling' vrouwen leidt tot storm van kritiek', Cursor 19 June 2019.

28. K. Voskuil, 'Politieagenten woedend door voorkeursbeleid in Rotterdam', Algemeen Dagblad 19 May 2017.

generally consider that the overall framework, which to a large part is determined by judgments of the Court of Justice of the European Union, imposes stringent requirements on the adoption of positive action measures.[29] For that reason, the authors of this pre-advisory paper were interested to investigate whether such controversy also translates to legal challenges to positive action and if so, what the outcome of the judgment or Opinion was where compliance with the positive action exception was assessed. To that end the authors searched the publicly available database for judgments, https://uitspraken.rechtspraak.nl, as well as the database of the NIHR (https://oordelen.mensenrechten.nl) for judgments and Opinions relating to positive action with various keywords for the period 01-01-2000 to 31-12-2024.

For rechtspraak.nl, only the judgments[30] were selected that dealt with positive action related to non-discrimination principles[31] in the area of employment, goods and services and/or social protection relating to ethnicity[32] and which included a substantive treatment of a positive action measure.[33] Judgments where applicants simply alleged they were the victims of positive action but could not begin to substantiate that claim (i.e. that such a policy was in place and that they were excluded from employment or a service as a result of it) were also excluded.[34] See table 3.2.

Table 3.2. Data from Rechtspraak.nl[35]

Keyword	Results	Included judgments based on selection criteria
Voorkeursbeleid	44	0
'positieve discriminatie'	17	2[36]
'positieve actie' onderscheid[37]	15	0
~'feitelijke nadelen' ~ 'feitelijke ongelijkheid' ~'feitelijke nadeel' ~'feitelijke ongelijkheden'[38]	28	1[39]

The high number of excluded judgments can be explained by the exclusion criteria used set out above, and the overinclusiveness of some of the keywords,[40] necessary due to the lack of an agreed 'term of art' for positive action.[41] In short: rechtspraak.nl only features a few judgments in which positive action is treated substantially relating to employment and occupation or access to goods and services.

Since the NIHR can only rule on issues that fall within the equal treatment acts, a search was conducted with the keyword 'voorkeursbeleid' using the search engine of the NIHR. Opinions where the positive action exception was only mentioned in passing (e.g. as a possible defence) with no substantive treatment were again excluded. Of a total of 4194 Opinions over that time period, 109 contained the keyword 'voorkeursbeleid', of which 50 were included based on the criteria above (amounting to ~1,19% of cases).[42]

29. See for instance N.E. Ramos Martín, 'Positive action in EU gender equality law: promoting women in corporate decision-making positions', 3(1-2) Spanish Labour Law and Employment Relations Journal (2014) 20.

30. Excluding opinions of advocates general.

31. Excluding e.g. rb. Rotterdam 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5513 which involved data protection: an organisation used sensitive information for its relief work targeted, as matter of positive action, to at risk persons with a non-Dutch background.

32. This excludes cases such as Gerechtshof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173 where the state argued that it needed to engage in ethnic profiling when engaging in border control activities in order to properly be able to address and prevent human trafficking as a matter of positive action, see paragraph 8.23.

33. This excludes cases such as Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9876, in which the appeal court dismissed an appeal against a lower court ruling which assessed a policy of lower rent for persons from a specific ethnic background on procedural grounds. Similarly, it excludes rb. Maastricht 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN9219 in which positive action was purely listed as a possible defence to a finding of discrimination but was not invoked or otherwise substantively discussed.

34. For instance CRvB 18 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL6094.

35. Results obtained on 1 June 2025.

A first point of note is the relatively small number of cases dealing with positive action. The authors expected, given the controversy of the topic, to find more cases.[43] Even at the NIHR, whose procedures are free of charge, require no professional representation and whose database covers all Opinions, the number of cases are limited.

Looking more closely at the Opinions, we can see in Figure 3.1 that they exclusively concern cases in which positive action measures are challenged by or on behalf of a potentially excluded group or where an organisation itself submitted a (planned) measure to the NIHR for evaluation. In terms of the subject matter, most Opinions evaluated measures meant to promote gender equality.

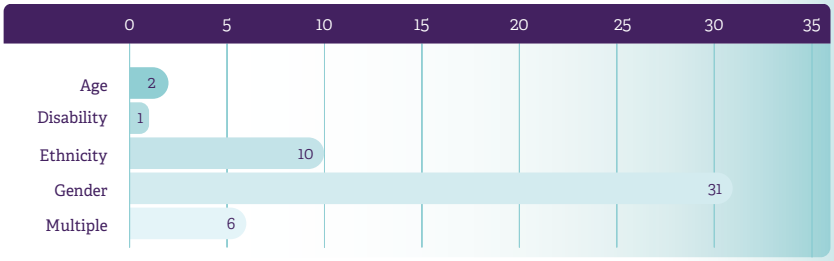


Figure 3.1. Grounds of discrimination at issue in NIHR positive action cases. Data retrieved from NIHR.

In terms of the sector, Figure 3.2 shows that most Opinions concerned positive action in employment and occupation.

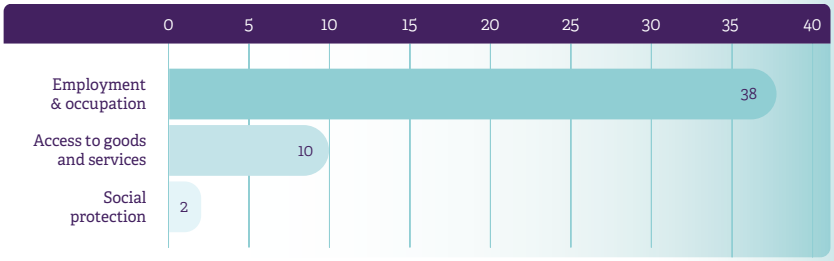


Figure 3.2. Domains in which the NIHR examined positive action measures. Data retrieved from NIHR.

Finally, in terms of outcome, we can see in Figure 3.3 that in the great majority of the Opinions (74%),[44] the NIHR held that the requirements of the positive action exception were not fulfilled, and thus concluded that the measure violated the non-discrimination principles. This is significantly higher than the average rate: looking at all cases over the period 2015-2024, the proportion of cases in which the NIHR found that the measure examined constituted prohibited discrimination hovers around 40-50%.[45]

36. HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:321, https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2025:321 and Gerechtshof Den Haag 12 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1758, https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2023:1758.

37. Rechtspraak.nl uses space as an 'AND' operator.

38. The tilde functions as an 'OR'.

39. CRvB 23 januari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF3473, https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:CRVB:2003:AF3473.

40. For instance, 'Voorkeursbeleid' results in many judgments concerning challenges against health insurers designating a certain drug as preferential among drugs with the same active ingredient. 'Positieve actie' has other meanings than referring to positive action in the sense of this pre-advisory paper.

41. See also the Afdeling advisering van de Raad van State 31 oktober 2016 W04.16.0229/I (Voorstel van wet van het lid Van Klaveren betreffende het beëindigen van positieve discriminatie).

42. Results obtained on 1 June 2025.

43. It is possible that courts deal with positive action more often than the number of judgments found suggest. Rechtspraak.nl is not a complete database and only publishes a selection of judgments.

44. Counting both the 'violation' (70%) and 'mixed' (4%) categories. In the latter situation, part of the measure(s) examined were considered to violate the equal treatment legislation.

45. See the Monitor Discriminatiezaken 2019, (NIHR, 2020), p. 25 and the Monitor Discriminatiezaken 2024 (digital only): https://www.mensenrechten.nl/monitor-discriminatiezaken-2024/oordelen-2024.

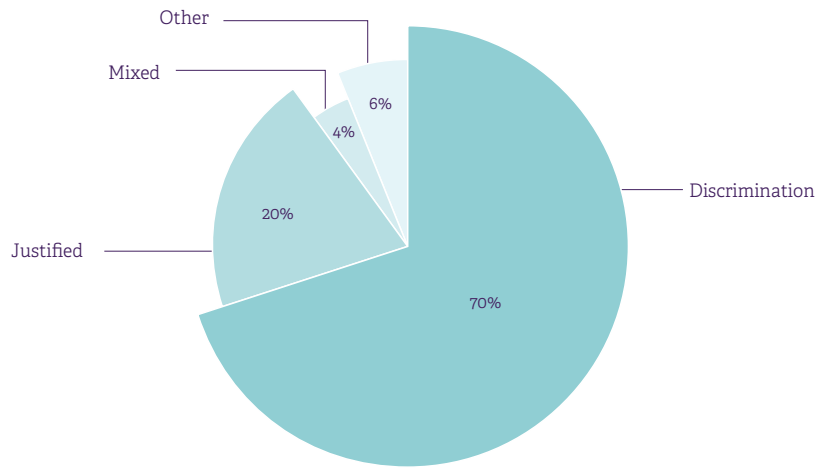


Figure 3.3. Outcome of NIHR positive action cases. Data retrieved from NIHR.

Summary:

- An analysis of the Opinions of the NIHR over 2000-2024 concerning positive action shows that the NIHR was most often called to evaluate positive action directed at women. In terms of sector, most Opinions concerned measures with respect to employment and occupation. In 74% of the Opinions the NIHR found the impugned measure to violate the non-discrimination principles.

> **In 74% of its Opinions, the NIHR found that the positive action criteria were not met, resulting in a violation of non-discrimination.**

Analysis of the positive action case law

This pre-advisory paper is not the place to engage in a detailed analysis of the case law/Opinions. Rather, the authors have chosen to pick out some trends in the cases selected for inclusion.

First, in a test case initiated by Bureau Clara Wichmann it was argued that the state has a duty to combat indirect discrimination and therefore should be obliged to provide free contraceptives, since the costs of contraceptives are primarily borne by women. The Hague Court of Appeal[46] pointed out that contraceptives were provided by private parties and even if the costs thereof are disproportionately borne by women, this situation is not caused by the state but is the result of inequalities (in power) in horizontal relationships between women and men. There is no

46. Gerechtshof Den Haag 12 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1758, 6.39-6.41.

47. HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:321.

general obligation on the part of the state to intervene and to correct for such factual inequalities. The Hoge Raad upheld this judgment.[47] This case confirms the position taken by the legislator that engaging in positive action, at least as a rule, is currently not obligatory as a matter of non-discrimination law.[48] This is also the position of the NIHR.[49]

Engaging in positive action is currently not obligatory as a matter of non-discrimination law.

Secondly, based on the academic literature, several forms of positive action and concomitant need for justification can be distinguished:

1. Facilitative measures are measures which create conditions or an environment beneficial to certain disadvantaged groups.[50] In many instances, these measures are not considered to breach the prohibition of discrimination at all, meaning that they need not be justified as 'positive action' under the Equal Treatment Acts. These measures are simply held to promote or enable inclusion. Examples are the collection of statistics on the composition of the workforce,[51] the provision of Dutch language courses by employers,[52] and providing for flexible work arrangements.[53] In terms of selection, invitations in job advertisements directed at an underrepresented group (e.g. we particularly invite persons with background X to apply), so long as it is stressed that the job is open to all applicants, are equally not considered discriminatory and thus need not be justified under the positive action framework.[54] A related category are what can be termed 'positive duties', such as the requirement that vacancies must be worded in neutral gender terms,[55] the requirement that selection procedures need to be transparent, verifiable and systematic,[56] and the requirement that employers must combat workplace discrimination and ensure that discrimination complaints are dealt with carefully and diligently.[57] These duties are considered to derive from the prohibition of discrimination rather than from the provisions dedicated to positive action, despite being of particular benefit to disadvantaged groups.

2. Distributive measures differ from facilitative measures in that the benefit provided is at the (direct) expense of the non-disadvantaged group.[58] These types of measures need justification under the positive action exception(s). Examples of these measures are clearest where it concerns access to employment, where they can take the form of a tie-break (if equally qualified, preference may be given to the candidate of the underrepresented group), relative preferential treatment (if a minimum threshold is reached, preference is given to the candidate from the underrepresented group even if

48. With some small exceptions, see below.
49. NIHR 24 oktober 2013, 2013-133, para. 3.9, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2013-133/.
50. T. Khaitan, A Theory of Discrimination Law, (OUP, 2016), p. 83.
51. On the crucial importance of gathering data in order to pursue substantive equality, see C. D'Ignazio and L. Klein, Data Feminism, (MIT Press, 2020). See however NIHR 20 maart 2019, 2019-23, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2019-23/, para. 6.5 for GDPR related concerns.
52. The view espoused in *Kamerstukken II* 2004/05, 28 770, nr. 11, p. 6 (Nota voorkeursbehandeling).
53. There is a right to request (but not necessarily to receive) such arrangements on the basis of the Wet flexibel werken. However, investing and providing the facilities that enable, for instance, working from home could be a positive action measure.
54. NIHR 24 april 2012, 2012-72, available at https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-72. Exclusionary statements are prohibited however: See for instance CJEU 23 April 2020, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289 (NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford) and Commisie gelijke behandeling 10 juli 2008, 2008-87, available at https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2008-87.
55. Article 3(3) and 3(4) of the Act on the Equal Treatment of Men and Women.
56. NIHR 28 december 2021, 2021-158, para. 6.6-6.7, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2021-158/.
57. NIHR 24 juni 2025, 2025-58, para. 5.3.
58. See T. Khaitan, A Theory of Discrimination Law, (OUP, 2016), p. 83.

the other candidate is more qualified)[59] and absolute preferential treatment (only candidates from the underrepresented group are considered). The Court of Justice has insisted, at least where it concerns equal treatment on grounds of gender, that only tie-break policies can be justified,[60] and only subject to stringent criteria.[61] The NIHR has however upheld policies that are a mix of relative and absolute preferential treatment, invoking the need to comply with the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.[62] This requires that:

- the underrepresentation be particularly severe;
- previous measures (such as tie-break policies) have been unsuccessful in addressing this underrepresentation;
- the preferential treatment is embedded in a broader set of measures meant to support the underrepresented group; and
- the measure addresses the underrepresentation directly and proportionally.

3. A third type of measure straddles facilitative and distributive measures. The classic example is where priority is given to women for employer-provided childcare facilities.[63] It has clear facilitative aspects, but includes an exclusionary (distributive) element. The NIHR has argued, based on a reading of the case law of the Court of Justice, that while such measures breach the prohibition of discrimination in principle, the intensity of the scrutiny under the proportionality test within the positive action exception is lower than that applied to distributive measures which directly apply to access to employment.[64]

Finally, it is instructive to look at why (distributive or mixed forms of) positive action measures fall foul of the positive action exception. The main reasons may be grouped as follows:

- The measure is directed at a group not mentioned in the legislation. There have been a few cases where the organisation sought to correct a gender imbalance by giving preference to men[65] or to persons from a specific religious or LGTBI group.[66]
- The requirements for a preference policy are not fulfilled. This constitutes a diffuse group of cases ranging from formal issues (e.g. the policy was not publicly announced[67] or the measure was not sufficiently substantiated as to the underrepresentation[68]) to more substantive issues, such as a lack of objective assessment of candidates,[69] or employing a preference policy going beyond the tie-break without sufficient justification.[70]
- The measures are well-meaning but insufficiently thought out legally. This applies particularly to organisations seeking to justify positive action measures with respect to access to goods and services, none of which succeeded in the examined period.[71] For instance, the NIHR considered a discount for women booking an international train in honour of International Women's Day to be insufficiently related to and effective in addressing factual inequalities between men and women.[72]

59. Currently in place for recruitment of new police officers: https://kombijde.politie.nl/agent-worden/selectie/intro, last visited 1 June 2025.

60. See e.g. CJEU 6 July 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 (Abrahamsson). See also the EFTA Court 24 January 2003, E-1/02 (EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway), para. 45 available at: https://eftacourt.int/cases/e-01-02/.

61. The NIHR distinguishes five criteria based on CJEU 6 July 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 (Abrahamsson), CJEU 11 November 1997, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 (Marschall) and CJEU 17 October 1995, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 (Kalanke): legitimate aim/group, the requirement of underrepresentation of that group, the requirement to announce publicly that a tie-break policy is in place, the requirement to conduct an objective assessment and give priority only in case of two candidates being equally qualified and the requirement of proportionality. See NIHR 28 april 2022, 2022-40, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2022-40.

62. See NIHR 2 juli 2020, 2020-53, available at https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2020-53/, NIHR 1 maart 2021, 2021-19, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2021-19/ and NIHR 28 april 2022, 2022-40, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2022-40/.

63. CJEU 19 maart 2002, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183 (H. Lommers and Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij) and CRvB 23 januari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF3473. See for example not tied to employment: NIHR 14 september 2012, 2012-151, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-151, although the NIHR held in that case that the measure did not constitute positive action.

In another case, an organisation sought to reserve a part of the sports activities it organised to women from an ethnic minority over 35 with specific medical issues. The organisation argued that this group was hard to reach, and required a safe space to be convinced to participate in the programme. The NIHR nevertheless held that the organisation had attempted insufficiently to convince the women in question to participate in mixed groups, nor periodically evaluated whether the measure was still needed, which meant that the exclusion of others from these activities went beyond what was necessary.[73]

Summary:

- There is in principle no duty to engage in positive action.
- Three types of positive action can be distinguished: facilitative (creating conditions that apply to all but are particularly beneficial to disadvantaged groups), distributive (preferential treatment of a disadvantaged group at the expense of the non-disadvantaged group) and a mix thereof.
- A qualitative analysis of the case law and Opinions shows that organisations engaging in positive action, where such action had distributive elements, struggle with fulfilling the requirements of the positive action exception.

3.3 Gaps and solutions

The examination of the legal framework and case law trends set out above shows that the legal framework relating to positive action is limited in scope, and its requirements strict. Given the importance of positive action as a tool to further substantive equality,[74] this pre-advisory paper makes the following recommendations with a view to update the framework in place.

Broadening the scope of positive action

As seen above, positive action is currently only allowed as a matter of law for three groups: women, persons with a disability and persons from an ethnic minority. This is problematic for several reasons. First, by fixing in law the categories for which positive action is allowed, inequality is treated as immutable rather than continuous and relational. The factual inequalities positive action is supposed to address can occur in any situation in which there is a social hierarchy or power differential – as implicitly acknowledged by The Hague Court of Appeal in the contraceptive case. By limiting positive action to these three groups, actors are prohibited from engaging in positive action addressing systemic and historic disadvantage suffered by other groups such as those defined by age, religion and belief or sexual orientation, as well as addressing situations where protected characteristics overlap and reinforce and/or generate unique disadvantages (intersectionality).[75]

Secondly, as regards positive action for women in particular, the current framework risks essentialising women and reinforcing a binary dichotomy between men and women. Men are excluded as legitimate group for positive action, women are included. But what does that mean for (positive

64. Most clearly articulated in a non-employment case: NIHR 1 januari 2005, 2005-225, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2005-225, para. 5.12-5.13. See also E.g. CJEU 28 March 2000, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163 (Georg Badeck and Others).

65. NIHR 21 mei 2013, 2013-63, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2013-63.

66. ETC 6 april 2006, 2006-61, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2006-61.

67. NIHR 28 april 2022, 2022-40, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2022-40/.

68. ETC 2 december 2008, 2008-143, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2008-143.

69. NIHR 15 juni 2021, 2021-77, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2021-77.

70. See e.g. NIHR 24 januari 2023, 2023-8, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2023-8 and NIHR 22 juni 2012, 2012-113, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-113.

71. A possible exception is NIHR 14 september 2012, 2012-151, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-151, but in that case the College decided, after some analysis, that the provisions on positive action where not applicable, possibly to be able to apply a more lenient test.

72. NIHR 4 november 2013, 2013-138, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2013-138.

73. ETC 22 maart 2010, 2010-46, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2010-46.

action measures directed at) other gender identities?[76] There is moreover strong tension between these provisions and the recent amendment of the AWGB which explicitly defines discrimination on grounds of 'sex' as including discrimination on ground of sexual characteristics, gender identity and gender expression.[77]

Thirdly, as seen above, there are certain sectors in which men are underrepresented and in which organisations have attempted to engage in positive action, despite the legal risks this entails.[78] Such action is unlawful under the current legislation, despite the fact that it may be desirable to address this underrepresentation.[79]

Positive action provisions should cover the full spectrum of gender.

An important first step would be to broaden the positive action provisions to include the full spectrum of gender. This would address some of the more glaring omissions in the current legal framework. The more ambitious option would be to consider expanding the positive action provisions to other groups, including at the very least recognising and codifying the case law of the NIHR with respect to positive action directed at age groups, as well as religion and belief and sexual orientation. Extended in this manner, positive action would be allowed for all grounds most frequently explicitly enumerated in various international and EU non-discrimination provisions and instruments.[80] It should moreover be clarified that it is legitimate for positive action measures to have an intersectional approach.

Broadening the toolbox for actors within the sphere of goods and services

A second option is to increase the possibilities of actors to engage in positive action. Given that an analysis of the Opinions found that all of the positive action measures in the area of goods and services scrutinised by the NIHR for compliance with the positive action exception were considered unlawful, the framework may hamper genuine attempts at addressing antecedent disadvantage. An option that could be usefully considered is an adjusted proportionality test for positive action measures in the sphere of access to goods and services. Given a legitimate aim (addressing antecedent disadvantage for a specific group), the prevailing interpretation of the positive action provisions requires the satisfaction of a full-blown version of the proportionality test: 'Vervolgens moet worden onderzocht of het middel dat verweerster hanteert om haar doel (...) te bereiken proportioneel is, dat wil zeggen geschikt is om het doel te bereiken, en of het noodzakelijk is in die zin dat hetzelfde effect niet kan worden bereikt met een minder onderscheidmakend middel.'[81]

There is, however, to the knowledge of the authors, nothing at the EU level that requires the application of a (strict) proportionality test where

74. L. Senden et al., A Review of Concepts of Gendered Power Hierarchies and their Taxanomy, (RE-WIRING, 2023), p. 43, available at: A-Review-of-Concepts-of-Gendered-Power-Hierarchies-and-their-Taxonomy.300923_compressed.pdf.

75. See in particular ETC 22 maart 2010, 2010-46, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2010-46.

76. The consequences of not updating the language have been illustrated in the UK with the recent ruling of the United Kingdom Supreme Court 16 April 2025, For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers [2025] USCK 16, in which the Supreme Court ruled that the terms 'man' and 'woman' in the Equality Act 2010 refer to biological sex, thereby excluding transgender persons.

77. Article 1(2) AWGB. This also applies to article 3(3) and 3(4) of the WGB, which only requires that vacancies be worded in neutral terms in the sense of not excluding men or women (as opposed to other genders).

78. See also A. Terlouw, 'Hebben vrouwelijke rechters de rechtspraak veranderd?', NJB 2021/2066, afl. 28, in which she documents on the basis of a series of interviews that due to the (perceived) gender imbalance in the courts, male candidates in hiring procedures are given (informal) preferential treatment.

79. Consider that the Wet ingroeiquotum en streefcijfers is symmetrical, seeking to address imbalanced supervisory boards composed of primarily men or women.

80. See for an overview: R. Pantić, L. Ozoráková and L. Zuzčáková, 'International and European legislative framework', in Exploring Positive Action as a Means to Fight Structural Discrimination in Europe (Equinet, 2021),

it concerns positive action in the area of access to goods and services.[82] Moreover, the provisions themselves do not explicitly prescribe a twostep proportionality test (assessing appropriateness and necessity) but simply require a reasonable relationship ('redelijke verhouding') between the measure and the goal. The legislator intended a proportionality test to be included, but did not specify the intensity of the scrutiny.[83]

In the adjusted variant, the proportionality test could be limited to an investigation of whether the measure is reasonable and suited to achieve the legitimate aim, well substantiated and clearly defined, rather than judging the necessity and examining whether other measures could be equally effective in achieving the stated aims.[84] This would allow actors within the sphere of access to goods and services a greater degree of freedom and confidence in designing positive action measures, while respecting the overall legislative choice of positive action as an exception to the principle of non-discrimination. In the examples given above, the discount for women travelling on International Women's Day would still be prohibited because it is insufficiently linked to addressing antecedent disadvantage, but the sports activities organised for women of certain ethnic minorities could be upheld, as the main issue there was that the NIHR disagreed with the way the policy was implemented.

Duties to engage in positive action where it concerns employment and occupation

Labour market discrimination is a well-documented phenomenon in the Netherlands.[85] Positive action could address this issue proactively. However, research indicates that only a minority of employers have a diversity and inclusion plan in place to promote equal opportunities (40% of employers interviewed), and where employers engage in positive action, these are focussed on facilitative measures (e.g. ensuring neutral and objective hiring processes). Distributive measures such as formal diversity benchmarks/quotas are only considered by 7% of employers with a DEI-plan and 3% of employers who do not have a DEI-plan.[86] Introducing a duty to undertake positive action in the field of employment and occupation could address the existing lack of engagement.

> **Introducing a duty to take positive action in employment and occupation could help address the current lack of engagement.**

McCrudden advances a so-called reflexive model in this respect: actors should be required to reflect on how best to achieve a specified result (e.g. address underrepresentation), leaving these actors to consider the means and methods to achieve those goals.[87] A prototype of such legislation already existed in the form of the Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden (Wet SAMEN).[88] Similarly, piecemeal legislation exists, as

available at https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/04/Exploring-positive-action-as-a-means-to-fight-structural-discrimination-in-Europe.pdf.

81. ETC 1 januari 2005, 2005-225, para. 5.15, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2005-225.

82. Admitted in *Kamerstukken II* 2004/05, 28 770, nr. 11, p. 26-27 (Nota voorkeursbehandeling).

83. Ibid.

84. Compare the test employed by the ECtHR in Article 14 ECHR cases where the state is afforded a wide margin of appreciation: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 26 januari 2022, ECLI:CE:ECHR:2021:1026JUD003293419 (Šaltinytė tegen Litouwen), punt 77.

85. See H. Felten and M. Coenders, Zeven feiten over discriminatie in werving en selectie, (Kennisplatform Inclusief Samenleven, 2025), available at: https://www.kis.nl/artikel/zeven-feiten-over-discriminatie-werving-en-selectie as well as *Kamerstukken II* 2024/25, 29 544, nr. 1272.

86. J. Thielecke et al., Werkgevers Enquête Arbeid 2024: Resultaten in Vogelvlucht, (TNO, 2024), p. 14-16.

87. C. McCrudden, Gender-based positive action in employment in Europe: A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA, (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019), chapter 11, in particular 11.2.

88. Stb. 1994, 423.

noted above, in the form of the Wet ingroeiquotum en streefcijfers[89] and the Wet banenafspraak.[90] By reintroducing a modernised and generalised version of the Wet SAMEN, significant results could be attained in promoting a more diverse and inclusive labour market. This requires embedding it in the equal treatment legislation,[91] with manageable administrative requirements[92] and focussing on (supporting) deployment of effective strategies,[93] with an active role of the NIHR. The 'duty to reflect' could be focussed on employers of a certain size in terms of the number of employees and have the following elements:[94] See table 3.3.

Table 3.3: Positive action duty types in the field of employment and occupation

1. Duty to identify underrepresentation	Gathering data is crucial in order to assess underrepresentation and in order to challenge systemic power structures undermining equality and representation.[95] Academic research points out, however, that the data protection framework limits the gathering of such data, at least where it concerns special categories of data, such as ethnicity and disability.[96] As such, a duty in this area would have to be combined with enabling legislation in that context. Alternatively, such data need not be gathered by the employer itself, but could be requested in anonymised form from the Central Bureau of Statistics. Such a possibility already exists for employers with over 250 employees (Barometer Culturele Diversiteit).[97] This could then be extended to cover other diversity markers and be made available also to smaller employers.
2. A duty to set targets and timelines	Employers should be required to commit themselves to specific goals in positive action plans, the lower bounds of which are set at the level of (implementing) legislation.
3. A duty to identify positive action measures	Employers should be required to identify comprehensively the positive action measures that are available to them and to detail how they will be used to achieve the goals set out.
4. A duty of 'comply or explain'	The final duty is modelled on the reporting obligation in Directive 2022/2381:[98] employers should be required to report on their progress towards the goals in the positive action plans and, where progress is lacking, to give reasons why the objectives have not been met.
5. Safe haven and enforcement	A possible addition to this could be to have these plans evaluated by the NIHR or some other body on a systematic basis.[99] If the NIHR concludes that the plans submitted, including the positive action measures identified therein, comply with the non-discrimination legislation, the law could explicitly provide that such plans enjoy a presumption of legality.[100] This would help reduce uncertainty of employers as regards possible legal risks of implementing the positive action measures.[101]

89. A quota system applied to the supervisory boards of 100 publicly traded companies combined with gender balance targets for the executive and supervisory boards, and concomitant reporting obligations, for some 5500 large companies (including the 100).

90. A system in which employers are obligated to employ certain groups of disabled persons, defined in article 2 of the law, registered by a third party (UWV), and where failing to reach the goals set can lead to the imposition of an 'inclusivity tax'.

91. See for the importance of pursuing inclusivity through non-discrimination legislation: L. Waddington, 'Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: from Quotas to Anti Discrimination laws', 18(1) Comparative Labor Law Journal (1996) 62. See also T. Khaitan, A Theory of Discrimination Law, (OUP, 2016), p. 222-225.

92. See also the points made in *Kamerstukken II* 2003/04, 27 223 nr. 48-B1, (M. Essafi et al., Evaluatie Wet SAMEN: Feiten, ervaringen en visies).

93. See H. Felten and R. Broekroelofs, Wat werkt bij het verminderen van discriminatie, (Kennisplatform inclusief samenleven, 2023) and R. Broekroelofs et al., Onderzoek naar aanpak van arbeidsdiscriminatie in het mkb: 'je moet het gewoon doen', (Kennisplatform inclusief samenleven, 2020).

94. A modification of the suggestions found in C. McCrudden, Gender-based positive action in employment in Europe: A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA, (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019), chapter 11.

95. See C. D'Ignazio and L. Klein, Data Feminism, (MIT Press, 2020), chapter 2 and chapter 4. See also the views of the ETC in the context of the evaluation of the Wet SAMEN: https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/6256203c-2650-47d3-9844-5119c2e970d5.

A second feature could be enforcement of the plans by the NIHR in the form of negotiated agreements. In Northern Ireland, a system is in place which shares the features 1-4 and in which the Equality Commission for Northern Ireland can enter into legally binding agreements with underperforming employers, whereby the latter commit to improve the situation in specific ways. If upon review it is found the situation has not improved, the Equality Commission has various enforcement tools at its disposal, including seeking injunctions at the High Court.[102] This system has been found to be an effective means to address underrepresentation.[103]

Summary:

- The scope of the positive action provisions should be extended beyond women, persons with disabilities and persons from ethnic minorities in order to address systemic and historic disadvantage suffered by other groups such as those defined by age, religion and belief or sexual orientation. It should furthermore be clarified that it is legitimate for positive action measures to have an intersectional approach.
- Actors engaging in positive action in the sphere of access to goods and services should be accorded greater freedom in designing positive action measures by engaging in a more deferential review of the proportionality of such measures.
- In the sphere of employment and occupation, actors should be required to engage in positive action by requiring them to reflect on how best to achieve a specified result (e.g. address underrepresentation), leaving these actors to consider the means and methods to achieve those goals.

4. Effective Adjustment

4.1 The legal framework

The obligation to provide an effective adjustment ('doeltreffende aanpassing') is found in Article 2 WGBH/CZ, which provides:
Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.

The prohibition of making a distinction therefore also includes the duty to make effective adjustments in accordance with the need for this, unless doing so would constitute a disproportionate burden upon the duty-bearer.

While the term 'reasonable ('redelijke') is often used when establishing the duty in other jurisdictions, Dutch legislation instead refers to 'effective' ('doeltreffend') when defining the adjustment duty. This helpfully separates the issue of the effectiveness of the adjustment from the question of undue or disproportionate burden. The Government adopted this approach because it felt that the latter term better reflects the

96. M. Kullmann and L. Oosterveld, 'De AVG-rechtelijke grenzen aan voorkeursbeleid', 15(10) Tijdschrift voor Recht en Arbeid (2023) 17.

97. See https://www.cbs.nl/barometercultureleidiversiteit, last visited 1 June 2025.

98. Directive (EU) 2022/2381 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures, OJ [2022] L 315/44.

99. Extending the already existing possibility an organisation requesting an ad hoc evaluation of its plans: Article 10(2)(b) Wet NIHR.

100. Such a system exists for instance in Belgium: Koninklijk besluit tot bepaling van de voorwaarden inzake positieve acties van 11 februari 2019, Belgisch Staatsblad 2019200431. See article 7 thereof. For an evaluation, see S. Vancleef, 'Vijf jaar KB Positieve Actie. Lessen trekken uit de (buitenlandse) praktijk', 500 Nieuw juridisch weekblad (2024) 382.

101. Echoed by the municipalities in W. Boonstra, 'Gemeenten nog huiverig voor voorkeursbeleid', Binnenlands Bestuur 14 september 2022, available at: https://www.binnenlandsbestuur.nl/carriere/weinig-gemeenten-hanteren-voorkeursbeleid.

102. See Part VII of The Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998, no. 3162 (N.I. 21), as amended.

103. See M. Kitson and A. Fitzpatrick, 'Chapter 6: The Northern Ireland Experience of Positive Action Measures in the areas of Religious and/or Political Discrimination', in Positive action measures. The experience of equality bodies, (Equinet, 2014), available at: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2018/01/positive_action_measures_final_with_cover.pdf. See also: C. McCrudden et al., Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland, 4 The Equal Rights Review (2009) 7.

fact that an adjustment must have the desired effect.[104] This is judged according to the 'suitability' or 'appropriateness' ('geschiktheid') and 'necessity' ('noodzakelijkheid') of a specific adjustment. The requirement of appropriateness means that the adjustment must actually have the effect of removing the limitation experienced by a person with a disability, and contribute to their full and autonomous participation. The requirement of necessity means that the same effect cannot be achieved by means of another (cheaper or simpler) adjustment.[105]

The prohibition of distinction entails a duty to make effective adjustments – unless the burden is disproportionate.

In Opinion 2018-119, the NIHR stated that the phrase 'in accordance to the need' ('naar gelang de behoefte') found in the legislation meant that the need for the adjustment must result directly from the barriers faced by an individual as a result of his or her disability or chronic illness.[106] The NIHR has occasionally emphasized the individual nature of this duty, and stressed that it is not a generic (or anticipatory) obligation. In Opinions 2018-55 and 2018-56, which both concerned a claim that a failure to provide a video with subtitles amounted to a breach of the effective adjustment duty, the NIHR held: Bij de beoordeling van een doeltreffende aanpassing is het van belang dat met de omschrijving 'naar gelang de behoefte' in artikel 2, eerste lid, WGBH/CZ tot uitdrukking wordt gebracht dat de verplichting tot het verrichten van een aanpassing niet generiek is, maar afhankelijk van de situatie moet worden ingevuld.[107]

This was stated even more explicitly in Opinion 2008-30, which concerned a challenge to a college's decision to deregister a student on the grounds that the college had made insufficient efforts to accommodate the student. The ETC found that the college had implemented all the requested adjustments, and that the student was still unable to successfully complete his studies. The Commission stated that: '(...) onderwijsinstellingen niet bij voorbaat rekening hoeven te houden met alle mogelijke beperkingen die het gevolg zijn van handicaps en chronische ziekten bij studenten. De wet gaat uit van een aanpassing in een concrete individuele situatie, waarbij het initiatief ligt bij de (aspirant) student dan wel zijn vertegenwoordigers. Deze moet tijdig aan de onderwijsinstelling duidelijk maken welke aanpassing hij nodig heeft (CGB 31 januari 2005, oordeel 2005-11). Doeltreffende aanpassingen veronderstellen derhalve dat verzoeker hierom heeft gevraagd. Voor zover de klacht van verzoeker inhoudt dat verweerster uit zichzelf het initiatief had moeten nemen hem de juiste begeleiding te bieden, treft deze derhalve geen doel.'[108]

If a specific adjustment would be effective in removing a barrier faced by a person with a disability, the second, and separate, stage of the assessment

104. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 8-9, 25.

105. Ibid, pp. 25-26. See for an application of these principles NIHR 16 augustus 2019, 2019-83, https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2019-83/.

106. NIHR, 15 november 2018, 2018-119, para. 4.11, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2018-119/.

107. NIHR, 29 mei 2018, 2018-55, para. 6.4, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2018-55/.

108. ETC, 20 maart 2008, para 3.16, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2008-30.

to determine whether a duty bearer must provide the adjustment involves a consideration of whether it would amount to a disproportionate burden (meaning it would not be 'reasonable'). This involves a balancing of the interests of the duty bearer and the person with a disability, inter alia, through the application of standard 'open norms' of Dutch civil law (i.e. in the case of employment, the duty to act as a good employer and the notion of 'reasonableness').[109]

The effective adjustment duty applies to all parties who are prohibited from discriminating under the WGBH/CZ, and, following various amendments to the Act, now covers employers and providers of vocational education, housing, primary and secondary education, goods and services. Article 2(2) WGBH/CZ also provides that the provision of an effective adjustment always covers the admission of assistance dogs to premises. However, the duty to provide an effective adjustment does in principle[110] not extend beyond persons with disabilities and chronic illnesses.

In terms of Opinions, the NIHR has consistently held that, once a sufficiently clear request for an adjustment has been made by a claimant, responsibility passes to the duty bearer to investigate the need for, feasibility and appropriateness of an adjustment, and, on occasions, the NIHR has held that this requires consultation with the claimant.[111]

A search of rechtspraak.nl over the period 01-01-2000 to 31-12-2024 revealed 25 judgments which referred to effective adjustment and disability.[112] Of the 4194 Opinions decided by the NIHR in the same time period, 484 referred to 'doeltreffende aanpassing', amounting to approximately 11,5%.[113] 239 of these cases resulted in a finding of discrimination;[114] however, since some cases involved claims involving different kinds of discrimination, this does not necessarily mean that a breach of the adjustment duty was found in every single case. Of the 484 cases, 202 concerned employment (112 resulted in a finding of discrimination) and 275 concerned goods and services (128 resulted in a finding of discrimination) and one was out of scope.[115] Approximately 50% of the Opinions involve a finding of discrimination, which is in line with the average success rate of applicants before the NHRI, as noted above. The cases concerning effective adjustment before the NIHR are summarised in Figure 3.4 below.

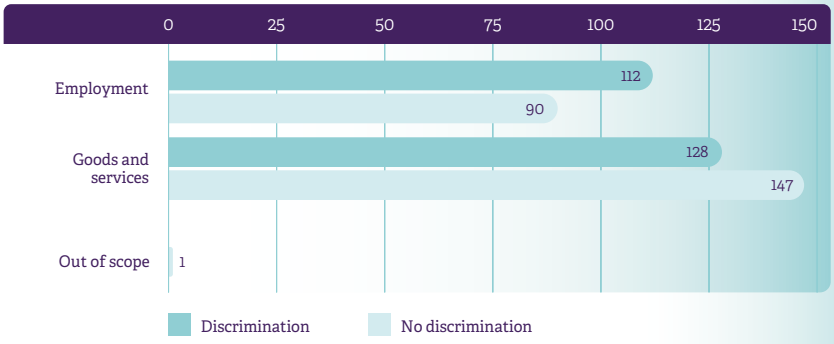


Figure 3.4: Overview of cases concerning effective adjustment 2000-2024. Data retrieved from NIHR.

109. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 27-30; A. Hendriks, Gelijke Toegang tot de Arbeid voor Gehandicapten (PhD Universiteit van Amsterdam, 2000), 185-7.

110. See however ABRvS 31 october 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3557 in which the court found that the prohibition of discrimination required a de facto adjustment concerning the time allowed for a research grant applicant who was pregnant to respond to the reviews of her application for funding.

111. For a discussion of Opinions of the ETC / NHRI which evidence this approach in the context of further and higher education see L. Waddington, 'Dutch disability discrimination law and further and higher education: A case study based on the Opinions of the Netherlands Institute for Human Rights', 23(1) International Journal of Discrimination and the Law (2023), Special Issue: Inclusive Post-Secondary Education and Persons with Disabilities, 29-59.

112. The search terms used were ~'doeltreffende aanpassing' ~ 'doeltreffende aanpassingen', and 'handicap'. Search carried out on 20 June 2025.

113. Search carried out on 20 June 2025.

114. This and the following numbers were obtained by using the filter system in the search engine of the NIHR on 30 juni 2025.

115. It is unclear why these Opinions add up to a total which is slightly less than the 484 Opinions which include a reference to 'doeltreffende aanpassing' in the general search. Moreover, the findings of discrimination on each subtopic (employment, goods and services) add up to 240 rather than 239. This may be due to one of the cases being counted twice (classified as dealing with both employment and goods and services).

Summary:

- Dutch law establishes a duty to provide an effective adjustment for a person with a disability or chronic illness, unless this would amount to a disproportionate burden.
- The effectiveness of an adjustment is judged according to its 'suitability' or 'appropriateness' and 'necessity'.
- If an adjustment would remove successfully a barrier an individual is facing, the duty bearer is required to make the adjustment, unless this would result in a disproportionate burden.
- The law requires an individualised adjustment, whereby the initiative for requesting an adjustment lies with the person with a disability or his / her representatives.
- Once a duty bearer becomes aware that an individual needs an adjustment, responsibility passes to the duty bearer to investigate the need for, and possibility for providing, an adjustment.
- The material scope of the duty is broad.

4.2 Problematic aspects of the effective adjustment duty

This section explores some of the limitations and challenges linked to the effective adjustment duty in Dutch law.

A reactive duty

As established in the previous section, the effective adjustment duty under the WGBH/CZ is a duty owed to an individual. It is a reactive duty or ex post duty.

The duty is only triggered when a duty bearer knows that the claimant has a disability or chronic illness. This is illustrated in Opinion 2012-123, in which the ETC found that a complete incapacity for work, which the employer was aware of, did not necessarily equate to a disability or chronic illness. As a result, the employer could not be regarded as knowing that a claimant had a chronic illness, and was therefore not in breach of the duty to provide an effective adjustment when it failed to take the chronic illness of the claimant into account, when reorganising the workforce.[116] Effective adjustments claims can therefore fail if the duty bearer is not aware that a claimant has a disability or chronic illness, and sometimes this requires a very clear and explicit communication on the part of the claimant..

> **Under Dutch law, the effective adjustment duty is a reactive duty, owed to an individual.**

The ETC has sometimes stressed that it is the responsibility of the claimant to inform the duty bearer about the need for an adjustment in a timely way[117] and, in the absence of the claimant doing this, as well as in the

116. ETC, 18 juli 2012, 2012-123, para. 3.11, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-123.

117. ETC, 27 januari 2010, 2010-11, para. 3.5, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2010-11/.

118. For example, ETC, 12 maart 2007, 2007-37, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2007-37/. For a more extensive discussion of this finding, see L. Waddington, 'Dutch disability discrimination law and further and higher education: A case study based on the Opinions of the Netherlands Institute for Human Rights', 23(1) International Journal of Discrimination and the Law (2023) 29.

119. For example, Rb. Oost-Brabant 14 februari 2008, ECLI:NL:RBOBR:2018:592, para. 4.14.

case where the claimant is insufficiently clear regarding the nature of the adjustment, claims have failed.[118] However, the duty can also be triggered if another party, such as a parent, teacher[119] or medical professional,[120] informs the duty bearer of the need for an adjustment

In some cases a significant burden of notification is placed on individuals which they are unable to meet, meaning that they are not entitled under the WGBH/CZ to benefit from an adjustment. Individuals may, for example, not communicate that they have a disability or a chronic illness, and consequently need an adjustment, because of a fear of negative consequences or repercussions, including being stigmatised and labelled;[121] because they do not wish to ask for what they (wrongly) regard as undeserved favourable treatment; because they wish to succeed without such additional support;[122] because they do not know what specific adjustment is needed; because they know that no suitable adjustment, such as installing a ramp to allow access to a building, could be provided at short notice, and therefore allow them to carry out the activity in question, such as entering a shop, at the moment they need it; or simply because they do not wish to engage in such a dialogue and can easily avoid the barrier, for example by purchasing a good or service from another provider where they do not experience barriers. In all such cases, the reactive effective adjustment duty will not be triggered, leaving the barrier in place. Alternatively, an individual may indicate that they are facing disability-related barriers and require additional support, but are unable to tell the duty bearer what form that support, or adjustment, should take. Again, this may be insufficient to trigger the effective adjustment duty. This is because the reactive approach allows duty bearers to ignore the needs of persons with disabilities up until the point that an adjustment request is made, and not to consider in advance the impact of their policies, even on broad groups of persons with disabilities who have predictable and readily foreseeable needs, such as people who are blind or who use wheelchairs.

A reactive approach allows duty bearers to wait for complaints instead of preventing predictable barriers.

The consequence of strictly adhering to a reactive approach can be illustrated through various Opinions of the ETC/NIHR. For example, in Opinion 2007-37[123] a claim of discrimination resulting from the inaccessibility of an exam location failed because the claimant had only informed the relevant organisation that he used a wheelchair after the exams had taken place. Given that the organisation was not previously aware of the need for an effective adjustment, the ETC found that there was no breach of the duty to provide an effective adjustment. [124]

120. For example, NIHR, 8 oktober 2019, 2019-102 para. 6.4, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2019-102/.

121. In the context of employment, this has been identified as an issue by inter alia J. Olsen, 'Employers: Influencing Disabled People's Employment through responses to Reasonable Adjustment' 39(3) Disability & Society (2024) 791-810. In the context of higher education, this has been identified as an issue by A. Moriña, 'Inclusive education in higher education: challenges and opportunities', 32(1) European Journal of Special Needs Education (2017) 3, at 10. A. Collins, F. Azmat and R. Rentschler, ''Bringing everyone on the same journey': revisiting inclusion in higher education', 44(8) Studies in Higher Education (2019) 1475, at 1483. M. Koca-Atabey, 'Re-visiting the role of disability coordinators: the changing needs of disabled students and current support strategies from a UK university', 32(1) European Journal of Special Needs Education (2017) 137, at 138; L. Kendall, 'Higher education and disability: Exploring student experiences', 3(1) Cogent Education (2016) 1, at 5-6.

122. D. Jansen et al, 'Functioning and participation problems of students with ADHD in higher education: which reasonable adjustments are effective?', 32(1) European Journal of Special Needs Education (2017) 35, at 50.

123. ETC, 12 maart 2007, 2007-37, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2007-37/.

124. For examples of other Opinions adopting this approach see ETC, 12 mars 2007, 2007-37, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2007-37/ (higher education) and NIHR, 25 januari 2024, 2024-6, para. 4.6-4.10, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2024-6/ (employment).

Effective adjustment claims can also fail because the claimant has not explicitly asked for a specific adjustment. In Opinion 2012-88, the ETC found that a student with dyslexia had failed to request specific adjustments with regard to reformulating exam questions in certain subjects and that educational institutions 'cannot be expected to make adjustments independently when these have not been specifically requested'.[125] An expert report had advised reformulating exam questions for biology exams, but had not explicitly referred to any other subjects. The ETC found that the claimant should have explicitly requested the same adjustment for other exams in order to trigger the duty.[126]

The reactive effective adjustment duty therefore allows for the creation and maintenance of barriers before the duty to remove them is triggered. Lawson and Waddington have described this situation as follows: *'(…) an individual must first experience a barrier or disadvantage before requesting an adjustment, and the type of adjustment which can be required of a duty-bearer will be assessed in the light of the circumstances applying at that time. The fact that the duty-bearer could have avoided creating the barrier by choosing a different system, or adapting the design, will not be relevant, thus reducing the potential impact and value of the duty (…).'*[127]

The reactive duty to make effective adjustments allows barriers to persist.

A further issue with the reactive duty is that it can result in a focus on the needs of a specific individual, whose particular needs must be accommodated, rather than considering and addressing the systemic nature of barriers which can affect broad groups of persons with disabilities and, indeed, other persons. In general, a reactive duty is 'inadequate for addressing systemic issues and barriers to participation, and is unlikely to lead to transformative change'.[128]

A duty only owed to a person with a disability or chronic illness

While the adjustment duty is only owed to a person with a disability or chronic illness under the WGBH/CZ, it is clear that other individuals, such as followers of certain religions, people who carry out caring tasks, (single) parents and persons who are pregnant, could also benefit from the provision of effective adjustments. The present Dutch law allows for such claims to be addressed through the prism of indirect discrimination in some cases.[129] However, the definition of indirect discrimination does not clearly establish that the law requires adjustments to be made in some cases, thereby arguably creating a lack of legal certainty by failing to indicate clearly the situations in which an adjustment is required in order to avoid indirectly discriminating against an individual.

125. ETC, 10 mei 2012, 2012-88, para. 3.14, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-88/.

126. ETC, 10 mei 2012, 2012-88, paras. 3.14 and 3.16, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2012-88/. However, in NIHR, 21 januari 2016, 2016-6, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2016-6/, the NIHR seemed to take a different position by finding that a school should have known about heart problems and related adjustment needs of the pupil in question, despite him starting a new schoolyear and interacting with a new group of staff, see para 3.11 onwards.

127. A. Lawson and L. Waddington, 'Disability in Times of Emergency: Exponential Inequality and the Role of Reasonable Adjustment Duties', in S. Atrey and S. Fredman, Exponential Inequalities, Equality Law in Times of Crisis, (Oxford University Press, 2023), p. 264.

128. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming).

129. See for example ETC, 12 juli 2006, 2006-147 available at https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2006-147, where the rejection of a job applicant on the grounds that he was not willing to work on a Sunday was found to be indirect religious discrimination.

Summary:

- The effective adjustment duty is a reactive duty, meaning it is only triggered when the duty bearer becomes aware of the need for an adjustment.
- There are many reasons why an individual may not indicate that they require an adjustment, meaning the duty is not triggered.
- The current law allows for the creation and maintenance of barriers without the need to consider how they may impact on persons with disabilities or chronic illnesses.
- The effective adjustment duty is only owed to a person with a disability or chronic illness.

4.3 Gaps and Solutions

This section explores measures which could be taken to address the problematic aspects of the effective adjustment duty discussed above, namely the reactive nature of the duty and the fact that it is only owed to a person with a disability or chronic illness. This section draws inspiration from other jurisdictions. The recommendations focus on expanding the right to claim an effective adjustment in various ways, rather than on addressing the operation of the NIHR in this context.

The measures and recommendations discussed in this section go beyond what is required under Public International Law, such as the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). For this reason, this chapter does not consider how compliance with international treaties could promote or require the adoption of a more extensive effective adjustment duty.

Moving from a reactive to an anticipatory effective adjustment duty

While the reactive reasonable or effective adjustment duty as found in the WGBH/CZ is the standard approach adopted in other domestic jurisdictions, and is envisaged in the Articles 2 and 5 of the CRPD,[130] an anticipatory or ex-ante reasonable or effective adjustment duty has been established in some jurisdictions.[131] An anticipatory approach to the effective adjustment duty reflects a universalist approach to equality which 'is about expecting difference'.[132]

The Equality Act 2010, which applies in England, Scotland and Wales, adopts an anticipatory approach to reasonable adjustment in the context of services and discharge of public functions.[133] This requires duty bearers to consider and address the needs of persons with disabilities, to the extent that they are reasonably foreseeable, in advance of an individual request being made.

The statutory code of practice linked to the Act provides clarification as to the nature of the anticipatory duty. It stresses that the duty 'applies regardless of whether the service provider knows that a particular person is disabled or whether it currently has disabled customers, members et cetera'.[134] It 'requires consideration of, and action in relation to, barriers that impede people with one or more kinds of disability prior to an individual disabled person seeking to use the service [or] avail themselves of a

130. A. Lawson and L. Waddington, 'Disability in Times of Emergency: Exponential Inequality and the Role of Reasonable Adjustment Duties', in S. Atrey and S. Fredman, Exponential Inequalities, Equality Law in Times of Crisis, (Oxford University Press, 2023), p. 263; A. Lawson and M. Orchard, The Anticipatory Reasonable Adjustment Duty: Removing the Blockages?, 80(2) Cambridge Law Journal (2021) 308, p. 316.

131. In addition to the Equality Act, there are similar duties in other legislative instruments. See, for example the duty to make reasonable modifications set out in the Americans with Disabilities Act 1990 - 42 USC s 12131(2) (for public bodies) and 42 USC s 12182(b)(2)(A)(ii (for private bodies providing services to the public). The Commission proposal for a Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation COM 2008/426 final also included a provision (Article 4(1)) which would have required duty bearers to take 'measures … provided by anticipation to enable persons with disabilities to have effective non-discriminatory access to … services which are available to the public…' as long as these measures did not result in a disproportionate burden. This provision has been deleted from the current draft.

132. R. Kayess and P. French. 'Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities', 8(1) Human Rights Law Review (2008) 1, p. 11.

133. Sections 20-22 and Schedule 2 and 3 Equality Act.

134. Equality and Human Rights Commission, Equality Act 2010 Code of Practice: Services, Public Functions and Associations. Statutory Code of Practice, 1 January 2011 at 7.22.

function …',[135] and service providers 'should anticipate the requirements of disabled people and the adjustments that may have to be made for them'.[136] While providers are not expected to anticipate the need of every potential user with a disability, 'they are required to think about and take reasonable steps to overcome […] barriers that may impede people with different kinds of disability',[137] meaning that they should think about the needs of people with different kinds of impairments. The Code also makes clear that the duty is 'continuing' and 'evolving', and is 'not something that needs simply to be considered once only, and then forgotten'.[138] Duty bearers are therefore required to anticipate the needs of groups of persons with disabilities who could potentially be expected to want to use their services and provide reasonable adjustments, such as rendering buildings accessible to wheelchair users and providing basic information in Braille and easy to read text, as part of delivering their services or public functions and in advance of receiving a specific request for such changes.

135. Ibid., at 7.20.

136. Ibid., at 7.21.

137. Ibid., at 7.24.

138. Ibid., at 7.27.

139. Equality Act 2010, s 21(2).

140. A. Lawson and M. Orchard, The Anticipatory Reasonable Adjustment Duty: Removing the Blockages?, 80(2) Cambridge Law Journal (2021) 308, p. 315.

141. See, for example, Abrahart v University of Bristol [2022] 5 WLUK 260, [2022] PIQR 17 (CC).

142. While the first area did involve a successful legal challenge to the way in which information was provided (R (on the application of Rowley) v Minister for the Cabinet Office, [2021] EWHC 2108 (Admin).), changes were made in the other two areas before a challenge reached court. A. Lawson and L. Waddington, 'Disability in Times of Emergency: Exponential Inequality and the Role of Reasonable Adjustment Duties', in S. Atrey and S. Fredman, Exponential Inequalities, Equality Law in Times of Crisis, (Oxford University Press, 2023), p. 266-267.

143. A. Lawson and M. Orchard, The Anticipatory Reasonable Adjustment Duty: Removing the Blockages?, 80(2) Cambridge Law Journal (2021) 308, p. 308.

Duty bearers must anticipate and meet the reasonably foreseeable needs of persons with disabilities.

While the duty is anticipatory, liability is only triggered when a person with a disability experiences an actual detriment resulting from a breach.[139] Lawson and Orchard have argued that the duty 'does much of the same work as indirect discrimination'. However, they also distinguish the anticipatory duty under the Equality Act by noting that it 'is more overtly proactive and solution-oriented and is free of the statistical complexity which has historically bedevilled indirect discrimination law'.[140] In addition, in cases where a service provider could not have been expected to foresee the particular needs of a specific person with a disability, the reactive duty to provide a reasonable adjustment still applies once the duty bearer becomes aware that an individual with a disability requires an adjustment.[141] The reactive duty therefore exists alongside the anticipatory duty.

The anticipatory reasonable adjustment duty has generated a limited amount of case law, and the judgments which have addressed this obligation have often resulted from cases supported by the Equality and Human Rights Commission. However, the potential of the anticipatory reasonable adjustment duty in practice was evidenced during the pandemic, when it was used successfully to 'challenge' inaccessibility and barriers experienced by persons with disabilities in three different areas: COVID-related government information; COVID-related guidance on access to healthcare and hospital visits; and access to the services of supermarkets for purposes of buying food and other basic necessities.[142] Nevertheless, the duty, as currently formulated in the Equality Act, has been subject to criticism because it 'has struggled to fulfil its practical potential'.[143] Lawson and Orchard identify several factors which hamper the

effectiveness of the duty, including a lack of visibility in the legislation and uncertainty regarding the duty. In addition, they highlight the importance of allowing for injunctive relief in anticipatory effective adjustment cases, whereby courts have the power to order the duty bearer to take appropriate action to remove the barrier.[144]

A key recommendation of this pre-advisory paper is to amend the WGBH/CZ to establish an anticipatory duty to make an effective adjustment. Given the significant impact such an extension could have, implementing this recommendation should be regarded as a priority in the context of effective adjustment.

This new duty should extend to all areas currently covered by the WGBH/CZ with respect to access to goods and services. However, the duty should also cover employment to some degree, resulting in a proactive duty to ensure that the workplace and related (digital) infrastructure are accessible and that relevant policies concerning staff with disabilities, including policies setting out processes relating to the reactive adjustment duty, are in place.[145]

In addition, in order to ensure full effectiveness of the duty, it should be possible to bring a complaint where there are plans to take action which would create such a barrier, for example resulting from the design of a building which will be open to the public. In this sense, there should be a pre-emptive enforcement mechanism which allows for actions which would result in the creation of barriers to be challenged.[146]

Summary:

- The Equality Act 2010 in the UK establishes an anticipatory reasonable adjustment duty in the context of services and discharge of public functions.
- The duty requires duty bearers to identify and anticipate ways in which disabled persons generally, or broad groups of disabled persons, may be disadvantaged, and take reasonable steps to prevent or mitigate the disadvantage.
- The provision has resulted in a small number of important cases but, generally, there is a limited amount of case law.
- The effectiveness of the duty has been hampered by a lack of visibility in the legislation and uncertainty regarding the duty.

Recommendations:

- The WGBH/CZ should be amended to establish clearly an anticipatory duty to make an effective adjustment.
- This duty should be applicable to the full scope of the WGBH/CZ.
- This anticipatory duty should exist alongside the existing reactive effective adjustment duty.
- A pre-emptive enforcement mechanism should exist, allowing complaints to prevent action which would result in the establishment of barriers.

144. Ibid., 331-332.

145. For a similar argument regarding the extension of the anticipatory duty to employment see A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026).

146. I am grateful to Professor Anna Lawson of Leeds University for making this point.

Linking the effective adjustment duty to regulations on accessibility

In some European jurisdictions a link is made between disability discrimination, including the reasonable accommodation duty, and compliance with regulations or standards addressing universal design or accessibility.

The Norwegian Equality and Anti-Discrimination Act establishes a duty to provide universal design,[147] as long as this does not result in a disproportionate burden. 'Universal design' is defined in the statute as meaning 'designing or accommodating the main solution with respect to the physical conditions, such that the general functions of the undertaking can be used by as many people as possible, regardless of disability'. The legislation places a significant weight on compliance with universal design laws or regulations, and the relevant duty is deemed to be met if such provisions have been complied with. The legislation covers buildings open to the general public. The Norwegian government is currently investigating how to expand the duty to cover universal design of ICT at the workplace.

The issue of universal design has generated a considerable number of complaints to the quasi-judicial Discrimination Tribunal; a Government Action Plan for Universal Design has been adopted;[148] and substantial research has been carried out relating to universal design in different fields of life.[149] A search of the Tribunal's homepage reveals that decisions on a large number of cases concerning universal design are pending.[150] However, one potential problem with the complaints procedure before the Tribunal is that the complainant is required to produce substantial evidence to support their argument that the universal design obligation has been breached. Less contested means of resolving complaints, including through professional mediation, might result in quicker resolutions which provide for mutually agreed solutions.[151]

In Austria, disability discrimination legislation explicitly provides that a failure to comply with (accessibility) legislation or standards is relevant for a discrimination claim. Both the Act on the Employment of Persons with Disabilities[152] and the Federal Disability Equality Act,[153] which covers areas beyond employment, establish obligations to make a reasonable adjustment, and define a breach of that obligation as a form of indirect discrimination. Both Acts also state: When assessing whether certain circumstances constitute indirect discrimination it has to be taken into account whether relevant legislation exists in regard to accessibility and to what extent it has been complied with.

This means that when assessing whether the provision of accessibility would amount to a disproportionate burden, the duty bearer's (lack of) compliance with legislation setting accessibility standards is taken into account. It would seem to be impossible for a duty bearer to argue that a specific adjustment would amount to a disproportionate burden, and therefore not be required, if the relevant action is mandated under accessibility legislation. Given that the legislations' reference to 'relevant legislation' regarding accessibility is generic, it can cover a range of instruments.

147. Act of 1 January 2008 Equality and Anti-Discrimination Act, sections 17-19a.

148. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/barekraft-og-like-muligheter-et-universelt-utformet-norge/id2867676/.

149. https://www.bufdir.no/rapporter/?pagesize=20&query=universell%20utforming.

150. https://www.diskriminneringsnemnda.no/klagesaker-og-statistikk.

151. The authors are grateful to Lene Løvdal for providing this information.

152. § 6 and § 7.

153. § 7.

In parts of Europe, disability discrimination law ties reasonable accommodation to universal design and accessibility standards.

In the Dutch context, Article 2a of the WGBH/CZ establishes an obligation on duty holders to achieve general accessibility gradually unless this amounts to a disproportionate burden, but, aside from public transport, this is not linked to specific accessibility standards or regulations, and Hoogenboom has criticised the NIHR for not addressing the accessibility obligations in some of its Opinions.[154]

It is recommended that links are made between a (newly established anticipatory) adjustment duty in the WGBH/CZ and accessibility legislation and standards, such as legislation which transposes EU instruments concerning accessibility, including notably the Public Sector Web Accessibility Directive[155] and the European Accessibility Act.[156] This would mean that a breach of the requirements of these instruments would be linked to a breach to provide (anticipatory) adjustments. This approach would not be unprecedented, and the effective adjustment duty in the WGBH/CZ is already linked to the Decree on public transport accessibility which specifies the adjustments that must be made in the field of public transport.[157] These adjustments are classified in the WGBH/CZ as a form of effective adjustment, although they are not individualised or reactive measures.[158] They include adjustments to vehicles and stations/stops as well as to the provision of travel information.[159]

In addition, it is recommended that a disproportionate burden should never be established where a barrier results from a failure to comply with accessibility standards or regulations.

Any new duty in Dutch law should not consist purely of establishing that various regulations or standards concerning accessibility have been complied with. The duty should be more extensive and, as under the British legislation, still allow for reactive effective adjustment claims where an individual experiences a barrier, even if relevant provisions on standards have been complied with.

Summary:

- Legislation and practice from other European jurisdictions makes a link between disability discrimination and compliance with regulations or standards addressing accessibility or universal design.

Recommendations:

- Link the WGBH/CZ explicitly with accessibility legislation or standards beyond public transport and provide that non-compliance constitutes a form of discrimination.

154. A. Hoogenboom, De gelijke-behandelingsrechten van kinderen met een beperking in het onderwijs: een analyse van recente oordelen van het College Rechten van de Mens, NTOR 2020/3 discussing College voor de Rechten van de Mens, 7 mei 2018, 2018-44, available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2018-44/.

155. Directive (EU) 2016/2101 on the accessibility of the websites and mobile applications of public sector bodies OJ L 327/1 2016. This Directive is implemented in the Netherlands as the Besluit digitale toegankelijkheid overheid, Stb. 2018, 141.

156. Directive (EU) No 2019/881 OJ L 151/70 2019. Transposed into Dutch law by Wijziging van diverse wetten ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/882 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 betreffende de toegankelijkheidsvoorschriften voor producten en diensten (Implementatiewet toegankelijkheidsvoorschriften producten en diensten), Stb. 2024, 87.

157. Besluit toegankelijkheid van het Openbaar Vervoer, Stb. 2011, 225. See also Besluit algemene toegankelijkheid voor personen met een handicap of chronische ziekte of 2017, Stb. 2017, 256.

158. Article 8 in conjunction with Article 2 WGBH/CZ. See also NIHR, 7 juli 2025, 2025-63, para 4.5 available at: https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2025-63/.

159. Information on the Decree on public transport accessibility is based on K. de Vries, Country report for the Netherlands on the non-discrimination directives covering 1 January 2023-1 January 2024, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination.

- Clarify that a measure which is required under accessibility legislation or standards can never be regarded as a disproportionate burden under the WGBH/CZ.

Extending the personal scope of the effective adjustment duty

In terms of extending the personal scope of the duty, it is worth noting that the reasonable accommodation duty was originally applied in the context of religion in the United States,[160] and only later extended to cover persons with disabilities.[161] Similarly, the Canadian Supreme Court has held that employers are under a duty to accommodate the religious beliefs of employees up to the point of undue hardship.[162] Adjustment duties have also been extended to protect persons with caring responsibility in other jurisdictions, and both the French Labour Code[163] and the Equal Opportunity Act 2010 (Vic)[164] in the Australian state of Victoria create duties for employers to make reasonable adjustments for persons with caring responsibilities.[165]

The concept has also been applied even more broadly in Canadian jurisprudence in the 1999 judgment of *Meiorin*.[166] It is not possible to explore all elements of the '*Meiorin* test' here, but it is important to note that the Supreme Court held that, in order to avoid a finding of discrimination, an employer has to show that any impugned standard is reasonably necessary, meaning it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

Two Australian jurisdictions, the Northern Territory (NT) and the Australian Capital Territory (ACT), have extended the reasonable adjustment duty to cover all grounds covered by non-discrimination legislation.[167] Under s 24 of the Anti-Discrimination Act 1992 (NT), the duty to accommodate applies to all 24 protected grounds[168] under the statute and amounts to an obligation to 'reasonably accommodate a special need that another person has because of an attribute'.[169] Blackham criticises this framing of the duty because it frames an individual's 'needs and the adjustment as exceptional'.[170]

Moreover, following the Anti-Discrimination Amendment Act 2022 (NT), the duty to eliminate discrimination has been amended to become a positive obligation.[171] The duty therefore requires duty bearers to 'take reasonable and proportionate measures to eliminate … discrimination', meaning that they are required to be proactive in identifying and addressing potential risks of discrimination, including with regard to reasonable adjustment duty. The NT Anti-Discrimination Commissioner is empowered to investigate compliance with the positive duty.[172]

In ACT, following changes introduced by the Discrimination Amendment Act 2023 (ACT), the duty to make 'reasonable adjustments' now also encompasses all 24 protected grounds or attributes and involves an obligation 'to accommodate another person's particular needs arising from a protected attribute'.[173] Blackham summarises the duty in the following way: 'it creates a positive duty, as a stand-alone right, which relates to all

160. Civil Rights Act 1964, Definitions, Section 701.

161. Rehabilitation Act, 1973.

162. Central Okanagan School District No 23 v Renaud, [1992] 2 SCR 970.

163. Article L3122-26 LC provides for a right to request an adjustment of working hours by family members and carers of persons with disabilities.

164. Equal Opportunity Act 2010 (Vic), s 17 re caring responsibilities.

165. B. Swannie, 'Reasonable Accommodation of Employees' Parenting and Carer Responsibilities: A Human Rights Perspective', 48(2) Monash University Law Review (2022) 208-237 and A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law Review (2026) (forthcoming).

166. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v British Columbia Government Service Employees' Union [1999] (Meiorin) 3 SCR 3,1999 ECC 48. For commentary see T. Witelson, 'From Here to Equality: Meiorin, TD Bank, and the Problems with Human Rights Law', 25 Queen's Law Journal (1999) 347, p. 348-385.

167. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming).

168. S 19 contains the full list of protected grounds of discrimination.

169. S 24(1).

170. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming).

protected characteristics, and creates a presumption that an adjustment is reasonable unless it creates unjustifiable hardship'.[174]

Blackham, referring to the work of Gaze and Smith, argues that extending the reasonable adjustment duty to all grounds covered in non-discrimination legislation could 'be transformative … so long as the individual requesting the adjustments is not seen as 'merely different and deficient', but instead entitled to equality'.[175] She notes that this 'might help to shift norms in the workplace, and to de-stigmatise requests for reasonable accommodations'.[176] Such an expansion of the duty would therefore potentially not only benefit members of groups who are currently excluded from claiming an adjustment, but also benefit persons with a disability or chronic illness, who already have this right, in that it could help to 'normalise' the requesting of an adjustment and no longer render the provision of an adjustment 'special' treatment confined to persons with disabilities.

Extending the reasonable adjustment duty to all grounds could be transformative – if claimants are seen not as deficient, but as entitled to equality.

Blackham also argues that the extension of the protected grounds must go hand in hand with the establishment of a 'proactive' – or anticipatory – reasonable adjustment duty. She argues:

Extending the duty to make reasonable adjustments to all grounds is (…) only desirable if the duty advances substantive equality, and embeds a positive and proactive approach to advancing equality. These two reforms – to extend the relevant grounds, and to reframe the duty as a positive means of advancing substantive equality – should go hand in hand.[177]

This overview reveals there is clearly precedent for extending the duty to cover more, or indeed, all groups / grounds which are protected under non-discrimination law and also indicates different ways of achieving this, and it is recommended that the duty under Dutch equality law is similarly extended. A modest extension of the effective adjustment duty would involve covering persons with caring responsibilities (in the context of employment) and religious believers, but more radical approaches, including extending the duty to all groups or grounds covered by Dutch anti-discrimination law, are also possible. Even in the case of a broad extension of personal scope, the effective adjustment duty could still usefully be complimented by specific measures, for example regarding working time, which give enumerated rights to specific groups, such as single parents or carers in specific situations.

171. S 18B. Inserted by s 9 of the Anti-Discrimination Amendment Act 2022 (NT). Dominique Allen, A New Approach to Australia's Sex Discrimination and Labour Laws is Designed to Improve Equality for Women at Work, Industrial Law Journal, Vol. 52, No. 4, December 2023, 956 at 965.

172. S 18C(1).

173. Discrimination Act 1991 (ACT) s 74(1). Inserted by s 30 of the Discrimination Amendment Act 2023 (ACT)).

174. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming).

175. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming), referring to Beth Gaze and Belinda Smith, Equality and Discrimination Law in Australia: An Introduction (Cambridge University Press, 2017) at 168.

176. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming).

177. A. Blackham, 'Extending Reasonable Adjustments: A Renewed Tool for Creating Inclusive Workplaces?', 49(2) Melbourne University Law review (2026) (forthcoming).

Summary:

- Other jurisdictions extend the right to a reasonable accommodation to specific groups, e.g. followers of religions, persons with caring responsibilities, or all groups / grounds protected under equality law.

Recommendation:

- Amend Dutch equality law to extend the personal scope of the effective adjustment duty.

5. Recommendations

This section summarises the key recommendations made in this pre-advisory paper.

5.1 Recommendations which can be implemented within the current Legal Framework

Positive Action

Interpret the existing provisions on positive action, and in particular the proportionality requirement, more leniently so that actors have more freedom to engage in positive action in the area of access to goods and services.

Effective Adjustment

Maintain the reactive effective adjustment duty alongside the newly established anticipatory duty (see below) for those cases in which the required adjustments could not have been foreseen and put in place in advance, or where the anticipatory duty was not complied with.

Courts and the NIHR find a failure to comply with the effective adjustment obligation duty in cases in which a barrier results from a failure by the duty bearer to comply with accessibility legislation or standards. This would be done as a matter of interpretation.

5.2 Recommendations which require small change to the current legal framework

Positive Action

Priority recommendation: Amend the positive action provisions with a view to allow positive action directed at all genders rather than only women.

Amend the positive action provisions to enable positive action directed at groups defined by age, religion and belief or sexual orientation. The legislator should moreover clarify that intersectional approaches in addressing systemic disadvantages of these groups are legitimate.

Effective Adjustment

Amend the WGBH/CZ to establish that non-compliance with accessibility legislation or standards beyond public transport constitutes a form of discrimination.

Amend the WGBH/CZ to confirm that a failure to comply with the existing effective adjustment obligation and the anticipatory effective adjustment duty (see below) exists in cases in which the barrier results from a failure to comply with accessibility legislation or standards.

5.3 Recommendations which require systematic change / legal reform

Positive Action

Introduce a duty to engage in positive action in the area of employment and occupation for employers of a certain size.

Effective Adjustment

Priority Recommendation: Establish an anticipatory effective adjustment duty which requires duty bearers to anticipate commonly required adjustments and make these in advance of receiving a specific request for the adjustment from an individual. This should apply to the full scope of the WGBH/CZ.

In order to ensure that extended duty is effective:

- The duty must be clearly formulated in the legislation.
- Steps must be taken to raise awareness of the new duty.
- Practical guidance must be issued on how to comply with the new duty.
- The (proposed anticipatory) effective adjustment duty should be expanded to cover more, or all, groups protected under Dutch non-discrimination law.

Alexander Hoogenboom is a judge at the Central Appeals Tribunal (Centrale Raad van Beroep). Alexander is a member of the international chamber (Internationale Kamer) as well as in the social assistance (Bijstand) department of the Central Appeals Tribunal. Before being appointed as a judge, Alexander worked as legal counsel at the Netherlands Institute for Human Rights, as legal counsel at the Dutch Healthcare Authority and as a researcher and lecturer at the Faculty of Law of Maastricht University.

Lisa Waddington is European Disability Forum Professor of European Disability Law at Maastricht University and Guest Professor at Hasselt University. Lisa's principal area of research lies in European and comparative disability law, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and European and comparative equality law in general. She has published widely in academic journals, and has written major thematic reports for the European Commission, European Parliament and the Council of Europe, among others.

De Algemene wet gelijke behandeling en overheids-handelen

Emer. prof. mr. C.A. (Kees) Groenendijk
& A. (Arriën) Kruyt

Samenvatting

De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is meestal niet van toepassing op eenzijdig handelen van de overheid. Dat kwam aan het licht als gevolg van het Kinderopvangtoeslagenschandaal. Deze bijdrage belicht de oorzaken van die lacune, en waarom het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet (Gw) alleen onvoldoende is voor het effectief tegengaan van discriminatie door de overheid. Ook wordt beschreven welke acties sinds 2022 ondernomen zijn door de auteurs, door instanties die bij de bestrijding van rassendiscriminatie betrokken zijn, en door politici met het oog op een wijziging van de AWGB, zodat die wet als regel ook op eenzijdig overheidshandelen van toepassing wordt. De argumenten voor en tegen de door de auteurs voorgestelde wetswijziging worden besproken. Daarbij is aandacht voor het onbegrip en de frustratie bij burgers, die discriminatie door de overheid ervaren en tevergeefs een beroep doen op het College voor de Rechten van de Mens (het College), dat wegens onbevoegdheid hun klachten zonder onderzoek moet afdoen.

1. Wat is het probleem?

In het hoofdredactioneel commentaar *van* Trouw op 12 juni 2025 wordt de gemeente Amsterdam geprezen voor het stopzetten van een computersysteem om bijstandsfraude op te sporen: "*Uit de rij worden geplukt louter vanwege je huidskleur, je postcode, of omdat je alleenstaande moeder bent: keer op keer bleek het 'zelflerende' vermogen van algoritmes daarop uit te draaien, met vervelende en soms ronduit verwoestende gevolgen voor de getroffenen. Want ook het Amsterdamse algoritme bleek vooringenomen, afhankelijk van aan welke knoppen de programmeurs draaiden. De ene keer waren het mensen met een niet-Nederlandse nationaliteit, waarbij het systeem onevenredig vaak alarm sloeg (…)*"

Het is goed nieuws dat de grootste gemeente van Nederland inziet, dat algoritmes discriminatie in de hand kunnen werken. Daar is heel veel slecht nieuws aan voorafgegaan. De Belastingdienst heeft onwettig onderscheid gemaakt op grond van niet-Nederlandse nationaliteit, dubbele nationaliteit en ras.[1] In 2023 kwam aan het licht dat de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) bij de controle op studiefinanciering jarenlang een risicoprofiel gebruikte, waardoor studenten met een niet-Europese migratieachtergrond veel vaker voor nader onderzoek werden geselecteerd.[2] De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) gebruikte van 2014 tot 2022 bij de opsporing van fraude met de Kennismigrantenregeling een risicomodel, waarin nationaliteit en geboorteland van bestuurders van bedrijven werden geregistreerd die als Erkend Referent voor die regeling in aanmerking wilden komen. Er kon gekozen worden uit 'Nederlands', 'Westers' en 'niet-Westers'. Juristen van de IND adviseerden al in 2017 dat hierdoor 'etnische profilering' kon plaatsvinden.[3]

1. De Autoriteit Persoonsgegevens stelde vast dat de Belastingdienst jarenlang ten onrechte de dubbele nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag heeft geregistreerd en verwerkt en daarvoor een boete opgelegd, AP 25 november 2021. Het College voor de Rechten van de Mens constateerde indirecte discriminatie op grond van ras bij een kind met de dubbele nationaliteit, zie: CRM 12 juni 2024, oordeel 2024-51. Zie ook: CRM oordelen 2023-101 en 2025-62, en het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Fraudebeleid, *Kamerstukken II* 2023/24, 35 867, nr. 6, p. 38, 217, 238 en 241.
2. Amnesty International, *Roekeloze risicoprofilering*, 2024, p. 16 en A. Terlouw, Etnisch profileren door DUO leidt tot onrechtmatig bewijs, *A&MR* 2025, p. 195-198.
3. NRC 5 mei 2022 en Amnesty International, *Etnisch profileren is overheidsbreed probleem*, Amsterdam 2024, p. 31, Amnesty NL 2024 Etnisch profileren is overheidsbreed probleem.

Voor de betrokken slachtoffers was het een vernederende ervaring. Uitgerekend de overheid, die tot taak heeft om iedere burger gelijk te behandelen en om mensen tegen discriminatie te beschermen, bleek zich jarenlang schuldig te hebben gemaakt aan ongelijke behandeling. Diezelfde overheid liet de slachtoffers jarenlang volledig in de kou staan. Advocaten noch rechtbanken konden aanvankelijk soelaas bieden. Het inzicht dat hier sprake was van onrechtmatige discriminatie, kwam schoorvoetend.

Het idee dat Nederland een sluitend systeem kent tegen discriminatie door de overheid, blijkt niet te kloppen.

Toen door de vasthoudendheid van enkele gemotiveerde hulpverleners, journalisten en Kamerleden de omvang van deze schandalen duidelijk werd, brak ook in juridische kring het besef door: er is iets grondig fout gegaan. Het beeld dat Nederland een effectief systeem van rechtsbescherming tegen discriminatie door de overheid kent, bleek niet te kloppen.

In 2022 zijn wij te rade gegaan wat wij hieraan zouden kunnen doen. We hebben allebei langdurige ervaring met gelijkebehandelingswetgeving. Beiden waren we betrokken bij de totstandkoming van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in de jaren negentig van de vorige eeuw.

Onze conclusie was dat de huidige tekst van de AWGB tekortschiet. Er ontbreekt een bepaling in de AWGB, die de overheid verbiedt bij eenzijdig overheidshandelen onderscheid te maken op grond van nationaliteit, ras of de andere in artikel 1 van die wet genoemde gronden. Daarom formuleerden wij een voorstel om in een nieuw artikel 1b AWGB vast te leggen, dat *"Deze wet ook van toepassing is op eenzijdige handelingen van bestuursorganen en van personen werkzaam binnen die organen"* en in welke gevallen deze regel bij uitzondering niet geldt. Over dit voorstel en een beknopte toelichting schreven we in mei 2022 een notitie,[4] die we met een reeks van betrokken organisaties en personen hebben besproken.

Wij zijn van mening dat een duidelijke normstelling de kans op herhaling van ontsporingen, zoals bij de Kinderopvangtoeslagen en de DUO-controles, als ook andere vergelijkbare affaires, had kunnen voorkomen. In 2019 schreef de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer, dat hij de Belastingdienst opdracht had gegeven om nationaliteit, zonder expliciete wettelijke grondslag, niet langer te gebruiken bij de handhaving van belastingwetten en toeslagen.[5] Die norm is echter nog steeds niet in een wet vastgelegd, ook niet voor andere overheidsinstanties. In artikel 1 Gw wordt nationaliteit niet expliciet als verboden grond genoemd, in de AWGB wel. Duidelijke vastlegging van die norm in de wet was het eerste doel van ons voorstel. Door een duidelijke bepaling in de AWGB wordt tevens de bevoegdheid van het College om discriminatieklachten tegen

4. Kees Groenendijk & *Arriën Kruyt, Algemene wet gelijke behandeling ook van toepassing op handelen van de overheid,* te raadplegen via: AWGB.Groenendijk.Kruyt.2022.pdf.

5. *Kamerstukken II* 2019/20, 31 066, nr. 538, p. 16-17.

de overheid te onderzoeken uitgebreid. Dat is van groot belang voor slachtoffers van discriminerend overheidshandelen. Die moeten terecht kunnen bij een laagdrempelige instantie met deskundigheid inzake discriminatie.

Er ontbreekt een bepaling in de AWGB, die discriminatie door eenzijdig overheidshandelen verbiedt.

Ons voorstel staat nog niet in de wet, maar er zijn sinds 2022 vele stappen in de goede richting gezet. In dit artikel beschrijven wij ons voorstel, voor- en tegenargumenten, de gesprekken die wij gevoerd hebben met betrokken instanties en personen, en waar die gesprekken toe hebben geleid. Maar eerst gaan we na hoe deze lacune in de rechtsbescherming van de AWGB is ontstaan, en lichten we de aanleiding voor onze actie toe.

2. Hoe is de lacune ontstaan?

In het wetsontwerp voor de AWGB dat in 1991 bij de Tweede Kamer werd ingediend, ontbrak onderscheid op grond van nationaliteit. De destijds betrokken ministers waren van mening dat het verbod van onderscheid op grond van ras zo ruim kon worden uitgelegd, dat een aparte bepaling over nationaliteit niet nodig was. Pas vlak voor de mondelinge behandeling van het wetsontwerp werd bij de zesde Nota van Wijzigingen nationaliteit alsnog toegevoegd aan de lijst van verboden gronden van onderscheid in art. 1 AWGB.[6] Maar die uitbreiding was, evenals de hele AWGB, niet van toepassing op eenzijdig overheidshandelen. Die wet zou alleen voor de overheid gelden in gevallen waar de overheid, net zoals burgers of particuliere organisaties, optreedt als werkgever, verhuurder, dienstverlener of onderwijsgever.

Tussen het Kamerlid Groenman van D66 en Minister Dales van Binnenlandse Zaken ontspon zich bij de plenaire behandeling van het wetsontwerp in 1993 een discussie of de AWGB ook niet zou moeten gelden voor eenzijdig overheidshandelen. Minister Dales was van mening dat dit onnodig was, omdat de overheid gebonden is aan artikel 1 Gw en zich daarom niet aan discriminatie schuldig zou maken: *"Bij dit alles wil ik uitdrukkelijk stellen dat ik de onderliggende gedachte, het verbieden van discriminatie door de overheid in al haar handelen en hoedanigheden, onderschrijf. Geen haar op mijn hoofd die eraan denkt om voor de overheid een uitzondering te willen. Ik meen echter dat dit in artikel 1 van de Grondwet al klip en klaar en zonder enige uitzondering wordt bepaald."* Het Kamerlid Groenman legde het hoofd in de schoot, mede omdat de overige woordvoerders in het debat met andere onderwerpen bezig waren, en zij onvoldoende steun voor haar voorstel voorzag.[7] Ien Dales was bij haar standpuntbepaling ongetwijfeld te goeder trouw. Zij heeft zich, net als

6. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 36.

7. Haar desbetreffende amendement (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 29) werd verworpen, *Handelingen II* 1992/93, 16 februari 1993, p. 3613.

heel veel Nederlanders, niet kunnen voorstellen dat de overheid later zo zou ontsporen. Zij heeft niet voorzien dat artikel 1 Gw in de praktijk onvoldoende bescherming biedt en onvoldoende duidelijkheid schept voor overheidsinstanties over welk handelen rechtmatig is en wanneer sprake is van verboden discriminatie.

In de drie decennia na de inwerkingtreding van de AWGB kwam de vraag of de wet ook op eenzijdig overheidshandelen van toepassing moest zijn, regelmatig terug. Al bij de officiële evaluaties van de AWGB in 2000 en 2006 constateerden de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en de geraadpleegde ngo's, dat op dit punt echt een lacune in de AWGB zat.[8] Bij de evaluatie van 2000 bleek dat alle geraadpleegde ngo's vonden, dat eenzijdig overheidshandelen onder de AWGB zou moeten worden gebracht.[9] De reacties van achtereenvolgende regeringen op deze evaluaties waren telkens afhoudend: er was al een duidelijk verbod in artikel 1 Gw en in internationale verdragen. Ook was er al voldoende rechtsbescherming voor de burgers. Ook internationale druk hielp niet. De *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), een orgaan van de Raad van Europa dat specifiek deskundig is inzake rassendiscriminatie, legde in 2018 in haar rapport over Nederland de vinger op de zere plek.[10] Maar wederom bewoog de regering niet. De regeringsreactie eindigde met de zinnen: "*There can be no misunderstanding that the Constitution imposes a duty to actively promote equality and prevent discrimination. A statutory amendment does not appear to be necessary to ensure this.*"[11] Er kwam geen bescherming tegen discriminerend eenzijdig overheidshandelen op grond van ras of nationaliteit.

Te lang is gedacht dat artikel 1 Grondwet volstond – terwijl ngo's en het College voor de Rechten van de Mens al jaren wijzen op de lacune in de AWGB.

Als gevolg van EU-recht geldt de AWGB inmiddels wel voor een beperkte categorie eenzijdige overheidshandelingen, maar alleen voor onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming. Ter uitvoering van de EU-richtlijn 2000/43 tegen rassendiscriminatie werd in 2004 artikel 7a in de AWGB ingevoegd. Deze uitzonderingsbepaling kreeg weinig bekendheid. Veel advocaten en andere betrokken hulpverleners en instanties werden zich er pas heel laat van bewust, dat artikel 7a AWGB van toepassing is op de uitvoering van de toeslagenwetgeving door de Belastingdienst. Toeslagen zijn immers een vorm van sociale bescherming. In het eindrapport 'Ongekend onrecht' van de Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) van december 2020 over het toeslagenschandaal wordt de AWGB helemaal niet genoemd, de

8. Samenvatting van het eerste evaluatieonderzoek 1994-1999, zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 481, nr. 1, 1-17; CGB, *Gelijke behandeling in beweging», een evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling (1994-1999)*, mei 2000, p. 29; en CGB, *Advies 2001/15 met betrekking tot concept-regeringsstandpunt evaluatie AWGB*, 18 oktober 2001, p. 4, Advies 2001_5.pdf. Op hernieuwde aandrang van de CGB (CGB, *Het verschil gemaakt; Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht 2005, p. 53, Evaluatie AWGB 1999-2004 (2).pdf) besluit de regering tot een nader wetenschappelijk onderzoek, zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 481, nr. 3, p. 2. Dat resulteert in de publicatie: P.J.J. Zoontjes, 'De uitzondering inzake 'eenzijdig overheidshandelen'', in M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjes, *Gelijke behandeling: principes en praktijken, Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 117-174 (Microsoft Word - Gelijke_behandeling.doc), en een afwijzend kabinetsstandpunt, zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 6.

9. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 16-17.

10. Zie het vijfde ECRI-rapport over Nederland, p. 15-17, par. 7 en 17, (ECRI_report_FR (coe.int).

11. Te raadplegen via: 168094c60b (coe.int).

12. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 2, p. 11 en p. 42, beide keren onder verwijzing naar een besluit van de Autoriteit Persoonsgegeven van 17 juli 2020. Sindsdien heeft het College voor de Rechten van de Mens uitspraak gedaan over een reeks van klachten over discriminatie de uitvoering van de kinderopvangtoeslagen, zie voetnoot 1.

term discrimineren twee keer.[12] Ook in de procedures, over discriminatie door DUO bij controles op ontvangen studiefinanciering, kwam tot nu niet aan de orde, dat zowel de AWGB als EU-richtlijn 2000/43 ook van toepassing zijn op discriminatie op grond van ras in het onderwijs.[13]

Terugkijkend moet worden vastgesteld dat de voorstellen om de AWGB ook op de overheid van toepassing te laten zijn, zoals gedaan in de officiële evaluaties en de aanbevelingen van ECRI, niet gepaard gingen met een maatschappelijke beweging die druk uitoefende op de overheid om daadwerkelijk met wetgeving te komen. Zonder maatschappelijke druk komt er zelden wetgeving tot stand. Decennia lang kon de overheid volhouden dat het allemaal wel meevalt met discriminatie op grond van ras of nationaliteit door de overheid. Sinds het Toeslagenschandaal en de publiciteit over discriminatoire praktijken bij de controles op aangiften door de Belastingdienst, door DUO en de IND is dat standpunt onhoudbaar.

13. Het verbod van discriminatie op grond van ras geldt bij studiefinanciering op grond van art. 3(1) onder g (sociale bescherming) of onder e (onderwijs) Richtlijn 2000/43 en op grond van art. 7a of art. 7, lid 1, onder onder c ("door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs") AWGB. Zie wat betreft art. 7a AWGB: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 15 en CRM 19 november 2024, Oordeel 2024-95, punt 6.3.

14. Eenzijdig overheidshandelen omvat beslissingen van overheidsorganen, genomen op basis van de bevoegdheden die een wet aan die organen toekent of gedragingen van overheidsfunctionarissen bij de uitoefening van hun wettelijke taak. College voor de Rechten van de Mens, *Evaluatie Gelijkebehandelingswetgeving 2017-2022*, (2023), p. 7.

15. "Feitelijke handelingen en [...] eenzijdige rechtshandelingen van de overheid (het bepalen van rechten en verplichtingen van burgers, al dan niet op verzoek van de belanghebbende, zoals bijvoorbeeld het toekennen van een woonvergunning of het verlenen van een subsidie", *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 29.

'Eenzijdige overheidshandelen' ziet op al het handelen van de overheid buiten het sluiten of uitvoeren van overeenkomsten.

In het vervolg van dit preadvies hanteren wij de volgende omschrijving van het begrip 'eenzijdig overheidshandelen': besluiten en andere handelingen van overheidsorganen, binnen of buiten hun wettelijke taak, alsmede handelingen van overheidsfunctionarissen bij de uitoefening van hun wettelijke taak, anders dan bij het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst. Deze definitie is op twee punten ruimer dan eerdere definities: zowel die van het College uit 2023[14] als die van het Kamerlid Groenman in 1993 in de toelichting op haar destijds verworpen amendement.[15] Onze definitie omvat óók handelingen van overheidsorganen buiten hun wettelijk taak, en expliciet ook gedragingen van overheidsfunctionarissen bij de uitoefening van hun taak. De expliciete uitsluiting van het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst maakt onze definitie daarentegen beperkter dan beide eerdere definities. Het gaat dus bijvoorbeeld om handelingen inzake vergunningen, belastingen, subsidies, onderzoek, controle of het opleggen van bestuurlijke sancties.

2.1 Waarom biedt artikel 1 Grondwet alleen onvoldoende bescherming?

Er zijn vijf redenen waarom artikel 1 Gw alleen onvoldoende bescherming biedt aan mensen die discriminatie wegens nationaliteit of ras door eenzijdig overheidshandelen ondervinden:

1. Artikel 1 Gw noemt alleen ras expliciet als verboden grond, discriminatie wegens nationaliteit kan alleen via de open formulering ("of op welke grond dan ook") onder het verbod vallen.
2. De norm van artikel 1 Gw is heel abstract: discriminatie wegens ras of andere verboden gronden is niet toegestaan. De uitwerking en

invulling van wat dat discriminatieverbod inhoudt, gebeurt wél in de AWGB en in de uitvoerig gemotiveerde oordelen van het College (vroeger de CGB). Veel vormen van overheidshandelen zijn echter uitgesloten van toetsing aan de normen van de AWGB.

3. De AWGB biedt mensen die discriminatie ondervinden een eenvoudige, toegankelijke en kosteloze manier om een in deze materie gespecialiseerde en gezaghebbende instantie te laten beoordelen of wel of niet sprake is van discriminatie. Voor mensen die zich alleen op artikel 1 Gw kunnen beroepen, staat die weg niet open. Beroep op de bestuursrechter is in veel gevallen niet mogelijk óf omdat er (nog) geen voor beroep vatbaar besluit is, óf omdat de betrokkenen onvoldoende informatie hebben over het interne handelen van het overheidsorgaan. Zij zullen zich dan tot de burgerlijke rechter moeten wenden met alle daaraan verbonden kosten en risico's.
4. Omdat de AWGB niet van toepassing is, ontbreekt ook de mogelijkheid dat het College onderzoek instelt naar het betwiste overheidshandelen. Ook kunnen de gemeentelijke Antidiscriminatievoorzieningen (ADV's) geen bijstand verlenen aan burgers met klachten over eenzijdig overheidshandelen.
5. Door te zeggen dat onderscheid op grond van nationaliteit strijdig is met artikel 1 Gw maar dat verbod niet duidelijk in wetgeving vast te leggen, zendt de overheid een dubbele boodschap uit: het verbod is niet belangrijk genoeg om het in wetgeving te specificeren. Er zijn echter wel veel specifieke wetsbepalingen die overheidsorganen verplichten om onderscheid op grond van nationaliteit te maken. De toepassing van de AWGB op eenzijdig overheidshandelen schept meer normatieve duidelijkheid.

De meeste van deze vijf punten worden hierna toegelicht in de paragrafen 5-7.

De kern van het probleem is dat de algemene norm van artikel 1 Gw, die op al het overheidshandelen van toepassing is, zonder nadere specificatie moeilijk afdwingbaar is – en dan alleen nog bij de rechter. De AWGB biedt wél een kader voor specificatie en het op eenvoudige wijze afdwingen van die norm, maar is alleen van toepassing op overheidshandelen op de gebieden genoemd in de artikelen 5 tot en met 7a AWGB. In alle andere gevallen biedt de AWGB geen soelaas tegen discriminatie door de overheid. Het probleem zit daarmee zowel in het ontbreken van de specificatie van de norm, als in het ontbreken van een eenvoudige procedure om naleving van die norm af te dwingen.

Artikel 1 van de Grondwet is te abstract en biedt geen laagdrempelige rechtsgang bij discriminatie door de overheid.

3. De concrete aanleiding voor onze actie

In januari 2021 trad het kabinet Rutte III af naar aanleiding van het POK-rapport 'Ongekend onrecht'. In de brief over dat aftreden aan de Tweede Kamer werd veel aandacht besteed aan compensatie van de getroffen ouders, en aan het herkennen en tegengaan van discriminatie op grond van herkomst of nationaliteit binnen overheidsorganisaties. Daarbij zag het kabinet een belangrijke taak voor het College weggelegd.[16] Over de norm was de regering in deze brief heel duidelijk: "Het kabinet wil hier nogmaals volstrekt helder zijn: discriminatie kan en mag niet. De overheid heeft daarbij een belangrijke voorbeeldrol. Een eerlijke en onbevooroordeelde behandeling staat aan de basis van het vertrouwen in de overheid. Het kabinet realiseert zich ten volle dat dit vertrouwen diep beschadigd is bij ouders die te maken hebben gehad met discriminatoire bejegening. Helaas moeten we constateren dat dit bij de fraudeaanpak bij Toeslagen aan de orde was. Ouders met een niet-Nederlandse nationaliteit en ouders met een dubbele nationaliteit hadden alleen al op basis daarvan meer kans om door de Belastingdienst gecontroleerd te worden. Het kabinet betreurt dit ten zeerste en wil ervoor zorgen dat dit nooit meer kan gebeuren. Er is bij de fraudeaanpak specifiek op nationaliteit gezocht."[17]

In de brief werd uitgebreid ingegaan op wijziging van wetgeving over belastingen en toeslagen en wijziging van de Algemene wet bestuursrecht. Er stond weinig of niets in over hoe de norm, die in bovenstaande passage werd geformuleerd, zou worden vastgelegd. Ook niet hoe die norm voortaan door de overheid zou worden gehandhaafd of door burgers kon worden afgedwongen. De AWGB en de omstandigheid dat die wet op een groot deel van het overheidshandelen niet van toepassing is, kwam in de brief niet aan de orde.

Wij voorzagen dat veel van de goede bedoelingen en toekomstige acties van burgers en overheidsinstanties om klachten over discriminatie aan te kaarten en te laten onderzoeken zouden doodlopen op de beperkte werkingssfeer van de AWGB en het daaruit voortvloeiende gebrek aan bevoegdheden van het College bij eenzijdig overheidshandelen. Dat het eerdergenoemde interne verbod van onderscheid op grond van nationaliteit door de staatssecretaris van Financiën uit 2019 drie jaar later nog niet tot enige vorm van voor burgers kenbare regelgeving had geleid, versterkte ons vermoeden.

Het demissionaire kabinet besloot medio 2021 tot de instelling van een Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme (NCDR).[18] Dat besluit was een uitvloeisel van de Catshuisgesprekken die sinds 2020 op de *Black Lives Matter* beweging waren gevolgd, én de aanvaarding van de motie-Azarkan c.s. door de Tweede Kamer direct na het aftreden van Rutte-III.[19] Na een jaar voorbereiding werd medio 2022 ook de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (staatscommissie) ingesteld.[20] Die staatscommissie kreeg tot taak om binnen vier jaar onder meer te adviseren over "verbetering van beleid en regelgeving om discriminatie en racisme te voorkomen en tegen te gaan". Wij vreesden dat een onbedoeld neveneffect van de instelling van de staatscommissie kon zijn dat, in

16. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 4, p. 14-15.
17. *Kamerstukken II* 202021, 35 510, nr. 4, p. 13.
18. Brief van de Minister van BZK van 24 juni 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 30 950, nr. 250, p. 2.
19. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nr. 33.
20. KB 3 mei 2022, *Stcrt.* 2022, nr. 11349.

afwachting van de adviezen van de staatscommissie, gedurende vier jaar door overheid en politiek geen initiatief tot aanpassing van de AWGB zou worden genomen. De urgentie van de bestrijding van discriminatie door overheidsinstanties zou dan zoveel jaar na het Toeslagenschandaal wel eens kunnen afnemen. Daarom namen we zelf maar het initiatief. In mei 2022 besloten we aandacht te vragen voor de wettelijke lacune in de bescherming van burgers tegen discriminatie door de overheid. We schreven een notitie van zes pagina's waarin we het ontstaan van deze lacune in de AWGB en de argumenten voor en tegen de uitbreiding van de rechtsbescherming tegen discriminatie door de overheid bespraken.[21]

4. Het vervolg op de notitie van 2022

In onze notitie kozen we bewust voor een zo beperkt mogelijke wijziging, een amendement waarbij één kort nieuw artikel in de AWGB werd ingevoegd, in de verwachting dat een uitgebreidere wetswijziging meer weerstand zou oproepen. In plaats van een initiatiefwetsvoorstel vanuit de Tweede Kamer, dat doorgaans weinig kans op succes heeft, zochten we steun van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) met de bedoeling dat de minister van BZK een wetsvoorstel zou indienen. In de zomer van 2022 voerden we gesprekken over onze notitie met de NCDR, met het College en met de ambtenaar van BZK, die de AWGB al jaren in zijn portefeuille heeft. Het gesprek met de staatscommissie vond later plaats.

Het College was zich heel goed bewust van de beperkte bescherming van de AWGB bij discriminatoir handelen van de overheid en de daaruit resulterende frustratie bij burgers. Bij de NCDR en bij de staatscommissie was aanvankelijk meer uitleg nodig vanwege onbekendheid met het probleem. Het College en zijn rechtsvoorganger, de CGB, hadden immers bij herhaling – maar tevergeefs – gepleit voor uitbreiding van de bescherming van de AWGB naar eenzijdig overheidshandelen. In de gesprekken bij alle drie instanties werden vragen gesteld over de afgrenzing en gevolgen van ons amendement. Maar voor de strekking van ons voorstel bestond veel begrip en instemming. In het gesprek met BZK lag de nadruk echter op de ons al bekende tegenargumenten: waren de bestaande instrumenten om discriminatie te bestrijden niet voldoende?

4.1 Drie instanties ondersteunen het initiatief

De drie instanties namen de uitbreiding van de bescherming van de AWGB naar eenzijdig overheidshandelen op in hun eigen activiteiten. De NDCR organiseerde in december 2022 een expertmeeting over dit onderwerp voor de drie betrokken instanties, het ministerie van BZK, ADV's, medewerkers van de Nationale ombudsman, gemeentelijke ombudsfunctionarissen, advocaten en wetenschappers. Onze notitie was daar onderwerp van discussie. Vervolgens nam de NDCR het initiatief voor een gezamenlijk advies van de drie instanties aan de minister van BZK. Ook werd dit thema opgenomen in het Nationaal Programma tegen Discriminatie en Racisme 2023.[22] Het College stelde het onderwerp in het najaar van 2023 opnieuw uitgebreid aan de orde, zowel in de evaluatie van vijf jaar gelijkebehandelingswetgeving, als in de evaluatie van het

21. Zie voetnoot 4.

22. *Kamerstukken II* 2023/24, 30 950, nr. 355, p. 52 en 53.

College[23] en in de begeleidende brief aan de minister van BZK. In de uitvoerige bespreking in eerstgenoemde evaluatie komt ook aan de orde dat deze beperking van het werkingsgebied van de AWGB – en dus ook van het College – op onbegrip stuit bij mensen die zich tot het College wenden. Ook is de beperking niet in overeenstemming met de visie op de inrichting van gelijkebehandelingsinstituten, zoals geformuleerd door ECRI van de Raad van Europa en *Equinet* (het Europese netwerk van gelijkebehandelingsinstituten).[24] Alle drie instanties stelden het onderwerp ook in hun periodieke of incidentele contacten met het ministerie aan de orde.

4.2 De brief van drie instanties aan BZK

Op 20 maart 2023 stuurden de NDCR, het College en de staatscommissie aan de minister van BZK een uitvoerige brief over de wenselijkheid om eenzijdig overheidshandelen onder de gelijkebehandelingswetgeving te brengen.[25] De drie instanties schreven zich te realiseren dat een uitbreiding van het toepassingsbereik van deze wetten naar eenzijdig overheidshandelen ook bepaalde juridische vraagstukken oproept, maar dat die vraagstukken oplosbaar zijn en dat zij daarover graag het gesprek met de minister zouden aangaan. Acht maanden later reageerde de toenmalige Minister Hugo de Jonge (CDA) – die enkele maanden eerder Hanke Bruins Slot (CDA) als minister was opgevolgd – met een brief van 28 november 2023, waarin sprake was van "complexe problemen die zorgvuldige besluitvorming behoeven", waarover ambtenaren van BZK in gesprek waren met de drie instanties. Het streven van de minister was uiterlijk najaar 2024 te berichten over de uitkomsten van het ambtelijk onderzoek en de politieke besluitvorming daarover. Voorjaar 2024 drongen de drie instanties op initiatief van de voorzitter van de staatscommissie opnieuw aan op een gesprek met de minister. Uiteindelijk vond op 17 juni 2024, tijdens de laatste fase van de formatie van het Kabinet-Schoof, een gesprek met de ambtelijke leiding van BZK plaats.

De gezamenlijke brief van maart 2023 heeft dit onderwerp op de publieke en politieke agenda geplaatst. In bijna alle Kamerbrieven, overleggen, rapporten en andere stukken over dit onderwerp werd naar die brief verwezen, zo ook in het rapport van Amnesty International over etnisch profileren door de overheid van november 2024.[26] In het kader van het ambtelijke onderzoek op BZK werd medio 2024 een expertsessie over dit onderwerp gehouden voor de drie betrokken instanties, de Nationale ombudsman en enkele wetenschappers. Tijdens de zomer en in het najaar 2024 heeft BZK afzonderlijke gesprekken gevoerd met de drie instanties en met uitvoeringsorganisaties zoals de IND en de Belastingdienst om de implicaties van een uitbreiding van de AWGB te inventariseren.[27]

4.3 Aanbeveling van de Enquêtecommissie Fraudebeleid en motie van Tweede Kamer

De publicatie van het eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening getiteld 'Blind voor mens en recht' in februari 2024 stimuleerde het politieke debat over dit onderwerp. Een van de aanbevelingen van de Enquêtecommissie was:

23. College voor de Rechten van de Mens, *Evaluatie Gelijkebehandelingswetgeving 2017-2022. Toekomstbestendige gelijke behandeling?*, Utrecht, oktober 2023, Gelijkebehandelingswetgeving 2017-2022 - Evaluatie | College voor de Rechten van de Mens. Ook gepubliceerd in *Kamerstukken II* 2023/24, 34 338, nr. 6 (bijlage).

24. *Kamerstukken II* 2023/24, 34 338, nr. 6, p. 7-9 en 14, verwezen werd naar ECRI's General Policy Recommendation No. 2: Equality bodies to combat racism and intolerance at national level van 7 december 2017.

25. Brief aan de minister over eenzijdig overheidshandelen onder de AWGB | College voor de Rechten van de Mens.

26. Brief Minister van BZK van 3 januari 2025, *Kamerstukken II* 2024/25, 30 950, nr. 434, p. 13/14 en het in voetnoot 2 genoemde rapport van Amnesty International, *'Etnisch profileren is overheidsbreed probleem'*, p. 37, noot 209.

27. *Kamerstukken II* 2024/25, 30 950, nr. 455, p. 2.

"*Maak de overheid wettelijk aanspreekbaar op discriminerende handelingen. De gelijkebehandelingswetgeving is slechts van toepassing op een beperkt aantal maatschappelijke terreinen en geldt niet voor zogeheten «eenzijdig overheidshandelen». De commissie beveelt aan eenzijdig overheidshandelen onder de werking van de gelijkebehandelingswetgeving te brengen.*"[28] Een soortgelijke aanbeveling was al in juni 2022 gedaan in het hoofdrapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie van de Eerste Kamer, die onderzoek deed naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan.[29] Die aanbeveling kreeg destijds weinig aandacht in de Eerste Kamer en daarbuiten.

Medio april 2024 deed minister De Jonge de toezegging dat de Tweede Kamer voor het eind van 2024 een brief zou ontvangen met het onderzoek inzake eenzijdig overheidshandelen en de AWGB.[30] In december 2024 kwam de regeringsreactie op het rapport van de Enquêtecommissie naar de Kamer. In die reactie werd op dit punt opnieuw verwezen naar het advies van de drie instanties van maart 2023 en naar het lopende ambtelijke onderzoek.[31] Van Nispen (SP, voorzitter van de Enquêtecommissie) diende daarop, samen met El Abassi (Denk), een motie in waarin wordt overwogen dat de Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening en de drie meergenoemde instanties de aanbeveling doen om eenzijdig overheidshandelen onder de werking van de AWGB te brengen, en waarin de regering wordt verzocht die aanbeveling op te volgen.[32] Die motie kreeg bijna Kamerbrede steun. Alleen PVV, FvD en JA21 stemden tegen.[33]

4.4 Kamerleden worden ongeduldig

Tijdens het mondeling overleg over het rapport van de Enquêtecommissie medio januari 2025 reageren verschillende Kamerleden met ongeduld op het uitstel als gevolg van het uitblijven van de uitkomsten van het onderzoek. Op de vraag wanneer het betreffende wetsvoorstel kan worden verwacht, antwoordt Minister Uitermark (NSC) dat het niet vooruit wordt geschoven, maar dat wordt onderzocht hoe het kabinet uitvoering aan de motie zal geven. "*Wat mij betreft is de vraag niet meer óf het kabinet er uitvoering aan zal geven, maar hoe*".[34] De minister krijgt het verzoek regelmatig over de voortgang te rapporteren. Begin maart 2025 schrijft de minister dat zij de Kamer voor de zomer zal informeren over de uitkomsten van het ambtelijke onderzoek en dat "*het conceptwetsvoorstel na uitwerking begin 2026 in consultatie zal worden gebracht*".[35]

In de rapportage eind april 2025 bevestigt de minister dat zij "*op basis van de uitkomsten van het onderzoek tot nu toe, meerwaarde ziet in het uitbreiden van de Algemene wet gelijke behandeling met eenzijdig overheidshandelen. De komende periode tot aan de zomer zal gebruikt worden om verder uit te werken hoe deze uitbreiding eruit zou moeten komen te zien en in welke vorm deze gegoten wordt.*" Gekeken wordt daarbij naar de financiële gevolgen en de capaciteit van de betrokken organisaties en naar de vraag hoe deze uitbreiding past in de systematiek van de AWGB.[36]

28. *Kamerstukken II* 2023/24, 35 867, nr. 6, p. 49.
29. *Kamerstukken I* 2021/22, CXLVI, nr. X, p. 70: "Serieuze overweging verdient het van toepassing verklaren van de AWGB op een breder terrein van eenzijdig overheidshandelen."
30. Commissiedebat Discriminatie, racisme en mensenrechten op 16 april 2024, TK 30950, nr. 411.
31. *Kamerstukken II* 2023/24, 35 867, nr. 13, p. 13-14.
32. *Kamerstukken II* 2024/25, 35 709, nr. 19.
33. *Handelingen II* 2024/25, 19 december 2024.
34. *Kamerstukken II* 2024/25 van 15 januari 2025, TK 41, 41-6, p. 2 en 32.
35. *Kamerstukken II* 2024/25, 30 950, nr. 436, p. 4.
36. *Kamerstukken II* 2024/25,

Begin juni 2025 viel het Kabinet-Schoof nadat Geert Wilders de PVV-ministers had teruggetrokken. Het voor 3 juli geplande overleg met de Kamercommissie over het onderzoek werd uitgesteld tot na het reces. Eind augustus verlieten ook de NSC-ministers het kabinet. Op 11 september zegde minister Rijkaart (BBB), die een week eerder als minister van BZK was aangetreden, aan de Kamercommissie toe dat het rapport van het ambtelijk onderzoek "binnenkort" naar de Kamer zou worden gezonden. De internetconsultatie over het door zijn voorganger toegezegde wetsvoorstel zou "op zijn vroegst" vóór de zomer van 2026 kunnen beginnen.[37] De instabiele politieke situatie veroorzaakte opnieuw een half jaar uitstel in vergelijking met de toezegging van de vorige minister. Sinds onze notitie van mei 2022 zijn inmiddels vier verschillende ministers van BZK verantwoordelijk geweest voor dit dossier. Twee weken na dit overleg met de Kamercommissie besloot het demissionaire rompkabinet-Schoof (VVD en BBB) om de internetconsultatie te openen over het wetsvoorstel om de termijn voor naturalisatie van vijf jaar naar tien jaar te verlengen.[38] Aanvaarding van dat voorstel zou betekenen dat honderdduizenden niet-Nederlanders, die al vijf jaar rechtmatig in Nederland wonen, nog minstens vijf jaar langer door de overheid op veel punten ongelijk worden behandeld alleen op grond van hun nationaliteit.

5. Tegenargumenten

Tegen uitbreiding van de werkingssfeer van de AWGB naar eenzijdig overheidshandelen zijn in grote lijnen vier argumenten aangevoerd. Elk van die vier argumenten wordt hieronder besproken.

5.1 Eenzijdig overheidshandelen leent zich niet voor toetsing op grond van de AWGB

Dit argument werd in 2006 ook aangevoerd in reactie op het herhaalde advies van de CGB. Bij eenzijdig overheidshandelen dient rekening te worden gehouden met het algemeen belang en met belangen van derden. Die belangen zijn niet in de afwegingskaders van de AWGB opgenomen.[39] Dit argument kan ons niet overtuigen. Het algemeen belang is immers noch in artikel 1 Grondwet noch in de relevante verdragsbepalingen als een grond voor uitzondering op het discriminatieverbod opgenomen. Wel kan (indirect) onderscheid of ongelijke behandeling in sommige situaties worden gerechtvaardigd. Afhankelijk van de grond waarop het onderscheid wordt gemaakt, kunnen de eisen voor de rechtvaardiging ervan verschillen. Zo oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM, dat onderscheid op grond van ras door de overheid in een democratische samenleving zelden of nooit is gerechtvaardigd.[40] Ook het verbod op onderscheid naar ras of etnische herkomst door de overheid in de artikelen 1 en 2 van het VN-Verdrag tegen rassendiscriminatie maakt geen uitzondering voor overheidshandelen dat door het algemeen belang zou zijn gerechtvaardigd. Datzelfde geldt ook voor het VN-Verdrag tegen discriminatie van vrouwen.

Het algemeen belang is een zo weinig bepaald begrip, dat via die weg in feite het discriminatieverbod voor de overheid volledig kan worden uitgehold. Het afwegingskader van de AWGB laat expliciet ruimte voor

30 950, nr. 455, p. 2.

37. *Kamerstukken II* 2025/26, 30 950, nr. 502.

38. Overheid.nl | Consultatie Verlenging naturalisatietermijnen.

39. *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 6 onder verwijzing naar het in voetnoot 8 genoemde onderzoek van Zoontjes.

40. EHRM 13 december 2005, 55762/00 en 55974/00, punt 56-58 (*Timishev/Rusland*) en EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10 (*Biao/Denemarken*).

rechtvaardiging van indirecte vormen van onderscheid op de verboden gronden. Ook heeft de invoering van artikel 7a AWGB, dat sinds 2004 van toepassing is op eenzijdige overheidshandelingen op het terrein van sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voorzieningen, in de afgelopen twintig jaar geen onoverkomelijke problemen met de behartiging van het algemeen belang opgeleverd.

5.2 Er zijn al voldoende regels waar burgers zich bij discriminatie door de overheid op kunnen beroepen

Inderdaad zijn er, naast artikel 1 Grondwet, de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van bestuur, tal van internationale bepalingen waarop een burger zich bij discriminatie door eenzijdig overheidshandelen kan beroepen, zoals artikel 26 Internationaal Verdrag Burgerlijke en Politieke Rechten, artikel 14 Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het EVRM-Protocol nr. 12. Het jarenlange discriminatoire handelen van de Belastingdienst bij de uitvoering van kinderopvangtoeslagen en belastingwetgeving heeft duidelijk gemaakt, dat deze algemene discriminatieverboden in de praktijk onvoldoende duidelijkheid scheppen voor de betrokken ambtenaren. Die bepalingen konden de discriminatoire procedures en het discriminatoir handelen van functionarissen binnen die dienst niet voorkomen, onder meer omdat ze zeer abstract zijn geformuleerd. Een van de functies van de AWGB is de betekenis van die abstracte verboden voor concrete situaties te specificeren.

In de evaluatie van de gelijkebehandelingswetgeving 2017-2022 heeft het College de huidige lacune helder omschreven: *"Het College heeft in zijn contacten met diverse uitvoeringsinstanties van de Rijksoverheid in de afgelopen jaren ervaren dat van onbekendheid met de abstracte norm van het discriminatieverbod binnen die organisaties inderdaad geen sprake is. Waar veel organisaties wel naar zoeken, is naar manieren om deze abstracte norm binnen de werkprocessen en handelwijzen van de organisaties 'handen en voeten' te geven zodat niet alleen bewuste en directe discriminatie wordt uitgesloten, maar ook indirecte en onbewuste vormen van discriminatie worden vermeden. Hierbij kan uitbreiding van het toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetten naar eenzijdig overheidshandelen behulpzaam zijn."*[41]

De algemene discriminatieverboden in de Grondwet en in verdragen bieden ook onvoldoende steun aan burgers die zijn benadeeld door discriminatoir optreden van overheidsorganen. Er was, naast het hardnekkige doorvragen van enkele vasthoudende Kamerleden, veel onderzoek door de Autoriteit Persoonsgegevens, de Nationale ombudsman, het Openbaar Ministerie en door de overheid ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus nodig om de betreffende discriminatoire handelingen van de Belastingdienst boven tafel te krijgen. De toeslagenouders die bij het College een discriminatieklacht indienden, konden zelf veelal niet voldoende feiten aanvoeren om hun vermoeden van discriminatie te onderbouwen. Het College kon dit ondervangen door zelf een uitvoerig vooronderzoek te doen in de datasystemen van de

41. *Kamerstukken II* 2023/24, 34 338, nr. 6, p. 9.

Dienst Toeslagen.[42] Zo kon het discriminatoire effect van het genadeloze terugvorderen worden aangetoond. Dat kan het College veel makkelijker doen dan een bestuursrechter. Het College heeft ruimer omschreven onderzoeksbevoegdheden dan de bestuursrechter. Bestuursrechters hebben meestal helemaal geen ervaring met het verrichten van dergelijk onderzoek. Voor de burgers die het slachtoffer waren van deze discriminatie bleek het onmogelijk om de discriminatie in hun eigen geval aan te tonen. Datzelfde geldt ook voor discriminatie bij de fraudecontrole door DUO. Tegen die discriminatie kon pas effectief in de politiek en bij de rechter worden opgetreden, nadat twee onderzoeken door particuliere onderzoeksbureaus waren uitgevoerd.[43]

5.3 Toetsing van eenzijdig overheidshandelen past niet binnen het systeem van de AWGB

In de juridische literatuur wordt wel gewezen op het verschil tussen de open formulering van het discriminatieverbod van artikel 1 Gw en het gesloten systeem van de AWGB. Het verbod van artikel 1 Gw is inderdaad open op vier punten: (1) de discriminatiegronden, (2) de terreinen en (3) de handelende personen of instanties (het verbod betreft al het overheidshandelen), maar ook (4) wat betreft de mogelijkheid om het onderscheid makend handelen te rechtvaardigen. Het systeem van de AWGB is gesloten wat betreft de discriminatiegronden en de gebieden, maar open wat betreft de handelende personen of instanties. Op het punt van de rechtvaardiging van het onderscheid is de AWGB deels gesloten en deels open. Direct onderscheid op een van de in artikel 1 AWGB genoemde gronden kan niet worden gerechtvaardigd. Maar indirect onderscheid kan volgens de open formulering van artikel 2, lid 1 AWGB worden gerechtvaardigd, "indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn". Hier is het systeem van de AWGB dus minder gesloten dan vaak wordt aangenomen. Wel kent de AWGB een aantal generieke uitzonderingen op het verbod op direct onderscheid voor de gronden ras, geslacht en nationaliteit.[44] Verder zijn er specifieke uitzonderingen op het verbod op direct onderscheid,[45] en zijn bepaalde onderwerpen en terreinen van de toepassing van de AWGB uitgesloten en daarmee ook van het verbod op direct onderscheid.[46]

Ons amendement, dat hierna nader wordt besproken, is beperkt tot de gronden ras en nationaliteit. Het past in het systeem van de AWGB. Het amendement sluit aan bij de discriminatiegronden en de in de AWGB geregelde uitzonderingen daarop. Wat betreft de handelende personen en instanties is het amendement even open als de AWGB. Evenals in de AWGB kan direct onderscheid niet worden gerechtvaardigd, indirect onderscheid wel. Alleen wat betreft de terreinen is de AWGB relatief gesloten en ons amendement, in navolging van artikel 1 Gw, open. Ons amendement betekent dus geen ingrijpende wijziging van het systeem van de AWGB. Het sluit aan bij het deels gesloten, deels open systeem van de AWGB. Dat systeem heeft sinds 1994 in de praktijk goed gefunctioneerd, ook na de uitbreiding in 2004 van het verbod op discriminatie op grond van ras bij eenzijdige overheidshandelingen op het terrein van sociale bescherming.

42. Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen | College voor de Rechten van de Mens.

43. Rb. Overijssel 29 oktober 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5627, r.o. 2.3 en A. Terlouw, Etnisch profileren door DUO leidt tot onrechtmatig bewijs, *A&MR* 2025, p. 195-198.

44. Art. 2, lid 2 t/m lid 6 AWGB.

45. In de art. 5 en 7 AWGB.

46. Zie art. 3 AWGB.

Ons voorstel is geen breuk met het AWGB-systeem – het sluit er juist naadloos op aan.

Voor zover er een objectieve rechtvaardiging bestaat om bepaalde uitzonderingen te maken op het verbod op direct onderscheid bij eenzijdig overheidshandelen voor bepaalde gronden of op bepaalde terreinen, is te verwachten dat de minister van BZK voorbeelden daarvan zal vermelden in het rapport van het sinds november 2023 bij herhaling aangekondigde onderzoek.

5.4 De rechtsbescherming door de rechter en de Nationale ombudsman volstaat

Beroep op de bestuursrechter staat alleen open tegen besluiten van een overheidsorgaan, niet tegen overheidshandelingen die niet tot een besluit leiden. Bovendien heeft de rechter door de individuele benadering van elke afzonderlijke zaak meestal geen inzicht in patronen van overheidshandelen, noch in de schaal en de discriminerende gevolgen van bepaalde uitvoeringspraktijken. Veel voorbereidingshandelingen, bijvoorbeeld bij geautomatiseerde besluitvorming, controle of opsporing, onttrekken zich aan de waarneming van de betrokken burgers. Dat verhindert de vaststelling of er al dan niet sprake is van discriminatie voor individuele burgers. Het rapport 'Ongekend onrecht' over het Toeslagenschandaal heeft deze beperkingen van rechtsbescherming door de rechter duidelijk gemaakt.

Beroep op de burgerlijke rechter staat tegen handelen van de overheid alleen in uitzonderingsgevallen open, bijvoorbeeld als geen effectief beroep op de bestuursrechter openstaat. Deze procedure is kostbaar en duurt lang. De procedure over etnisch profileren door de Marechaussee tijdens grenscontrole op het vliegveld Eindhoven duurde bij Rechtbank en Gerechtshof Den Haag in totaal drie jaar en leidde tot kostenveroordelingen van in totaal bijna € 8.500,-.[47] De verdere advocatenkosten zullen een veelvoud van dat bedrag zijn geweest. Deze weg is voor de meeste burgers daarom alleen met steun van bemiddelde organisaties begaanbaar.

Ook de klacht bij de Nationale ombudsman vormt geen voldoende alternatief. In het beoordelingskader van de ombudsman is de rechtmatigheid van het overheidshandelen één uit meerdere criteria bij de beoordeling van de behoorlijkheid van dat handelen. Bij het College staat de rechtmatigheid van het overheidshandelen centraal. Bovendien heeft de ombudsman, anders dan het College, geen bijzondere expertise wat betreft ongelijke behandeling en discriminatie. De ombudsman heeft net als het College onderzoeksbevoegdheden.[48] Maar het optreden van de ombudsman is in de praktijk vooral gericht op het treffen van schikkingen. Slechts een heel klein deel van de klachten leidt tot een oordeel van de

47. Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283 en Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

48. Voor het gebruik van de onderzoeksbevoegdheid door het College m.b.t discriminatie in het Toeslagenschaal zie voetnoot 40.

Nationale ombudsman en zelden tot een vaststelling of het betreffende overheidshandelen al dan niet rechtmatig is.

6. Voordelen van bevoegdheid van het College

- Een effect van ons voorstel is dat het College voortaan bevoegd is om ook eenzijdig overheidshandelen te beoordelen. In 1994 koos de wetgever in de AWGB voor een eenvoudige en kosteloze procedure bij de Commissie Gelijke Behandeling (de voorganger van het College) als mogelijke voorfase voor een eventueel beroep op de rechter. Inschakeling van het College bij mogelijke discriminatie als gevolg van eenzijdig overheidshandelen heeft naar ons oordeel een aantal voordelen.
- Burgers krijgen toegang tot een laagdrempelige en kosteloze procedure bij een op het terrein van discriminatie gespecialiseerde instantie.
- Het College kan op verzoek van klagers of uit eigen beweging onderzoek naar de feiten uitvoeren. Dit gebeurde onder andere bij de klachten over de Belastingdienst in het Kinderopvangtoeslagenschandaal.
- De speciale voor burgers gunstige bewijsregels van de AWGB zijn van toepassing.
- De gemotiveerde oordelen van het College worden door de betrokken instanties meestal nageleefd. Door het College met een oordeel afgehandelde zaken leiden slechts zelden tot een procedure bij de rechter, waardoor verdere discriminatie door de tegenpartij kan worden voorkomen.
- Het onderzoek wordt uitgevoerd door een onafhankelijke en gespecialiseerde instantie, het College. Zo kan ook worden voorkomen dat overheidsinstanties in reactie op een klacht over discriminatie zelf een niet-gespecialiseerd particulier bureau inschakelen en zelf de onderzoeksopdracht bepalen. Dit gebeurde onder meer in reactie op klachten over etnisch profileren door het ministerie van Buitenlandse Zaken bij de afgifte van visa.[44]
- De oordelen van het College scheppen ook duidelijkheid voor andere overheidsorganisaties over welk handelen wel en niet geoorloofd is.
- Overheidsinstellingen kunnen zelf aan het College vragen te beoordelen of een voorgenomen handelswijze of beleid in overeenstemming met de AWGB of andere gelijkebehandelingswetten is.
- Het College kan ook uit eigen beweging onderzoek beginnen als het College aanwijzingen heeft van discriminatoir overheidshandelen.

Gratis, deskundig, onafhankelijk en effectief – klachtbehandeling door het College voor de Rechten van de Mens zet de standaard bij overheidsdiscriminatie.

Een ander belangrijk gevolg van deze uitbreiding van de werkingssfeer van de AWGB is dat de gemeentelijke ADV's voortaan ook bijstand kunnen verlenen aan burgers met klachten over eenzijdig overheidshandelen. De vertegenwoordiger van de ADV Limburg zei tijdens genoemde expertbijeenkomst van de NCDR in december 2022: "*Mensen zijn echt teleurgesteld in ons en in de overheid als we ze uitleggen dat beroep op de AWGB of het College voor de Rechten van de Mens geen zin heeft.*" De ADV's mogen die klachten ook niet registreren. In een voetnoot in de Kamerbrief van 17 januari 2025 wees de minister van BZK erop dat, omdat de AWGB niet van toepassing is op eenzijdig overheidshandelen, de ADV's ook niet bevoegd zijn om meldingen over eenzijdig overheidshandelen te registreren.[49] De huidige beperkte werking van de AWGB verhindert zo, dat de overheid en anderen goed inzicht krijgen in aantal en aard van de klachten over discriminatie door overheidsinstellingen.

> **Mensen zijn echt teleurgesteld als ze horen dat beroep op de AWGB of het College geen zin heeft.**

7. Voorgestelde nieuwe bepaling in de AWGB

In onze notitie van mei 2022 stond het voorstel het volgende nieuwe artikel 1b in de AWGB op te nemen:

Artikel 1b

1. Deze wet is ook van toepassing op eenzijdige handelingen van bestuursorganen en van personen werkzaam binnen die organen.
2. Onder bestuursorgaan als bedoeld in het eerste lid wordt verstaan bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht.
3. Het eerste lid is niet van toepassing
   a. op besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften;
   b. als het onderscheid is gebaseerd op een wettelijk voorschrift dat het onderscheid uitdrukkelijk voorschrijft of toelaat.

Het woord 'ook' in het eerste lid geeft aan dat artikel 1b een aanvulling vormt op de bescherming tegen discriminatie door handelen van de overheid die nu reeds in de AWGB wordt geboden. Dit nieuwe artikel maakt de AWGB van toepassing op alle eenzijdige handelingen van de overheid, voor zover die niet in de AWGB of in andere wetten daarvan zijn uitgesloten.

De voorgestelde uitbreiding van de werkingssfeer van de AWGB wordt beperkt door de algemene uitzonderingen van artikel 2 AWGB, de bijzondere uitzonderingen van de art. 5, lid 2a t/m 6 AWGB en het derde lid van het voorgestelde artikel 1b.

49. *Kamerstukken II* 2024/25, 30 950, nr. 431, op p. 7 in voetnoot 13.

Het verbod zal op grond van artikel 2 lid 1 AWGB niet gelden voor indirect onderscheid, als het eenzijdig overheidshandelen objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Veel gevallen van ongelijke behandeling door overheidsorganen die in de afgelopen jaren onderwerp van publieke discussie zijn geweest, betroffen geen direct onderscheid op grond van ras of nationaliteit, maar een onderscheid op grond van familienaam, geboorteplaats, woonwijk, verblijfsduur in Nederland, aard van de verblijfsvergunning, kennis van de Nederlandse taal of het gebruik van risicoprofielen die indirect onderscheid op grond van ras of van nationaliteit opleverden. In die gevallen kan het betrokken overheidsorgaan het gebruik van die kenmerken of procedures dus rechtvaardigen door aan te tonen dat is voldaan aan de eisen die artikel 2 lid 1 AWGB stelt. Het College heeft de wettelijke taak en de expertise om die toetsing te verrichten.

Verder geldt het verbod van onderscheid op grond van ras ook bij overheidshandelen niet "in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is" (artikel 2 lid 4, onder a, AWGB). Zo kan het kenmerk 'huidskleur' door de politie worden gebruikt, als dit in een individueel geval noodzakelijk is voor het voorkomen of opsporen van een ernstig strafbaar feit. Het verbod op onderscheid op grond van nationaliteit geldt evenmin voor de overheid, als het onderscheid is gebaseerd op geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht, en in gevallen waarin de nationaliteit bepalend is (artikel 2 lid 5 AWGB). In artikel 2 lid 6 AWGB staat de bevoegdheid om de in artikel 2 genoemde uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van geslacht, ras en nationaliteit bij algemene maatregel van bestuur nader te omschrijven. Bij algemene maatregel van bestuur kan dus bijvoorbeeld worden omschreven in welke bijzondere omstandigheden het kenmerk nationaliteit wel een rol kan spelen, bijvoorbeeld in de opsporing of bij fraudebestrijding of bij het opsporen van mogelijke discriminatie als gevolg van door gemeenten, Belastingdienst of politie gebruikte algoritmen.[50]

In het voorgestelde derde lid wordt de werking van de AWGB wat betreft eenzijdig overheidshandelen op twee manieren beperkt. Ten eerste blijven wetten in formele zin, algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften buiten de werkingssfeer van de AWGB. Die besluiten zijn openbaar. Hun totstandkoming is onderworpen aan democratische controle. Bovendien is er op de (on)verenigbaarheid van die voorschriften met artikel 1 Grondwet controle door de rechter mogelijk, behalve bij wetten in formele zin.

Ten tweede schept het derde lid uitdrukkelijk ruimte om bij of krachtens wet te bepalen, dat het onderscheid op een of meer in art. 1 AWGB genoemde gronden in bepaalde gevallen wel is toegestaan. Zo is deze uitbreiding van de AWGB volgens het voorgestelde derde lid niet van toepassing op onderscheid op grond van nationaliteit dat wordt gemaakt

50. Brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer van 9 februari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 31 066, nr. 783.

in bijvoorbeeld de Vreemdelingenwet, de Kieswet, de Uitleveringswet, in bijna alle sociale verzekeringswetten, de Participatiewet en het Wetboek van Strafrecht.

Alternatieven buiten de AWGB zijn minder laagdrempelig, minder effectief en onnodig complex.

De voorgestelde bepaling laat echter niet toe dat in lagere wetgeving, of door overheidsdiensten of -functionarissen onderscheid op grond van nationaliteit wordt gemaakt zonder expliciete grondslag in een formele, door de Staten-Generaal goedgekeurde wet. Onderscheid op een van de in artikel 1 AWGB genoemde gronden kan ook niet langer zijn gebaseerd op een ministeriële circulaire, interne werkinstructie, richtlijn of protocol, zonder een uitdrukkelijke basis in een gepubliceerd wettelijk voorschrift.

Juist omdat in het eerste lid is gekozen voor een open omschrijving, waardoor de AWGB van toepassing wordt op alle eenzijdige handelingen van de overheid, is een nauwkeurige en volledige omschrijving van de uitzonderingen van belang.

Tot slot hebben we vier mogelijke alternatieve oplossingen overwogen maar verworpen. Vastlegging in een aparte wet zou de gelijkebehandelingswetgeving nog complexer maken dan die nu al is. Ons amendement, dat onder meer beoogt het College ook bevoegd te maken wat betreft eenzijdig overheidshandelen, past niet in de systematiek van de Algemene wet bestuursrecht en wel in die van de AWGB. Versterking van de bestuursrechtelijke toetsing alleen zou om de in paragraaf 5.2 genoemde redenen maar heel beperkt effect hebben. Een eenvoudige toegang tot de handhaving door het College blijft dan uit. Uitbreiding van de bevoegdheden van het College op het punt van onderzoek en beoordeling van discriminatieklachten is zonder wetswijziging niet mogelijk.

8. Terugblik en vooruitblik

- Veel personen die we over ons voorstel spraken, bleken zich aanvankelijk niet bewust van de beperkte gelding van de AWGB voor eenzijdig overheidshandelen. Eerdere voorstellen tot het wegnemen van die beperking stuitten telkens op weerstand van de regering en kregen onvoldoende steun elders.
- Als gevolg van de brief van de drie instanties aan de Minister van BZK van maart 2023 en de aanbeveling in het rapport ‘Blind voor mens en recht’ van de Parlementaire Enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening begin 2024, is het voorstel tot uitbreiding van de werkingssfeer van de AWGB tot eenzijdig overheidshandelen op de politieke agenda gekomen. Dat heeft in het voorjaar van 2025 geleid tot een toezegging van minister Uitermark om wijziging van die wet

voor te bereiden en begin 2026 in consultatie te brengen.

- Sinds het rapport 'Ongekend onrecht' van de POK van januari 2021 zijn nu ruim vier jaar verlopen met praten en schrijven over dit onderwerp. De politieke besluitvorming werd bij herhaling uitgesteld. Twee kabinetscrises, verkiezingen en formaties, en de vele wisselingen aan de top van BZK hebben ongetwijfeld bijgedragen aan die vertraging. Wij kunnen ons echter niet aan de indruk onttrekken dat de vertraging van de ambtelijke en politieke besluitvorming mede het gevolg is van onderschatting van de omvang van de problematiek en de ernst van de gevolgen van discriminatie-ervaringen door de overheid voor betrokken burgers en hun gemeenschappen, die zich behandeld voelen als tweederangsburgers. De herhaalde vraag waarom de bestaande rechtsmiddelen niet voldoen – ook na het Toeslagenschandaal en de discriminatie bij de DUO-controles – wijst ons inziens op een onderschatting van de belemmeringen voor betrokken burgers om effectief op te treden tegen ervaren discriminatie, én op een onderschatting van de kosten voor de overheid die voortvloeien uit het ontbreken van effectieve middelen om tegen discriminatie door overheidsinstanties op te treden.
- De val van het Kabinet-Schoof kan voor nieuwe vertraging in de politieke besluitvorming zorgen. Het kan er echter ook toe leiden dat na de verkiezingen van 26 oktober 2025 extra steun voor deze wetswijziging ontstaat, bijvoorbeeld omdat dit onderwerp in een coalitieakkoord wordt opgenomen.
- Sinds de vaststelling van de AWGB in 1994 is het aandeel van immigranten en hun nakomelingen in de Nederlandse bevolking duidelijk toegenomen. Mede daardoor is ook de omvang en de ernst van deze problematiek toegenomen en zichtbaarder geworden. Verandering van denken en handelen binnen de overheid op dit punt kan tot vermindering van discriminatie door de overheid leiden. Een duidelijke norm kan ook tot steun zijn voor personen binnen de overheid die discriminatie willen voorkomen. Wij verwachten dat de voorgestelde wijziging aan die verandering zal bijdragen.

Kees Groenendijk is emeritus hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Hij heeft veel over het tegengaan van rassendiscriminatie en over onderscheid op grond van nationaliteit gepubliceerd.[51] Hij gaf leiding aan de eerste evaluatie van de AWGB en was bestuurslid van het Landelijk Bureau Racismebestrijding.

Arriën Kruyt was van 1985 tot 1992 directeur van het Landelijk Bureau Racismebestrijding en van 1995 tot 2007 plaatsvervangend lid van de Commissie Gelijke Behandeling, de voorganger van het College voor de Rechten van de Mens. Als kwartiermaker was hij betrokken bij de oprichting van het College.

51. Zijn oratie in Nijmegen was getiteld *Heeft wetgeving tegen discriminatie effect?* (1986, Tjeenk Willink, Zwolle).

Preadvies 5

Spreiding in het volkshuisvestings-beleid en rechterlijke raciale afasie

Drs. M. (Mitchell) Esajas &
prof. mr. T.P. (Thomas) Spijkerboer

Samenvatting

Het spreidingsbeleid bij volkshuisvesting omvatte maatregelen waarmee de Nederlandse overheid vanaf de jaren zeventig mensen van kleur – migranten en staatsburgers zoals Surinamers en Antillianen – geografisch wilde spreiden om vermeende 'gettovorming' te voorkomen. Op basis van juridische casuïstiek en archiefmateriaal analyseren de auteurs hoe dit beleid discriminerende en racistische effecten had, en wat groepen die zich ertegen verzetten aan het non-discriminatierecht hadden. Regeringsfunctionarissen koppelden werkloosheid, armoede, 'achterstand' en criminaliteit aan immigratie, waardoor raciale aannames het beleid onmiskenbaar stuurden. Hoewel 'ras' niet werd genoemd, werd het impliciet aangeduid – een vorm van 'racisme zonder ras', passend bij het dominante zelfbeeld van 'witte onschuld'. De auteurs concluderen dat de rechtspraak blijk geeft van raciale afasie: de bedoelde raciale effecten bleven onbenoemd of werden ontkend. Toch is juridische actie niet zinloos zolang activisten institutioneel racisme blijven agenderen en overheden tot erkenning dwingen.

1. Introductie

Wat hebben groepen burgers die zich verzetten tegen discriminatie op grond van 'ras' aan het recht? Helpt het als zij een juridische procedure aanspannen? In dit preadvies analyseren wij aan de hand van juridische casuïstiek en archiefmateriaal hoe spreidingsbeleid discriminerende en racistische effecten heeft gehad. Het spreidingsbeleid bestond uit maatregelen die de Nederlandse overheid vanaf de jaren 70 inzette om mensen van kleur (migranten, maar ook mensen met de Nederlandse nationaliteit zoals Surinamers en Antillianen) geografisch te spreiden. Aanvankelijk werd de discriminatiegrond vrij onverbloemd genoemd, maar later werden mensen van kleur ongelijk behandeld zonder dat 'ras' expliciet benoemd werd. De overheid wilde vermeende 'gettovorming' voorkomen. In de praktijk leidde dit tot ongelijke behandeling. Raciale discriminatie werd in de juridische casuïstiek rondom spreidingsbeleid vaak ontkend, terwijl dat vanuit belangengroepen van migranten en Nederlanders van kleur wel werd erkend. Ook de regering Den Uyl en de Commissie Gelijke Behandeling spraken in 1974 en 2005 van discriminatie. De vraag waarmee we de casuïstiek en het archiefmateriaal benaderen gaat niet over (on)juiste wetsinterpretatie, maar om de vraag wat groepen die zich verzetten tegen het spreidingsbeleid aan het recht hebben gehad.

Onze analyse zal laten zien dat het recht weinig te bieden heeft gehad bij het bestrijden van racisme in het volkshuisvestingsbeleid. De rechtspraak geeft vooral blijk van afasie: hoewel de bedoelde raciale effecten van het spreidingsbeleid onmiskenbaar zijn, worden die in de rechtspraak niet benoemd of zelfs ontkend. De weinige uitspraken waarin de raciale effecten van het spreidingsbeleid wel onder ogen worden gezien hebben vooral gefungeerd als inspiratie om met andere middelen hetzelfde

effect te bereiken maar dan zonder 'ras' te noemen - racisme zonder 'ras'. Misschien zal dat anders worden sinds de Nederlandse overheid zich door *Black Lives Matter* gedwongen zag om het bestaan van institutioneel racisme te erkennen. Sindsdien is in twee grote rechtszaken (over grensbewaking en over inburgering) het argument dat sprake is van discriminatie wel serieus genomen. Misschien dat een rechterlijk oordeel over spreidingsbeleid nu ook positiever zou uitvallen - al zit de bestaande jurisprudentie die rassendiscriminatie ontkent daarbij wel in de weg. We concluderen dat procederen als onderdeel van een bredere strategie voor activisten soms wel nuttig kan zijn om institutioneel racisme te bestrijden.

2. Witte onschuld & 'racisme zonder ras'

In haar boek 'Witte Onschuld' stelt antropoloog Gloria Wekker dat het meer dan 400 jaar lange koloniale en imperiale verleden van Nederland haar sporen heeft nagelaten in dominante denkpatronen, in instituties en in wat zij het 'culturele archief' noemt. Het denken in termen van raciale hiërarchie is nog sterk aanwezig in de maatschappij terwijl Nederlanders zichzelf als 'onschuldig' en 'kleurenblind' zien. Na de Tweede Wereldoorlog is er volgens Wekker namelijk een dominant zelfbeeld ontstaan waarin Nederland zichzelf als een 'klein doch rechtvaardig' ethisch, kleurenblind land ziet, vrij van racisme.[1] Philomena Essed en Isabel Hoving stellen dat dit zelfbeeld een positie van culturele en morele superioriteit waarborgt door de koloniale geschiedenis verkeerd voor te stellen, onschuld te claimen en beschuldigingen van racisme - soms op een agressieve manier - te ontkennen.[2] Halleh Ghorashi schreef in 2014 dat er een taboe heerste om het in de Nederlandse context over racisme te hebben. Migranten worden categorisch als 'de Ander' gezien met een fundamenteel andere cultuur ten opzichte van de cultuur van 'autochtone' Nederlanders. De migrant was hét probleem, de migrant had een achtergestelde cultuur en moest integreren - lees assimileren - in de 'superieure' Nederlandse cultuur. Cultuur werd vanuit dit dominante denken geëssentialiseerd en geracialiseerd. Zo ontstond er volgens diverse sociaal wetenschappers een 'racisme zonder ras'.[3] Dit zien we ook terug in discours rondom het spreidingsbeleid.

3. Van minderhedenbeleid naar anti-immigratiepolitiek

In de jaren 50 en 60 werden in Turkije en Marokko arbeiders geworven om aan de grote behoefte aan werknemers te voldoen. In dezelfde periode nam het aantal migranten uit voormalige koloniën ook toe. De migratie van zogenaamde 'Rijksgenoten' uit Suriname groeide vooral in het begin van de jaren 70 exponentieel vanwege economische en politieke onzekerheid in aanloop naar de komende onafhankelijkheid van het land. Een groot deel van de migranten - zowel 'gastarbeiders' als Surinamers en Antillianen - vonden huisvesting in oude stadswijken in de grote steden zoals Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht waar er goedkope sociale huurwoningen beschikbaar waren en waar men dicht bij familie en vrienden kon wonen. De verwachting was echter dat zowel de 'gastarbeiders' als de 'Rijksgenoten' na verloop van tijd terug zouden keren naar land van herkomst.[4] De groepen werden gestimuleerd om via gesubsidieerde welzijnsorganisaties de eigen cultuur te behouden. Dit

1. G. Wekker, *Witte onschuld: Paradoxen van kolonialisme en ras*, herziene editie, AUP 2017.
2. P. Essed & I. Hoving (red.), *Dutch Racism*, Rodopi (Vol. 27).
3. V. Stolcke, 'Talking Culture: New Boundaries, New Rhetorics of Exclusion in Europe', 36 (1) *Current Anthropology*, p. 1-24; E. Bonilla-Silva, *Racism without racists: Color-blind racism and the persistence of racial inequality in America*, Rowman & Littlefield 2021.
4. H. Ghorashi, 'Racism and 'the Ungrateful Other' in the Netherlands', 27(1) *Thamyris/Intersecting: Place, Sex & Race* 2014.

sloot aan op de traditie van verzuiling waarin de maatschappij op basis van religieuze en politieke identiteit was georganiseerd. Vanaf 1973 werd het vreemdelingenbeleid gewijzigd in een poging arbeidsmigratie te stoppen. Hierdoor konden 'gastarbeiders' niet meer heen en weer migreren tussen Nederland en het land van herkomst. Zij werden voor de keuze gesteld waar zij zich zouden vestigen. Voor een aantal van hen was dat Nederland. Het duurde tot het begin van de jaren 80 tot Nederlandse beleidsmakers zich realiseerden dat de 'gastarbeiders' niet langer te gast waren, maar zich permanent zouden vestigen in Nederland. Ook werd duidelijk dat de voormalige 'Rijksgenoten' waren gekomen om te blijven. In 1983 werd als reactie hierop het 'Minderhedenbeleid' geïntroduceerd. Hierin lag de beleidsmatige nadruk op 'integratie met behoud van de eigen identiteit'.[5] Belangenorganisaties van migranten werden gesubsidieerd om middels sociale en culturele activiteiten de integratie en het welzijn van de migrantengroepen te bevorderen. Zo ontstonden er tientallen welzijnsorganisaties voor migranten, elk gericht op de eigen bevolkingsgroep.[6]

4. Het spreidingsbeleid in de jaren 70

Zoals eerder beschreven groeide het aantal inwoners van kleur in Nederlandse steden in de jaren 70. Door welvaartsstijging trokken veel oudere, veelal witte bewoners weg uit de vervallende oude stadswijken. In diverse steden leidde de toename van migranten of 'buitenlanders' (waar ook Surinamers en Antillianen toe gerekend werden) tot onrust en 'morele paniek'. *'Angst voor zwarte wijken'* kopte de Volkskrant in november 1977 bijvoorbeeld.[7] Tussen 1970 en 1980 trokken rond de 140.000 mensen van Suriname naar Nederland, bijna de helft van de Surinaamse bevolking. Hoewel ze juridisch gezien Nederlandse staatsburgers waren, onderzocht de Nederlandse regering manieren om de immigratie van deze 'Rijksgenoten' te stoppen, en om degenen die toch kwamen te spreiden over het land. "Nederland is geen immigratieland en mag dit ook niet worden" werd gesteld in een beleidsnota.[8] Velen kwamen terecht in mensonterende pensions die werden beheerd door malafide huisjesmelkers.[9] Zowel landelijk als in steden zoals Amsterdam en Rotterdam werden verschillende vormen van spreidingsbeleid geïntroduceerd. In Amsterdam werden bepaalde wijken gesloten voor Surinamers en 'gastarbeiders'. Miguel Heilbron, mede-oprichter van *The Black Archives*, beschreef hoe Surinaamse actiegroepen en hun bondgenoten hiertegen in verzet kwamen. De actiegroep Overleggroep Pensions publiceerde het 'Zwartboek: Gesloten Wijken' met artikelen over het discriminerende spreidingsbeleid dat ze vergeleken met apartheid. In de Amsterdamse Bijlmer kraakten Surinaamse actiegroepen leegstaande sociale huurwoningen waar ze voorheen niet welkom waren en het stadhuis werd zelfs even bezet door Surinaamse activisten. Het verzet had effect, want in 1978 erkende de verantwoordelijke wethouder Louis Kuipers dat het spreidingsbeleid gestopt moest worden: 'van die afspraak moeten we af. Het is een vorm van discriminatie', stelde hij.[10]

5. K. Nimako & G. Willemsen, *The Dutch Atlantic: slavery, abolition and emancipation*, Pluto Books, 2011, p. 127.
6. A. van Heelsum & E. Voorthuysen, Surinaamse organisaties in Nederland: Een netwerkanalyse, Askant, 2002.
7. 'Zwartboek, Gesloten wijken', februari 1978, Amsterdam: *The Black Archives*.
8. M. Heilbron, "Niet voor Surinamers' Amsterdam sloot complete wijken voor niet-witte Nederlanders', *de Correspondent*, 14 oktober 2017, decorrespondent.nl/7450/niet-voor-surinamers-amsterdam-sloot-complete-wijken-voor-niet-witte-nederlanders/1c87bb25-497b-0e7e-3e67-4983d710c751.
9. Onderneming Onderdak, Humprey Reeder, *Youtube*, 17 september 2016 youtube.com/watch?v=Yk5BaxYSoGw.
10. M. Heilbron, "Niet voor Surinamers' Amsterdam sloot complete wijken voor niet-witte Nederlanders', *de Correspondent*, 14 oktober 2017, decorrespondent.nl/7450/niet-voor-surinamers-amsterdam-sloot-complete-wijken-voor-niet-witte-nederlanders/1c87bb25-497b-0e7e-3e67-4983d710c751.

Figuur 5.1. Zwartboek "Gesloten wijken". Bron: The Black Archives, februari 1978

In Rotterdam stelde het stadsbestuur in dezelfde periode voor om een maximum van 5% migranten per wijk in Rotterdam na te streven. Ook hier kwamen belangengroeperingen tegen in verzet. Opvallend is dat landelijke media ook zeer kritisch waren over het beleid. Het spreidingsbeleid van Rotterdam is “onmiskenbaar racisme”, stelde Vrij Nederland op 19 september 1972. Een journalist van het NRC Handelsblad noemde de 5%-regeling “een ernstige inbreuk op de daarover in de Grondwet vastgelegde beginselen”.[11] Het beleid werd vernietigd door de regering. De belangrijkste grond hiervoor was dat het beleid "niet aan een ieder zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming de gelijkheid voor de wet ten aanzien van het recht op huisvesting” verzekerde. Het was daarom in strijd met het Verdrag ter Uitbanning van Rassendiscriminatie. Het besluit waarbij de regering het spreidingsbeleid vernietigde bevat alleen juridische argumenten. Het is, in het licht van de ontwikkelingen die we hierna beschrijven, opmerkelijk dat de regering het discriminerende karakter van het spreidingsbeleid destijds wel erkende. Rotterdam en Amsterdam bleven ondanks de vaststelling dat sprake was van rassendiscriminatie proberen de nieuwe bewoners te weren.

11. ‘Krijgt Nederland rassenvraagstuk’, NRC Handelsblad 4 november 1972, delpher.nl/nl/kranten/view?query=een+ernstige+inbreuk+op+de+daarover+in+de+Grondwet+vastgelegde+beginselen&coll=ddd&sortfield=date&identifier=KBNRC01:000032062:mpeg21:a0256&resultsidentifier=KBNRC01:000032062:mpeg21:a0256&rowid=3.

5. Spreidingsbeleid in 1981

In 1981 stelde de Rotterdamse gemeente met de nota 'Leegloop en Toeloop' een nieuw spreidingsbeleid voor. In dit nieuwe voorstel wilde de gemeente 'buitenlandse inwoners' in groepen over de stad verspreiden. 'Gebundelde deconcentratie' noemde de gemeente het nieuwe spreidingsbeleid. Organisaties die zich tegen het spreidingsbeleid verzetten noemden het 'ronduit discriminerend'.[12] Roseval, voorzitter van de Landelijke federatie van welzijnsstichtingen voor Surinamers stelde dat het beleid bijdroeg aan het imago dat zij schuld hadden aan problemen in verpauperde oude stadswijken terwijl veel maatschappelijke problemen het gevolg waren van economische neergang. Witte Rotterdammers vonden dat er te veel 'allochtonen' in hun wijken kwamen wonen, in bepaalde wijken zou het percentage rond de 40% schommelen.[13] De wethouder van volkshuisvesting stelde daarom voor om per wijk een percentage van 16% migranten na te streven, zodat migranten 'evenredig' over de stad zouden worden verspreid. Elf welzijnsorganisaties van migrantengroepen spanden echter een kort geding aan vanwege de in hun ogen discriminerende plannen. In maart 1981 werd er een demonstratie bij de Doelen georganiseerd waar honderden mensen protesteerden tegen het gemeentelijke spreidingsbeleid.[14] Op foto's in het bezit van *The Black Archives* zijn mensen te zien met spandoeken en protestborden met leuzen zoals: 'Rascistische spreiding nee!!', 'Stop apartheid', 'Eenheid tussen alle R'dam inwoners' en 'Gelijke rechten voor iedereen!'.

Figuur 5.2. Demonstratie tegen spreidingsbeleid Rotterdam 1981. Bron: The Black Archives

Het kort geding werd in 1981 aangespannen door zes welzijnsorganisaties en twee individuele eisers. Het standpunt dat het spreidingsbeleid discriminatie opleverde, werd door de kort geding-rechter verworpen. De President vond dat het beleid niet was gericht op benadeling van etnische minderheden. Het was "juist gericht op het scheppen van meer kansen op

12. H. de Lange, 'Spreidingsbeleid discriminerend', *Trouw*, 17 maart 1981, delpher.nl/nl/kranten/view?query=spreidingsbeleid+rotterdam+racisme&coll=ddd&sortfield=date&identifier=ABCDDD:010822564:mpeg21:a0153&resultsidentifier=ABCDDD:010822564:mpeg21:a0153&rowid=6.

13. E. van den Bent, *Proeftuin Rotterdam: bestuurlijke maakbaarheid tussen 1975 en 2005*, 2010.

14. 'Manifestatie tegen spreidingsbeleid Rotterdam', *NRC*, 30 maart 1981, nrc.nl/nieuws/1981/03/30/manifestatie-tegen-spreidingsbeleid-rotterdam-kb 000027367-a3265710.

goede huisvesting met name van niet-Nederlandse inwoners van Rotterdam." Elders in de uitspraak staat dat "de niet-Nederlandse Rotterdammers feitelijk ook meer kansen op een woning krijgen in wijken waarin zij tot nu toe minder vertegenwoordigd zijn."

Figuur 5.3. Tijdschrift Span'noe 2, 8e jaargang - 1981. Bron: The Black Archives

Ook de individuele vorderingen werden afgewezen. Een Marokkaanse man die een woningaanbod "in een voor Marokkanen aangewezen wijk" had afgewezen werd, aldus de President, niet benadeeld. Hem was immers een woning aangeboden. Het stond hem vrij de woning te weigeren, maar hij ondervond geen nadelig gevolg van zijn weigering. In een zaak met een Turkse woningzoekende werd een vergelijkbare redenering gevolgd.

De President deed hiermee in feite alsof hij niet begreep dat de eisers bezwaar maakten tegen het discriminatoire karakter van het aanbod van een woning in een "bundelingsgebied". De gedachte die aan de uitspraak ten grondslag ligt is: niet-Nederlanders worden begunstigd door het aanbod van een woning; dat kan naar zijn aard geen discriminatie opleveren, want discriminatie is iets wat je benadeelt.[15]

Daarnaast vond de President dat de zes stichtingen niet namens de etnische minderheden konden spreken: "De 'betrokkenen' zijn kennelijk de personen behorende tot de etnische minderheden die in het verband van hun huisvestingsproblemen met het onderhavige beleid te maken krijgen. [De stichtingen] kunnen niet pretenderen dat zij het oordeel en de gevoelens van al deze naamloze 'betrokkenen' kennen, laat staan dat zij namens al deze betrokkenen mogen spreken."

15. President Arrondissementsrechtsbank Rotterdam 10 april 1981, *Nederlandse Jurisprudentie* 1981, 359, *Kort Geding* 1981, 50.

De kort geding-uitspraak gaf blijk van paternalisme. In feite zei de President van de rechtbank: u meent achtergesteld te worden, maar dat ziet u helemaal verkeerd want het beleid is juist goed voor u. Bovendien vond de President dat de organisaties niet namens hun achterban konden spreken. Waar het spreidingsbeleid in de jaren 70 nog als discriminerend werd gezien, zowel door welzijnsorganisaties als door de Kroon[16], werd het discriminerende karakter in 1981 door de rechter ontkend. De welzijnsorganisaties reageerden teleurgesteld maar strijdbaar: "Dit beleid is niet geloofwaardig, het lokt en straalt racisme uit. Er is met dit spreidingsbeleid sprake van institutionele diskriminatie (...) Het zou in het belang van alle partijen wenselijk zijn indien de gemeente Rotterdam zich alsnog de kritiek aantrekt die de Landelijke Federatie en de andere organisaties op het spreidingsbeleid hebben geleverd. De uitspraak mag negatief zijn uitgevallen voor de aktievoerende organisaties, hun standpunten en ernstige bedenkingen tegen het beleid handhaven zij onverkort." - Harold Roseval & Ben Douglas namens de Landelijke Federatie van Welzijnsstichtingen voor Surinamers.[17]

Volgens diverse onderzoekers had het spreidingsbeleid zeer beperkt effect op de samenstelling van de wijken en op de sociaaleconomische positie van migranten.[18]

6. De allochtoon als bron van maatschappelijke problematiek

De 'zachte aanpak' van het minderhedenbeleid in de jaren 80 veranderde aan het begin van de jaren 90 met de invoering van het 'allochtonenbeleid'. De sociaaleconomische positie van migranten verslechterde en er waren zorgen over achterstanden op het gebied van onderwijs en op de arbeidsmarkt. Het beleid en het politieke discours verschoof van 'integratie met behoud van eigen identiteit' waarbij de overheid verantwoordelijkheid droeg voor de integratie van migranten naar een discours waarin 'allochtonen' zelf verantwoordelijkheid moeten dragen voor hun integratie.[19] In deze context werd de term 'allochtoon' als een 'onschuldige' of 'neutrale' aanduiding gepresenteerd om verschil op basis van migratieachtergrond aan te duiden, terwijl het in feite racialiseringsprocessen in gang zet. "Iedereen weet dat het begrip verwijst naar mensen – van kleur – en hun afstammelingen tot in het nageslacht. In de laatste jaren is het begrip verengd, waardoor nu voornamelijk Islamieten geconstrueerd worden als de ultieme Ander, maar niet zo lang geleden golden Surinamers en Molukkers als niet inpasbaar binnen de Nederlandse samenleving," zei Gloria Wekker.[20] Het debat raakte verhard en 'allochtonen' werden gezien als de oorzaak van sociale en maatschappelijke problemen.[21] De autochtoon werd daarentegen niet geproblematiseerd en hoefde zich niet aan te passen. De cultuur van de autochtoon was de norm waar de 'niet-westerse allochtoon' zich aan diende aan te passen. Een hoge concentratie migranten in stedelijke wijken werd dan ook gezien als een gevaar voor de oorspronkelijke Nederlander, de 'autochtoon'. In deze context werd de spreiding van 'allochtonen' voorgesteld als oplossing voor een maatschappelijk probleem, hoewel onderzoek uitwees dat de effecten van spreidingsbeleid zeer beperkt waren.[22]

16. De term Kroon wordt hier gebruikt voor de Nederlandse regering die na advies van de Afdeling geschillen van de Raad van State besluiten van lagere bestuursorganen kon vernietigen. Aan het Kroonberoep kwam goeddeels een eind met de invoering van de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen in 1976.

17. Span'noe 2, 8e jaargang, 1982 Landelijke Federatie van Welzijnsstichtingen voor Surinamers, bron: *The Black Archives*.

18. E. van den Bent, *Proeftuin Rotterdam: bestuurlijke maakbaarheid tussen 1975 en 2005*, 2010.

19. Kennisplatform Inclusief Samenleven, 'Weg van het zieligheidsdenken', 4 september 2015, kis.nl/artikel/weg-van-het-zieligheidsdenken.

20. G. Wekker, 'Lezing prof. Dr. Gloria Wekker' tijdens conferentie Caleidoscopia 'Ontmoeting over grenzen', Caleidoscopia 4 maart 2005, web.archive.org/web/20150606204115/http://caleidoscopia.nl/archief/lezing-profdr-gloria-wekker.

21. J. van der Meer & M. Ham, 'Het einde van het integratiebeleid', *Sociale Vraagstukken*, 23 december 2011, socialevraagstukken.nl/het-einde-van-het-integratiebeleid/.

22. 'Spreiding lukt niet', *NRC*, 17 maart 2005, nrc.nl/nieuws/2005/03/17/spreiding-lukt-niet-3440387-a1016334.

7. Politieke verschuiving na 9/11 en de moord op Fortuyn

Na de aanslagen van 11 september 2001 nam de anti-immigratie retoriek en islamofobie in Europa sterk toe. In Nederland kreeg deze beweging een gezicht in Pim Fortuyn, een Rotterdamse politicus en voormalig hoogleraar. Fortuyn brak met het traditionele politieke discours door de islam en islamitische migranten openlijk te bekritiseren en migratie als bedreiging voor de Nederlandse cultuur neer te zetten. Zijn boodschap vond veel weerklank in Rotterdam. Als lijsttrekker van Leefbaar Rotterdam won hij in 2002 de gemeenteraadsverkiezingen met klinkende cijfers. Fortuyns opkomst reflecteerde een politieke verschuiving: immigratie werd een centraal thema en anti-immigratiepartijen kregen steeds meer invloed. Na de moord op Pim Fortuyn in 2002 en kunstenaar Theo van Gogh in 2004 verhardde het politieke anti-immigratie discours in Nederland verder. Volgens diverse sociaal wetenschappers ontstond er in Europa een atmosfeer waarin er een groei was van anti-immigratie politiek, expliciet racisme, in het bijzonder gericht op moslims.[23] Politieke partijen namen elementen van Fortuyns anti-immigratie retoriek over, en het debat verschoof blijvend naar rechts. Landelijk profiteerde de Lijst Pim Fortuyn (LPF) en later de Partij Voor de Vrijheid (PVV) van Wilders. In Rotterdam koppelde Leefbaar Rotterdam (LR) sociale problemen expliciet aan immigratie en pleitte voor strenger integratiebeleid. Wethouder Marco Pastors (LR) koppelde het aanzienlijke aantal 'kansarme allochtonen' bijvoorbeeld direct aan maatschappelijke problematiek. Hij stelde voor om 'allochtonen' die zich in de stad wilden vestigen te beoordelen op inkomen, taalniveau en strafblad omdat "de criminaliteit, de agressie, het asociale gedrag loopt in sommige buurten de spuigaten uit [liep]."[24] Hierdoor werd immigratie niet alleen nationaal, maar ook stedelijk een beleidsvraagstuk van anti-immigratiepartijen.

8. Het nieuwe Rotterdamse spreidingsbeleid en de Commissie Gelijke Behandeling 2005

In 2003 werd, op initiatief van de Fortuyn-partij Leefbaar Rotterdam, opnieuw een vorm van spreidingsbeleid voorgesteld in Rotterdam. Er was enige 'morele paniek' ontstaan onder een gedeelte van de witte bevolking van Rotterdam en het stadsbestuur. Uit een onderzoek van het Rotterdams Centrum voor onderzoek en statistiek (COS) bleek dat het aandeel 'allochtonen' in de stad exponentieel zou groeien.[25] In de wijk Charlois zou het aandeel van 'allochtonen' zelfs toenemen tot 85%. Er ontstond commotie nadat wethouder Marco Pastors stelde dat er een 'totale stop' moest komen op kansarme allochtonen en dat de gemeentegrenzen moesten sluiten.[26] Hij wilde 'drastische maatregelen' tegen 'gettovorming' want de wijken zouden worden gedomineerd door sociaal-economische kansarmen. Dit werd direct gekoppeld aan de migratieachtergrond van de bewoners: 'werklozen, junks, ongeschoólden en mensen die de taal niet spreken'. „Helaas zijn dat heel vaak al allochtonen. Antillianen, jonge Marokkanen", aldus wethouder van integratie Van der Tak (CDA).[27] Naar aanleiding van het rapport en de commotie hield PvdA-deelgemeentevoorzitter Dominic Schrijer een pleidooi voor een nieuw

23. H. Ghorashi, 'Racism and 'the Ungrateful Other' in the Netherlands', 27(1) *Thamyris/Intersecting: Place, Sex & Race*, 2014; E. van den Bent, Proeftuin Rotterdam: bestuurlijke maakbaarheid tussen 1975 en 2005, 2010; M. Fennema, Populist parties of the right. *Movements of exclusion: Radical right-wing populism in the Western world*, 2005, p. 1-24.

24. 'Wethouder: stop allochtonen', *NRC*, 5 september 2003, nrc.nl/nieuws/2003/09/05/wethouder-stop-allochtonen-7652627-a806696.

25. E. van den Bent, *Proeftuin Rotterdam: bestuurlijke maakbaarheid tussen 1975 en 2005*, 2010; Nota: Rotterdam zet door: op weg naar een stad in balans, zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21062-111-b1.pdf.

26. 'Wethouder: stop allochtonen', *NRC*, 5 september 2003, nrc.nl/nieuws/2003/09/05/wethouder-stop-allochtonen-7652627-a806696.

27. 'Leefbaar Rotterdam wil limiet aantal allochtonen', *Reformatorisch Dagblad*, 22 augustus 2003, rd.nl/artikel/44899-leefbaar-rotterdam-wil-limiet-aantal-allochtonen.

spreidingsbeleid waarin er sprake zou zijn van 'gedwongen spreiding van zogenaamde kansarmen'.[28] 'Rotterdam hoeft niet de afvoerput van Nederland te zijn' zei hij want de stad kon de problemen in 'zwarte wijken' niet langer aan.[29] Dit paste in de verharde anti-immigratie politiek waar diverse sociale wetenschappers over schreven. De sociale problemen werden als een urgent maatschappelijk probleem gepresenteerd die werden veroorzaakt door de hoge concentratie 'allochtonen'. Er werden, met brede politieke steun, vergaande maatregelen voorgesteld om het probleem nog beheersbaar te houden.

In december 2004 vroeg het regioplatform Maaskoepel - de overkoepelende organisatie van woningcorporaties in de regio Rotterdam - advies aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB, de voorloper van het huidige College voor de Rechten van de Mens) over het beleid van de gemeente Rotterdam om in bepaalde wijken woningen met een huurprijs tussen € 250 en € 500 alleen een huisvestingsvergunning te verlenen aan mensen met een inkomen van meer dan 120% van het minimumloon.[30] Omdat er vrijwel geen woningen waren met een huur onder de € 250 werden deze buurten feitelijk afgesloten voor nieuwe bewoners met een laag inkomen. Achtergrond hiervan waren, aldus een Rotterdamse beleidsnota 'Rotterdam zet door' uit 2003, "de problemen die de instroom van niet-westerse 'allochtonen' [in de nota ook wel aangeduid als 'allochtonen' en 'kansarmen'] veroorzaakt in Rotterdam".[31] De CGB stelde vast dat vooral mensen met een 'niet-westerse achtergrond' (en met name van Turkse, Marokkaanse, Surinaamse of Antilliaanse afkomst), alsmede alleenstaande moeders door deze maatregel werden getroffen. Rotterdam had als rechtvaardiging voor dit indirect onderscheid een aantal beleidsdoelen genoemd. De eerste drie daarvan (het aantrekken van 'gewenste bewoners'; het beheersen van de instroom van 'kansarme groepen'; en een betere spreiding van 'kansarme groepen') merkte de CGB aan als niet legitiem, omdat ze een discriminerend oogmerk hadden. De CGB werkte dit niet uit, maar het oordeel is duidelijk: deze doelen van het beleid hielden in dat bepaalde raciale of etnische groepen, en een bepaalde categorie vrouwen, werden beperkt in hun keuzevrijheid, terwijl andere groepen hun keuzevrijheid behielden. Dit was geen indirect gevolg van het beleid, maar het doel ervan, en dat oogmerk was discriminatoir. De twee andere doelen van het beleid (het versterken van de sociale samenhang; en het tegengaan van illegale bewoning en overlast) vond de CGB wel legitiem. Maar allereerst betwijfelde de Commissie of het middel geschikt was voor deze twee doelen. Waarom zouden mensen met een laag inkomen geen bijdrage kunnen leveren aan sociale samenhang? En worden mensen met een laag inkomen door het weigeren van een huisvestingsvergunning niet juist in de armen van malafide verhuurders gedreven? Hoe dat ook zij, de CGB stelde daarnaast vast dat het middel niet noodzakelijk was, omdat er alternatieve middelen waren om het doel te bereiken die niet leidden tot indirect onderscheid. De Commissie concludeerde dan ook dat het beleid (alsmede de aanhangige Rotterdamwet, waarover hieronder meer) indirect onderscheid opleverde op grond van ras, nationaliteit en geslacht.

28. 'PvdA en CDA zijn voor spreiding kansarmen', *NRC*, 8 september 2003, nrc.nl/nieuws/2003/09/08/pvda-en-cda-zijn-voor-spreiding-kansarmen-7653036-a1174784.

29. 'Spreiding niet langer taboe', Tribune 17 oktober 2003, sp.nl/nieuws/tribune-10-2003-beter-laat-dan-nooit.

30. Commissie Gelijke Behandeling, CGB advies 2005-03 (Huisvestingsbeleid van de gemeente Rotterdam), 7 juli 2005.

31. Nota: Rotterdam Zet Door: op weg naar een stad in balans zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-21062-111-b1.pdf.

Aan dit (niet bindende) oordeel vallen twee dingen op. Ten eerste is het een van de weinig gevallen waarin het spreidingsbeleid met succes werd aangevochten. We kunnen natuurlijk geen oorzakelijk verband aantonen, maar het valt wel op dat de klagers in dit geval geen actievoerders waren, maar een koepel van woningbouwverenigingen - een belangrijke institutionele speler. In tegenstelling tot de jaren 70 en 80 waren er geen welzijnsorganisaties en actiegroepen die protesten organiseerden of rechtszaken aanspanden. De koepel diende bovendien geen klacht in, maar vroeg om een advies. Het zou kunnen dat (semi)rechterlijke instanties welwillender staan tegenover andere instituties (zoals een koepel van woningbouwverenigingen) dan tegenover getroffen individuen of zelforganisaties. Daarnaast is denkbaar dat een instituut zoals de CGB waarvan de oordelen niet bindend zijn inhoudelijk verdergaande oordelen durft te geven dan een rechter, wiens uitspraken wel binden.

Maar ten tweede is het oordeel van de CGB bij nadere beschouwing inhoudelijk problematisch. De beslissing kan namelijk ook worden gelezen als een gereedschapskist voor overheden die indirect onderscheid willen maken op grond van 'ras' en etniciteit waar ze wel mee kunnen wegkomen. De Commissie vond "versterken van de sociale samenhang" en "tegengaan van illegale bewoning en overlast" zonder enige argumentatie wel legitieme doelen. Dit ondanks dat samenhang en overlast, gezien de koppeling aan 'niet-westerse allochtonen', onmiskenbaar codewoorden zijn voor 'ras', zoals bijvoorbeeld Gloria Wekker stelde. In de context van het verharde anti-immigratie discours na de moord op Fortuyn was het duidelijk dat de beleidsmaatregelen waren gericht op het spreiden van de probleemgroep 'niet-westerse allochtonen' en daarmee op bepaalde raciale groepen. Deze doelstelling werd ook ondubbelzinnig uitgesproken door politici. In een nieuwsartikel getiteld 'Leefbaar Rotterdam wil limiet aantal allochtonen' werd voorzitter van de deelgemeente Charlois, Schrijer (PvdA) geciteerd: "Wijken met een te groot aantal allochtonen leveren problemen op. Wij willen geen getto's. Wij willen geen zwarte scholen. Wij willen geen wijken waar integratie onmogelijk wordt omdat er meer allochtonen dan autochtonen wonen. Wij willen geen grote concentraties allochtonen, omdat zij een bovengemiddelde hoeveelheid onderwijsachterstand, integratieproblemen, criminaliteit en werkloosheid met zich meebrengen."[32]

BINNENLAND

Leefbaar Rotterdam wil limiet aantal allochtonen

In navolging van wijlen Pim Fortuyn roept nu ook de voorzitter van de Rotterdamse deelgemeente Charlois, Dominic Schrijer (PvdA), dat Rotterdam vol is.

Van onze correspondent 22 augustus 2003 18:45 | Gewijzigd op 14 november 2020 00:30 | Leestijd 2 minuten

Figuur 5.4. Krantenkop artikel 'Leefbaar Rotterdam wil limiet aantal allochtonen' Bron: Reformatorisch Dagblad, 20 december 2021

32. 'Leefbaar Rotterdam wil limiet aantal allochtonen', *Reformatorisch Dagblad*, 22 augustus 2003, www.rd.nl/artikel/44899-leefbaar-rotterdam-wil-limiet-aantal-allochtonen.

Bij de behandeling van alternatieve beleidsopties legde de Commissie uit dat de gemeente niet alleen naar de vraagkant kan kijken (het weigeren van vergunningen aan mensen die een woning nodig hebben), maar ook naar de aanbodkant (de woningvoorraad). Beleid gericht op het woningaanbod leidde aldus de CGB "niet (...) tot onderscheid, althans vormen van onderscheid die voor betrokkenen minder bezwaarlijk zijn." De Commissie noemde als voorbeelden het te koop aanbieden van woningen aan zittende bewoners (buiten bereik voor mensen met een laag inkomen), en het aantrekkelijker maken van wijken voor "kansrijken" (een term die de CGB eerder als discriminatoir heeft aangemerkt) door woningen samen te trekken, luxe renovatie en dure nieuwbouw. "Deze middelen leiden minder tot uitsluiting en zijn uiteraard geschikt om het doel te bereiken" aldus de CGB. Dit betekent dat de CGB het niet acceptabel vond om de keuzevrijheid van mensen met een laag inkomen (in hoofdzaak 'niet-westerse allochtonen') te beperken door een huisvestingsvergunning te weigeren, maar wel om datzelfde doel te bereiken door de woningvoorraad voor diezelfde groep te verkleinen. Waarom zou dit minder uitsluitend zijn? Kennelijk was het volgens de CGB toch goed voor de 'sociale samenhang' om minder arme, en dus minder gekleurde mensen en alleenstaande moeders in een wijk te hebben. Maar omdat deze selectie niet in de tekst van een gemeentelijke verordening staat, maar wordt vastgelegd in de gebouwde omgeving zelf, is dat voor de CGB kennelijk geen probleem. Discriminatoir vergunningenbeleid mag van de Commissie niet; discriminatoir bouwbeleid (met exact dezelfde doelen, nu verhuld onder de noemer sociale samenhang) wel, omdat het niet onderkend dat dat evenzeer discriminatoir is. Dit onderdeel van het oordeel van de CGB is weer een geval van raciale afasie: het onvermogen om een naam te geven aan wat het geval is. Op deze manier bezien is het oordeel van de CGB net als het spreidingsbeleid een vorm van 'racisme zonder ras': verhullend taalgebruik, maar wel met het doel om 'allochtonen' buiten te sluiten. De gemeente Rotterdam kon hieruit twee dingen leren. Ten eerste: motiveer beleid niet met termen als niet-westerse allochtoon, maar met codewoorden als sociale samenhang. Ten tweede: gebouwen neerzetten die mensen van kleur niet eens kunnen betalen is juridisch veiliger dan betaalbare woningen neerzetten waar je ze met verordeningen uit moet zien te houden.

Ondanks dit kritische oordeel van de CGB over het spreidingsbeleid werd de Rotterdamwet, die daar een wettelijke grondslag voor schiep, in 2006 toch ingevoerd.[33] Die hield, kort samengevat, in dat een huisvestingsvergunning in door de gemeente aangewezen wijken kon worden geweigerd aan mensen zonder eigen inkomen die korter dan zes jaar binnen de gemeente woonden.

9. De Rotterdamwet voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens 2017

Rohiniedevie Garib was een vrouw met de Nederlandse nationaliteit, die met twee jonge kinderen in de Rotterdamse Tarwewijk woonde. De huisbaas wilde haar eenkamerwoning renoveren voor eigen gebruik en

33. Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (*Stb.* 2005, 726); Zie ook de Wet Uitbreiding Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek, (*Stb.* 2014, 152).

bood een driekamerwoning met tuin aan, vlakbij in dezelfde Tarwewijk. De huisvestingsvergunning werd echter geweigerd op grond van de Rotterdamwet, omdat Garib niet al zes jaar in de regio Rotterdam woonde en een bijstandsuitkering had. Garib procedeerde in Nederland tot in hoogste instantie, zonder succes.[34] Op voorstel van de betrokken advocaat (van het Advokatenkollektief Rotterdam) legde Garib de zaak voor aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Hof verwierp haar beroep bij uitspraak 23 februari 2016 (twee rechters waren het daar niet mee eens, zij vonden dat het beroep wel gegrond verklaard had moeten worden). Garib kreeg toestemming om intern beroep in te stellen bij de Grote Kamer van het Hof, die haar beroep evenwel verwierp (met 12 tegen 5 stemmen).[35]

Het eerste opvallende aspect in deze zaak is dat de Grote Kamer van het Hof in gecodeerde vorm weergeeft dat de Rotterdamwet over 'ras' gaat. Het Hof sprak over "toenemende sociale problemen in specifieke binnenstedelijke gebieden in Rotterdam die het gevolg zijn van verarming veroorzaakt door werkeloosheid en de trend om winstgevende economische activiteiten naar elders te verplaatsen", over "de stigmatisering van specifieke binnenstedelijke gebieden als geschikt voor alleen de meest gedepriveerde groepen" (paragraaf 142). In vergelijking met het standpunt van de Nederlandse overheid was dat een ingehouden manier van formuleren. Nederland had het immers over "hotspots" (paragraaf 14) en "concentraties van sociaaleconomisch ondergeprivilegieerden in achterstandswijken" waar sprake was van "antisociaal gedrag, de instroom van immigranten en misdaad" (paragraaf 26). De bevolkingssamenstelling in achterstandswijken moest, zo betoogde Nederland, "diverser" worden, er moest "ademruimte" geschapen worden door "mensen met een inkomen uit arbeid, beroeps- of zakelijke activiteit of studiebeurzen" te stimuleren zich daar te vestigen (paragraaf 29). Door het aan elkaar koppelen van werkeloosheid en armoede, achtergestelde groepen, antisociaal gedrag en misdaad, en immigratie werd 'ras' niet expliciet genoemd maar wel ondubbelzinnig aangeduid - een vorm van 'racisme, zonder ras' dat past binnen het dominante zelfbeeld van 'witte onschuld'.[36] Hoewel de Rotterdamwet formeel gezien mensen niet uitsluit op basis van etniciteit of herkomst bevestigden stadsgeografen Hochstenbach van Gent en Uitermark in een evaluatie van de Rotterdamwet dat het in de praktijk vooral mensen met een migratieachtergrond - ofwel 'allochtonen' uitsluit.[37] Blijkens de uitlatingen van Nederland voor het Europese Hof was dat ook de bedoeling. Verder heeft de termijn van zes jaar verblijf binnen de stadsregio Rotterdam als gevolg dat de gevestigde bevolking (waaronder aloude witte Rotterdammers) niet geraakt wordt door de Rotterdamwet, ook niet als mensen in de bijstand zitten en/of strafbaar gedrag vertonen.[38]

Het eerste opmerkelijke aspect van het arrest van het Hof gaat over het (niet) benoemen van ras. Met betrekking tot de Rotterdamwet was aangekaart dat mogelijk sprake was van indirecte discriminatie op grond van ras of etniciteit.[39] Garib had formeel geklaagd over schending van artikel 2 Protocol 4 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit artikel legt het recht vast van eenieder die zich rechtmatig op

34. Rb. Rotterdam 4 april 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD0270; ABRvS 4 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1845.

35. EHRM 23 februari 2016, EHRM (Grote Kamer) 6 november 2017, *Garib v the Netherlands*, 43494/09.

36. H. Ghorashi, 'Racism and 'the Ungrateful Other' in the Netherlands', 27(1) *Thamyris/Intersecting: Place, Sex & Race,* 2014; G. Wekker, *Witte onschuld: Paradoxen van kolonialisme en ras, herziene editie*, AUP 2017.

37. W. van Gent, C. Hochstenbach & J. Uitermark, 'Exclusion as urban policy: The Dutch 'act on extraordinary measures for urban problems', *Urban Studies* 2018 55(11), p. 2337-2353.

38. Wel werden witte Rotterdammers die dakloos raakten door de Rotterdamwet getroffen, omdat zij doordat ze op straat leefden immers geen inschrijving in de regio hadden.

39. Onder meer door de Raad van State, geciteerd in het arrest par. 23; Commissie Gelijke Behandeling, par. 42 e.v., zie boven; de European Commission against Racism in Europe, de Council of Europe's Commissioner for Human Rights, de European Committee of Social Rights, het VN Mensenrechtencomité, dissent Pinto Albuquerque par. 28.

het grondgebied van een staat bevindt om zich daarbinnen vrij te bewegen en vrij een woonplaats te kiezen. Zij had aangegeven dat er duidelijk onderscheid werd gemaakt op grond van inkomen, en daardoor indirect op grond van geslacht, sociale achtergrond en/of ras. De Kamer van het Hof had dat argument terzijde gelaten. De Grote Kamer had discriminatie (op grond van ras, geslacht en/of sociale klasse) langs twee wegen aan de orde kunnen stellen: (1) door de klacht ook als een klacht over schending van het discriminatieverbod (artikel 14 EVRM, protocol 12 EVRM) aan te merken; en (2) door (zoals de *dissenting opinion* van López Guerra en Keller bij de Kameruitspraak, en de *dissenting opinion* van Pinto Albuquerque bij de Grote Kameruitspraak wel doen) bij de beoordeling van de rechtvaardiging van de inmenging in het recht op vrije woonplaatskeuze te onderzoeken of de inmenging niet discriminatoir was. Met betrekking tot het eerste punt kiest het Hof (zoals wel vaker gebeurt, maar niet altijd) voor een formele lijn: er is niet expliciet geklaagd over artikel 14 of Protocol 12 EVRM, dus valt de kwestie buiten de reikwijdte van het geschil. Met betrekking tot het tweede punt valt op dat Kamer noch Grote Kamer ingaan op de vraag of een inmenging waarvan wordt gesteld dat die discriminatoir is gerechtvaardigd kan zijn.

Door werkloosheid, armoede, antisociaal gedrag, misdaad en immigratie met elkaar te verbinden, benoemt de rechter 'ras' niet, maar duidt het wel impliciet – een vorm van racisme zonder ras.

Hoewel het evident is dat het gaat om wetgeving die de spreiding van geracialiseerde groepen beoogt, benoemen noch Garib zelf noch het Hof dit. Opmerkelijk genoeg gaat Nederland in zijn formuleringen nog het verst in het benoemen van het raciale oogmerk, door de moeilijk te miskennen trits achterstand-immigratie-misdaad te gebruiken. De advocaat van Garib heeft aangegeven dat ras niet nadrukkelijk is benoemd omdat de Rotterdamwet dat zelf ook niet doet. Het benoemen van inkomen als discriminatiegrond lag veel meer voor de hand omdat de Rotterdamwet dit criterium zelf noemt. De nadruk leggen op inkomen bespaarde de advocaat een ingewikkeld argument over indirecte discriminatie, en leek een grotere kans van slagen te hebben.[40] De *dissenting opinion* van Pinto de Albuquerque gaat inderdaad nauwelijks over ras, maar over armoede als verboden discriminatiegrond. Hij noemt wel het intersectionele karakter van armoede (het verband met gender en ras), maar spitst zijn betoog toe op armoede.[41] Dit niet benoemen van de rol van ras, terwijl die evident is, is een juridische versie van raciale afasie - het onvermogen om de voortdurende rol van 'ras' in de samenleving bij naam te noemen.[42]

40. Gesprek met Ruben Wijling, 16 juni 2025.

41. Overigens gaat de dissenting opinion van López Guerra en Keller bij de Kameruitspraak wel in op ras en gender.

42. D. Thompson, 'Through, Against and Beyond the Racial State: The Transnational Stratum of Race', 26 Cambridge Review of International Affairs 2013, 133, 135 2013, geciteerd in E. Tendayi Achiume, 'Racial Borders', *Stanford Law Review* 110, 2022, 445, op p. 447.

Het tweede opmerkelijke aspect van het arrest is dat het uiteindelijk niet de Nederlandse overheid is die (zoals je op grond van artikel 2 Protocol 4 EVRM zou verwachten) moet rechtvaardigen waarom Garib naar een andere woning in haar eigen wijk mag verhuizen, maar dat het Garib is die moet uitleggen waarom ze eigenlijk wil verhuizen, en waarom dat zo nodig binnen de Tarwewijk moet. Artikel 1 Protocol 4 EVRM geeft eenieder die rechtmatig in een land verblijft "de vrijheid om zijn woonplaats te kiezen." Er staat niet dat mensen vrij hun woonplaats mogen kiezen als ze daar een hele goede reden voor hebben, net zoals mensen niet alleen vrijheid van meningsuiting hebben als ze goed gemotiveerde opinies hebben. Mensen mogen zeggen wat ze willen, en mensen mogen wonen waar ze willen. De overheid kan, blijkens paragraaf 3 en 4 van artikel 1 Protocol 4 EVRM, het recht op vrije woonplaatskeuze beperken, maar moet dat rechtvaardigen. Het Hof vindt dat het algemene beleid voldoende gemotiveerd is, maar besteedt een aparte passage aan de toepassing van dat beleid in het geval van Garib. En daar is het ineens niet de overheid die moet legitimeren waarom het ook in Garib's geval redelijk is om haar vrijheid te beperken, maar wordt van Garib verwacht dat zij rechtvaardigt waarom zij die vrijheid zo nodig moet gebruiken. Ze heeft voor haar wens om van een eenkamerwoning naar een driekamerwoning met tuin te verhuizen (een wens waarvan de redenen erg voor de hand liggend zijn) geen andere reden opgegeven dan "haar persoonlijke voorkeur" voor die ruimere woning (paragraaf 160). Garib heeft uitdrukkelijk betoogd dat, zoals in de aard ligt van een fundamenteel recht, zij niet hoeft te rechtvaardigen waarom zij ergens wil wonen, maar dat de overheid moet rechtvaardigen waarom op haar vrijheid een inbreuk kan worden gemaakt. Het Hof overweegt: "als dat zou worden geaccepteerd, zou zowel het Hof zelf als de nationale overheid (...) beroofd worden van de mogelijkheid om de belangen van het individu af te wegen tegen het algemeen belang (...) een ongespecificeerde persoonlijke voorkeur waarvoor geen rechtvaardiging wordt gegeven kan niet zwaarder wegen dan algemene besluitvorming (...)" (paragraaf 166).

> **Juridische raciale afasie is het onvermogen om de voortdurende rol van 'ras' in de samenleving bij naam te noemen.**

Normaal gesproken hebben burgers een recht. Ze hoeven niet uit te leggen waarom ze er gebruik van willen maken - dat is nou juist kenmerkend voor het hebben van een recht. Het is de overheid die moet rechtvaardigen dat een beperking van het recht op zijn plaats is (iemand opsluiten omdat die een misdrijf heeft gepleegd, bijvoorbeeld). Er is één rechtsgebied waar dat niet geldt: het migratierecht. Als gevolg van de 'Straatsburgse omkering' begint het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (anders

dan zijn Latijns-Amerikaanse en Afrikaanse evenknieën) uitspraken in migratiezaken niet met het recht van het individu (waar de staat soms een inbreuk op mag maken), maar met het recht van de staat om migratie te reguleren. In uitzonderlijke gevallen, als een individu aannemelijk kan maken dat bijvoorbeeld gezinsleven alleen in Nederland mogelijk is, kan een vreemdeling rechtvaardigen dat een beperking van dat recht van de staat op zijn plaats is.[43] Het is opvallend dat precies diezelfde argumentatiestructuur hier wordt gebruikt voor wat in feite binnenlands migratiebeleid is. Garib, een Nederlander, beroept zich op het recht om haar woonplaats te kiezen, maar in plaats van van de overheid te eisen dat die rechtvaardigt waarom daar in haar geval van moet worden afgeweken moet zij rechtvaardigen waarom zij nou net in de driekamerwoning met tuin die haar wordt aangeboden wil wonen. Garib is dan wel een Nederlander, maar haar 'niet-westerse allochtoonheid' achtervolgt haar ook binnen Rotterdam.

We zien dus ten eerste dat de gecodeerde, indirecte manier waarop de Rotterdamwet onderscheid op grond van 'ras' maakt het voor de advocaat riskant maakte om dat te benoemen. Verder zien we dat het Hof weigerde te beoordelen of sprake is van rassendiscriminatie, ondanks *dissenting opinons* die dat wel aan de orde stellen en ondanks de uitlatingen van Nederland voor het Hof. Een geval van raciale afasie. Ten tweede zien we dat op iemand van kleur met de Nederlandse nationaliteit een argumentatie wordt toegepast die overigens alleen in het migratierecht voorkomt. Garib wordt in die zin behandeld alsof ze geen Nederlander is die in heel Nederland vrij een woonplaats mag kiezen. In plaats daarvan wordt ze behandeld als een niet-Nederlander die haar aanwezigheid in de Tarwewijk moet rechtvaardigen.

10. Erkenning institutioneel racisme

De intensivering van beleid dat gericht was tegen de migratie van mensen van kleur en de toename van expliciet racisme in het maatschappelijk en politiek debat betekende niet dat het bestaan van institutioneel racisme, waarvan het spreidingsbeleid een uiting is, werd erkend. Integendeel. Als we terugkijken naar de rechtszaken die we hierboven langs liepen, is het verbazingwekkend dat de Nederlandse regering in 1974 oordeelde dat het Rotterdamse spreidingsbeleid wel in strijd was met het Rassendiscriminatieverdrag. Weliswaar is dat wat ons betreft overduidelijk, maar in latere rechtspraak overheerste raciale afasie. Hoe valt te begrijpen dat de regering in 1974 op een andere manier naar de zaak keek? Om die vraag te beantwoorden is onderzoek in het Rijksarchief nodig om te zien wie de zaak aan de orde had gesteld, en zulk onderzoek gaat de omvang van dit artikel te boven. Er waren organisaties die protesteerden tegen het spreidingsbeleid, maar die waren er later ook. Hoe valt het besluit van 1974 te verklaren? We suggereren: omdat er niet alleen protesten waren. Er was ook een regering die zich als centrum-links en progressief profileerde, bijvoorbeeld in de verhouding met Portugal, dat koloniale oorlogen voerde in Angola en Mozambique.[44] Bovendien onderhandelde die regering met Suriname over onafhankelijkheid, die in 1975 werd uitgeroepen. Onze

43. M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants*, Oxford University Press 2015.

44. Kabinet Den Uyl (1973-1977) parlement.com/kabinet-den-uyl-1973-1977.

hypothese is dat in het licht van die onderhandelingen een racistisch spreidingsbeleid slecht uitkwam.

Ondanks deze uitzondering die, denken wij, te maken had met de combinatie van maatschappelijk protest en buitenlands beleid van de regering Den Uyl, werd in de Nederlandse context het bestaan van racisme en discriminatie vooral ontkend. Het was een taboe om het over het r-woord te hebben.[45] In 1981 begreep de President van de Rechtbank Rotterdam niet wat het probleem was. In 2005 vond de Commissie Gelijke Behandeling weliswaar dat het weigeren van huisvestingsvergunningen discriminerend was, maar in het zelfde oordeel overwoog de CGB dat bouwbeleid met een evenzeer discriminerend effect wel toegestaan was. Ook over de Rotterdamwet overheerste bij de Nederlandse en de Europese rechter raciale afasie. Is de conclusie daarom dat activisten niets hebben aan het verbod op rassendiscriminatie, en dat ze hun tijd beter anders kunnen besteden?

In 2020 weigerde premier Rutte nog de term institutioneel racisme in de mond te nemen. Maar in 2021 stelde Ghorashi dat er door jarenlang activisme - in het bijzonder na de *#BlackLivesMatter* protesten van 2020 - meer ruimte is ontstaan om te erkennen dat er sprake is van discriminatie en institutioneel racisme.[46] Na excuses voor het slavernijverleden in december 2022 erkende dezelfde Rutte dat dit een probleem was dat aangepakt diende te worden.[47] De afgelopen jaren zijn er diverse rapporten en onderzoeken over institutioneel racisme in Nederland gepubliceerd en politici hebben publiekelijk erkend dat ook Nederland een probleem van institutioneel racisme kent. Zo schreven Hochstenbach en Van Gent in opdracht van de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme over de doorwerking van het slavernijverleden op de woningmarkt.[48]

Activisme kan bijdragen aan een nieuwe interpretatie van bestaande rechtsregels.

Wij denken dat deze door activisme afgedwongen erkenning van institutioneel racisme bij de Nederlandse overheid ook in de rechtszaal gevolgen heeft gehad. Hoe rechtsregels worden geïnterpreteerd is naar zijn aard contextgebonden, en dus veranderlijk. Activisme is onderdeel van die context, en kan daarom bijdragen aan een nieuwe interpretatie van bestaande rechtsregels. In 2023 verbood het Gerechtshof Den Haag de Koninklijke Marechaussee om bij grenscontroles mede op 'ras' te letten.[49] Ook stelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State onlangs prejudiciële vragen aan het EU Hof van Justitie in Luxemburg over de kwestie of het verschil tussen wel en niet visumplichtige vreemdelingen bij het inburgeringsbeleid in strijd is met het verbod op discriminatie naar nationaliteit. Wel oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak, op basis van de afasie die we vaker zagen, dat er geen sprake is van discriminatie op grond van ras.[50] Beide uitspraken vormen een breuk met

45. H. Ghorashi, 'Waarom is racisme taboe in Nederland?', 2013.

46. H. Ghorashi, 'Taking racism beyond Dutch innocence', European Journal of Women's Studies 30(1), 2023, p. 16-21.

47. P. Haringsma, 'Ik vond Mark Rutte alleen premier voor witte Nederlanders. Dat beeld kan ik nu bijstellen', *de Correspondent*, 20 december 2022, decorrespondent.nl/14086/ik-vond-mark-rutte-alleen-premier-voor-witte-nederlanders-dat-beeld-kan-ik-nu-bijstellen/7fbabbe5-3ff4-0d14-22a1-e226cb13e285; T. Ramdjan, 'Hoe de Nederlandse regering in 2022 volledig van toon veranderde over institutioneel racisme: 'Het was voor Rutte niet meer te negeren'', *Het Parool*, parool.nl/nederland/hoe-de-nederlandse-regering-in-2022-volledig-van-toon-veranderde-over-institutioneel-racisme-het-was-voor-rutte-niet-meer-te-negeren~bca941c9/.

48. W. van Gent & C. Hochstenbach, 'Doorwerking van de slavernij en het koloniale verleden op het gebied van wonen', in: Staatscomissie tegen Discriminatie en Racisme, 'Doorwerkingen van slavernijverleden: Meervoudige perspectieven op de relatie tussen verleden en heden', Den Haag: 2023, open.overheid.nl/documenten/af450156-3527-4111-a44a-7029cfab566f/file.

49. Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

50. ABRvS 11 juni 2025, ECLI:NL:RVS:2025:2628; K. de Vries, 'De witte onschuld van de Afdeling bestuursrechtspraak', *Nederlands Juristenblad* 2025/160.

de eerdere rechtspraak in die zin dat zij de mogelijkheid dat sprake is van institutioneel racisme onder ogen zien, net zoals de Nederlandse regering sinds 2022 doet.

In de zaak over grensbewaking werd institutioneel racisme daadwerkelijk erkend en verboden, terwijl de uitspraak over het inburgeringsbeleid racisme ontkent, maar de smallere discriminatiegrond van nationaliteit (die in het migratierecht gemakkelijk als *proxy* voor ras kan fungeren) wel aan het Europese Hof van Justitie voorlegt.

Op het moment van schrijven is een zaak over spreidingsbeleid in Denemarken aanhangig bij het EU Hof van Justitie in Luxemburg. De Advocaat Generaal, die het Hof adviseert, concludeerde dat het spreidingsbeleid in strijd was met het Europees verbod op rassendiscriminatie.[51]

11. Conclusie

Het is dus eerst en vooral belangrijk dat activisten erop blijven hameren dat op aanwijsbare beleidsterreinen (volkshuisvesting, migratiebeleid) sprake is van institutioneel racisme. Zonder een sterke mobilisatie die binnen overheidsinstanties al enige weerklank heeft gevonden, is er voor de rechter weinig ruimte om institutioneel racisme aan de orde te stellen.

> **Erkenning van institutioneel racisme door overheid en rechter begint bij sterke maatschappelijke mobilisatie.**

Als onderdeel van zo een bredere strategie kan een beroep op de rechter wel zinvol zijn, zeker als er een goede strategie is voor het geval de rechter een zaak afwijst. Zo kan raciale afasie soms nuttig gemaakt worden. Je kan bijvoorbeeld goed betogen dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de Garib-uitspraak geen oordeel heeft gegeven over rassendiscriminatie, zodat die teleurstellende uitspraak in hernieuwde procedures als niet relevant buiten beschouwing kan worden gelaten. Wanneer een brede mobilisatie à la *Black Lives Matter* de overheid dwingt tot erkenning van racisme, ook al is die erkenning grotendeels symbolisch, dan is een gang naar de rechter om daadwerkelijke verandering van beleid af te dwingen niet bij voorbaat zinloos.

51. Conclusie van AG Capeta in zaak C-417/23 van 13 februari 2025, ECLI:EU:C:2025:98.

Mitchell Esajas is antropoloog, curator en sociaal ondernemer. Hij is initiatiefnemer van *Kick Out Zwarte Piet*, *The Black Archives* en mede-organisator van de *Black Lives Matter* protesten. Hij richtte in 2011 samen met studiegenoten New Urban Collective op, een netwerk van zwarte studenten en jonge professionals, dat zich inzet voor dekolonisering van het onderwijs, diversiteit en inclusie op de arbeidsmarkt.

Thomas Spijkerboer is onderzoekshoogleraar Migratierecht aan de Universiteit Gent, waar hij leiding geeft aan het onderzoeksproject *Global Migration Justice: Beyond conflicting approaches to migration in international human rights law* (MIGJUST). Thomas is lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen en de Koninklijke Hollandsche Maatschappij der Wetenschappen.

Preadvies 6

Realiseren van gelijkheid

Maak werk van de constitutionele verplichtingen en collectieve verantwoordelijkheid!

Prof. mr. L.A.J. (Linda) Senden &
mr. M.C.B. (Mirella) Visser

* Deze bijdrage is mede tot stand gekomen op basis van het RE-WIRING Horizon Europe project, gefinancierd door de Europese Unie onder Grant Agreement 101094497.

Samenvatting

Het gelijkebehandelingsrecht is reactief en gericht op individuele klachten. Het legt de naleving vooral bij de burger die ongelijkheid ervaart. Dit houdt institutionele discriminatie in stand. In deze bijdrage bepleiten we een paradigmaverschuiving naar een pro-actief en collectief systeem waarin de realisering van gelijkheid meer komt te liggen bij de verantwoordelijke instituties en actoren. De bespreking van genderongelijkheid in de nieuwe pensioenwet illustreert tekortkomingen in het huidige systeem. We betogen dat de constitutionele verplichtingen van artikel 1 Grondwet en Europese en internationale Verdragen een veel pro-actievere verplichting op de staat leggen. Vervolgens stellen we een herbedradingsstrategie van instituties voor, gegrond in de beleidscyclusbenadering. Die roept om versterking van gelijkheidssensitieve agendering en evaluaties van bestaande en nieuwe wetgeving op alle beleidsterreinen alsook versterkt toezicht, in de vorm van de oprichting van een autoriteit met verdergaande handhavingsbevoegdheden. De voorgenomen wettelijke verankering van de door de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme voorgestelde Gelijkheidsplicht Publieke Sector en aanvullende instrumenten zoals de Discriminatietoets vormen kernelementen in deze strategie.

1. Inleiding

De voorbije decennia markeren grote vooruitgang als het gaat om het aannemen van specifieke gelijkebehandelingswetgeving op Europees en (inter)nationaal niveau. Een cruciaal probleem blijft echter de tekortschietende implementatie, naleving en handhaving van die gelijkebehandelingswetgeving in de praktijk en daarmee de effectiviteit ervan.[1] Ook de pro-actieve bestrijding van discriminatie, ongelijkheid en uitsluiting in bestaande en nieuwe wetgeving op wat voor beleidsterrein dan ook, krijgt veel te weinig aandacht. Die gebrekkige prioriteit komt onder meer voort uit misvattingen over de staat van gelijkheid die in Nederland al bereikt zou zijn, wat de aard en de oorzaak van ongelijkheid is, hoe problematisch dat is, en wie verantwoordelijkheid draagt voor de bestrijding ervan.[2] Het maatschappelijke en politieke beeld van Nederland als egalitair land is vaak rooskleuriger dan de werkelijkheid[3] en formeel gelijk behandelen wordt vaak gezien als de goede weg, zonder voldoende oog te hebben voor het 'anders-zijn' of de bestaande structurele ongelijkheid van een bepaalde groep.[4] Ook worden bestaande ongelijkheden nogal eens afgedaan als een probleem tussen individuen,[5] als privéproblemen (zoals huiselijk geweld)[6] of als privékeuzes (zoals parttime werk) zonder externe omstandigheden in aanmerking te nemen waarover men geen controle heeft (bv. sociale verwachtingen,[7] dure kinderopvang, een ontbrekend zorgsysteem voor afhankelijke ouderen en discriminatie bij toegang in loondienst).

1. Zie o.a. H. Karakus e.a., Gelijk recht doen: Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan, Eerste Kamer der Staten-Generaal, 2022. Maar het is ook een EU-breed probleem; zie bv I. Chopin & C. Germaine, Comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2024, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2025, p. 91-93 en B. Böök, Miguel De La Corte-Rodríguez & A. Timmer, Comparative analysis of gender equality law in Europe 2024, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2025, p. 202-226.
2. Cf. Karakus 2022 (n1) en D. Ardon & R. van Wijngaarden, Gendermainstreaming bij de Rijksoverheid: een gedragswetenschappelijk onderzoek, Movisie, 2024.
3. Zie bv. Rapport CBS, Ervaren discriminatie in Nederland, 2024, en de daarin opgenomen referenties; Rapport Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, Keer op keer. Inzichten in gestapelde discriminatie-ervaringen in Nederland en Europa, 2025.
4. Vgl. Karakus 2022, p. 90 (n1) en UN-Commission Social Economic rights, Concluding observations on the seventh periodic report of the Netherlands, 26 September 2025, E/C.12/NLD/CO/R.7, p. 7.
5. Vgl. Karakus 2022 (n1), p. 90.
6. Vgl. A. Mellaard & T. van Meijl, Domestic violence policies in the Netherlands: A regime of deficiency, Anthropological Theory, 2020, p. 1-23.
7. Zie J. Schippers, Emancipatiebeleid tussen geleefde droom en onvoltooide daad. *Tijdschrift Voor Genderstudies*, *20*(2), 2017, p. 141-146. De hervorming van de pensioenwetgeving biedt een illustratie hiervan; zie par. 4.

Die situatie draagt bij aan de instandhouding van institutionele discriminatie in Nederland, zoals de rapportages van de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (staatscommissie) laten zien. De staatscommissie definieert dit als discriminatie die "structureel ingebouwd is in processen, beleid en regels van overheidsinstanties [...] dat leidt tot structurele ongelijkheid tussen (groepen) mensen."[8] Het huidige juridische systeem is echter onvoldoende toegerust op bestrijding daarvan, omdat het naleving van het gelijkebehandelingsrecht vooral bij de burger legt die discriminatie ervaart. Als David wordt deze verondersteld Goliath aan te klagen of aansprakelijk te stellen hiervoor; de eigen werkgever, een overheidsinstantie, onderneming of enige andere (machtige) partij. Het systeem is dus erg reactief en gericht op individuele klachten, nadat het kwaad al is geschied. De individuele burger draagt daarmee dus ook de last van de bestrijding van structurele discriminaties en ongelijkheden.

In deze bijdrage bepleiten we een paradigmaverschuiving naar een pro-actief en collectief systeem, waarin deze last en taak veel meer komt te liggen bij de instituties en actoren die verantwoordelijk zijn voor de instandhouding van systemen van structurele discriminatie en ongelijkheid en die de constitutionele plicht en bestuurlijke macht hebben daar verandering in te brengen. We stellen de vraag centraal wat het nut en de noodzaak is van een dergelijke paradigmaverschuiving, wat die inhoudt in termen van institutionele 'herbedrading' en wat er nodig is om daartoe te komen. In dat verband kijken we onder meer in hoeverre de door de staatscommissie voorgestelde Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS) als inspiratie en kapstok kan dienen hiervoor.[9] Deze paradigmaverschuiving impliceert overigens niet dat het individuele rechtsbeschermingsmodel niet meer van belang zou zijn, maar dat dit een andere plek in het systeem krijgt; niet meer de te bewandelen hoofdweg maar meer die van een noodroute.

Een effectieve aanpak van de fundamentele oorzaken van ongelijkheid vraagt om een herbedrading van onze instituties.

Achtereenvolgens gaan we nader in op wat de problemen zijn met de huidige focus op individuele rechtsbescherming (paragraaf 2), de constitutionele verplichtingen tot een pro-actieve en collectieve aanpak (paragraaf 3), een praktijkillustratie aan de hand van de nieuwe pensioenwet (paragraaf 4) en een duiding van de belangrijkste componenten van een dergelijke aanpak en van de mogelijke concretisering ervan (paragraaf 5). We sluiten af met een conclusie (paragraaf 6). Zoals zal blijken, vormt het terrein van seksegelijkheid

8. Rapport Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, Discriminatie in dienstverlening. Ervaringen en lessen om discriminatie in publieke dienstverlening te voorkomen en te bestrijden, februari 2025, p. 10.

9. https://www.staatscommissietegen-discriminatieenracisme.nl/documenten/2025/5/19/briefadvies---gelijk-heidsplicht-publieke-sector.

een leidende voorbeeldcasus in onze analyse, een keuze die voortkomt uit onze jarenlange samenwerking op dit terrein waarbij we wetenschappelijke en praktijkinzichten steeds aan elkaar hebben kunnen verbinden. Die verbinding heeft ons tot de conclusie gebracht dat de fundamentele oorzaken van ongelijkheid alleen effectief kunnen worden aangepakt door het *herbedraden* van onze instituties.[10] Dit preadvies heeft niet enkel de gelegenheid geboden om die inzichten bij elkaar te brengen voor een fundamentele reflectie op het Nederlandse rechtssysteem ter realisering van gelijkheid op grond van geslacht, maar ook om die te verbinden met intersectionele discriminatie en discriminatie op andere gronden. Onze analyse, conclusies en aanbevelingen betreffen aldus ook die andere discriminatiegronden.

2. Probleem: het reactieve individuele rechtsbeschermingsmodel

Er zijn veel redenen waarom gelijkheid in de praktijk nog verre van gerealiseerd is, ondanks het steeds grotere corpus aan internationale, Europese en nationale gelijke behandelingsregels en -rechten. Hier focussen we op de juridische inrichting van het systeem van implementatie, handhaving en rechtsbescherming en duiden we de belangrijkste problemen daarin.

2.1 Analyse juridische kader

Artikel 1 van de Grondwet schrijft voor dat "Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan." Deze bepaling zwijgt over de handhaving ervan, maar duidelijk is dat deze met name de verticale verhouding burger-overheid betreft en dat burgers zich hierop kunnen beroepen als de overheid zich schuldig maakt aan ongelijke behandeling.[11] Dit gebeurt bijvoorbeeld met regelmaat in belastingzaken. Veel schieten burgers daar echter niet mee op omdat het Nederlandse rechtssysteem geen constitutionele toetsing erkent.

Artikel 1 heeft uitwerking gekregen in een aantal strafrechtelijke discriminatieverboden[12] en in specifieke gelijkebehandelingswetgeving die civielrechtelijke horizontale verhoudingen tussen burgers onderling betreft, op welbepaalde terreinen zoals arbeid en onderwijs. Het gaat dan in de eerste plaats om de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Deze is buitengewoon summier wat betreft de inkadering van 'bescherming en handhaving'. Kort gezegd ligt daarin enkel besloten dat de burger een gang naar de rechter zal moeten maken om zijn gelijkebehandelingsrecht te halen en dat de bewijslast verschuift wanneer een partij feiten heeft kunnen aanvoeren die onderscheid in zijn nadeel aantonen. Voorts verklaart het bedingen in strijd met de wet nietig[13] en is er het verbod van victimisatie.[14] Vergelijkbare bepalingen zijn te vinden in de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap en Chronische Ziekte[15] en de Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid.[16] De laatste twee wetten verwijzen ook naar de mogelijkheid van onderzoek door het College voor de Rechten van de Mens[17] (het College). Voorheen bevatte

10. L. Senden & M. Visser, 'Balancing a Tightrope: The EU Directive on Improving the Gender Balance among Non-Executive Directors of Boards of Listed Companies', *European Gender Equality Law Review* 2013/1, p. 17-33; L. Senden & M. Visser, *Promoting Women in Management*, CEC European Managers 2014; M. Visser & L. Senden, *Working Paper: Gender-Negligence in the Occupational Pension Law Reform in the Netherlands*, RE-WIRING 2025 (HorizonEurope https://re-wiring.eu/).

11. Zie nader bv. A. Terlouw, Bundel 23: 16. Het gelijkheidsbeginsel van art. 1: vliegwiel of symbool?, Montesquieu Instituut, https://www.montesquieuinstituut.nl/id/vmmsbhkb1udy/bundel_23_16_het_gelijkheidsbeginsel_van.

12. Zie de artt. 137c tot en met 137g en 429quater Sr.

13. Art. 9.

14. Art. 8.

15. Vgl. de artt. 9, 9a, 10 en 11.

16. Vgl. de artt. 10-14.

17. Zie de MvT van laatstgenoemde wet https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32467-3.html.

de AWGB ook bepalingen met betrekking tot de rol en taak van de Commissie Gelijke Behandeling,[18] maar nu ontbeert deze vreemd genoeg verwijzing naar het College dat in 2012 in de plaats is getreden van de Commissie Gelijke Behandeling.

Hetzelfde geldt voor de Wet Gelijke Behandeling van Mannen en Vrouwen (WGB).[19] Deze verwijst enkel naar artikel 646 Boek 7 BW over gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid,[20] dat vergelijkbare bepalingen over bewijslast, victimisatieverbod en nietigheid van strijdige bedingen bevat.[21] Daarnaast stelt het dat toezicht op de naleving van de BW-bepaling in handen is van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, maar dit toezicht beperkt zich vooral tot het instellen van onderzoek en het mededelen van geconstateerd onderscheid aan bepaalde betrokkenen. Vervolgstappen en eventuele controle en sancties zijn daarin niet terug te vinden.[22] Een meer recente en specifieke (tijdelijke) wettelijke regeling is de Wet ingroeiquotum en streefcijfers die beoogt om meer evenwichtige bestuursraden m/v te realiseren en die zowel voorziet in een rapportageverplichting aan de Sociaal-Economische Raad (SER) als in een sanctie van nietigheid (met beperkte rechtsgevolgen) bij benoemingen die het evenwicht niet verbeteren.[23]

Daarnaast kan nog worden gewezen op artikel 3:305a BW en de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA), die het in principe mogelijk maken voor belangenorganisaties om een collectieve actie in te stellen om een verklaring voor recht te krijgen alsook schadevergoeding. Die kunnen ook toepassing vinden in het geval van ongelijke behandeling, zoals in de zaak van Amnesty c.s. tegen de Staat over ongeoorloofd etnisch profileren en rassendiscriminatie bij veiligheidscontroles door de Koninklijke Marechaussee.[24]

Naast deze nationaalrechtelijke bepalingen kunnen burgers voor de Nederlandse rechter ook een beroep doen op allerlei Europees- en internationaalrechtelijke bepalingen die discriminatie verbieden en gelijkheid voorschrijven.[25] In het geval van het EVRM en andere rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht kan dat op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet,[26] in het geval van het EU-recht is dat ook verplicht op grond van de EU-leerstukken van voorrang en de directe werking daarvan.[27] Voorts brengt het EU-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming een aantal eisen met zich mee waaraan een rechterlijk beroep moet voldoen.[28]

2.2 De rol van het College voor de Rechten van de Mens

Behalve naar de rechter is ook de gang naar het College mogelijk. Volgens artikel 1 Wet College voor de Rechten van de Mens heeft het College tot doel in Nederland "de rechten van de mens, waaronder het recht op gelijke behandeling, te beschermen, het bewustzijn van deze rechten te vergroten en de naleving van deze rechten te bevorderen." Daartoe kan het onderzoek doen; - juridisch niet-bindende[29] - oordelen geven;[30] de onrechtmatigheid vorderen van bepaalde gedragingen voor de rechter;[31] rapporteren en aanbevelingen doen; advies en voorlichting geven; onderwijs en onderzoek stimuleren; structureel samenwerken met maatschappelijke organisaties

18. Artt. 11-21, vervallen per 1 oktober 2012.
19. 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.
20. In art. 21.
21. Art. 646 Boek 7, Afdeling 4, leden 11-14 BW.
22. Art. 21.
23. Wet van 29 september 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen.
24. ECLI:NL:GHDHA:2023:17.3.
25. Zie nader par. 3.2.
26. Vgl. L. Besselink, Artikelen 93 en 94: Doorwerking en voorrang internationaal recht. In A. Ellian & B. Rijpkema (Red.), Een Nieuw Commentaar op de Grondwet, 2, Boom, 2022, p. 410-411.
27. Onder de voorwaarden die het EU-recht daaraan stelt. Zie bv. S. Prechal & R. Widdershoven (red.), Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi Libri, 2025.
28. Ibid.
29. Art. 11(2) maakt duidelijk dat het enkel om aanbevelingen kan gaan.
30. Artt. 9-12.
31. Art. 13.

en nationale, Europese en andere internationale instellingen; aansporen tot de ratificatie, implementatie en naleving van internationale verdragen, de opheffing van voorbehouden bij zulke verdragen en de implementatie en naleving van bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties en van Europese of internationale aanbevelingen.[32]

Het College adviseert ook uit eigen beweging of op schriftelijk verzoek van ministers of van de Eerste of Tweede Kamer over (voorstellen van) wetgeving, (ontwerpen van) algemene maatregelen van bestuur en (ontwerpen van) ministeriële regelingen die direct of indirect betrekking hebben op de rechten van de mens. Het College kan ook bestuursorganen of een van beide kamers adviseren over beleid of ontwerpen van bindende besluiten van Europese en andere internationale instellingen die direct of indirect betrekking hebben op mensenrechten. Het kan dit ook doen over andere (ontwerpen van) algemeen verbindende voorschriften van bestuursorganen.[33] De adviezen moeten openbaar worden gemaakt en het College moet deze met de betrokken minister kunnen bespreken.[34] Het heeft ook een onderzoeksbevoegdheid en kan ter plaatse gaan en nagenoeg alle inlichtingen en bescheiden vorderen die voor de vervulling van haar taak redelijkerwijs nodig zijn.[35]

2.3 Analyse beperkingen en tekortkomingen

Deze beknopte verkenning van het juridische kader legt een aantal problemen bloot. Allereerst laat het een gefragmenteerde, incoherente en incomplete aanpak zien; afhankelijk van de discriminatiegrond zijn andere wettelijke bepalingen en standaarden van toepassing voor het waarborgen van rechtsbescherming en handhaving van de gelijke behandelingsnorm. Zonder een duidelijk aanwijsbare reden ontbreekt er dus een eenduidig handhavings- en rechtsbeschermingskader, wat de rechtszekerheid en toegankelijkheid van het recht niet ten goede komt en ook het effectief aanpakken van intersectionele discriminaties bemoeilijkt. Daarnaast reflecteert dit kader geenszins erkenning van de noodzaak van een pro-actieve en preventieve aanpak van discriminatie en ongelijkheid, in tegenstelling tot het Europese en internationale recht (zie hierna paragraaf 3).

Ten tweede heeft de overheid zichzelf een zeer beperkte taak toebedeeld in de controle op de implementatie, naleving en handhaving van het gelijkebehandelingsrecht. Het systeem leunt sterk op de gedachte dat het aan de burger zelf is zijn recht te halen bij de rechter of het College en gaat er daarbij impliciet vanuit dat het om individuele en op zichzelf staande problemen gaat. Die beperkte overheidstaakopvatting en systeeminrichting wringt met de brede erkenning die er nu is van de institutionele en structurele aard van racisme en discriminatie.[36] Als zodanig loopt het systeem dus achter op belangrijke maatschappelijke ontwikkelingen en veranderde morele inzichten[37] en schiet de individuele rechtsbeschermingsroute tekort om stereotyperingen en biases als onderliggende oorzaken van institutionele discriminatie, ongelijkheid en uitsluiting effectief te bestrijden.[38] Dit geldt nog meer voor situaties waarin ongelijke behandeling terug te voeren is op meerdere

32. Art. 3.
33. Art. 5.
34. Art. 8.
35. Artt. 6 en 7. Zie ook Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling, https://wetten.overheid.nl/BWBR0031967/2020-01-01.
36. Karakus 2022 (n1), Eerste voortgangsrapportage Staatscommissie, Aard, omvang en oorzaken van discriminatie en racisme in Nederland, Eerste inzichten en vervolg, 2023.
37. Zie in die zin ook Terlouw (n11).
38. Zie nader par. 3.; H. van Eijken, J. Mink & L. Senden, Waarom het recht geen grip krijgt op institutionele discriminatie op grond van godsdienst. Van individuele casuïstiek naar institutioneel bewustzijn in wetgeving, rechtspraak en beleid, Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid, 2025, p. 7-25.

persoonskenmerken tezamen. Het recht is namelijk ook nog niet goed genoeg toegerust voor een intersectionele benadering in een individuele rechtsgang, wat de bewijslast bemoeilijkt en daarmee de effectieve rechtsbescherming van verschillende groepen mensen.[39] Kortom, structurele problemen vereisen structurele oplossingen, niet enkel pleisters plakken voor individuele gevallen.

Een derde probleem is dat de rechtsgang nog met veel andere hindernissen is geplaveid. De klachten die de rechter c.q. het College bereiken zijn dan ook 'slechts het topje van de ijsberg'.[40] Factoren die de procesgang bij de rechter belemmeren zijn met name: de complexiteit van het systeem en de onbekendheid met de rechten die men eigenlijk heeft en wat die precies inhouden; het verkrijgen van goede rechtshulp en -bijstand en de kosten van een procesgang; onduidelijkheid over de genoegdoening die men kan krijgen, de onzekere uitkomst van een procedure en of het wel de moeite zal lonen; de toepassing van termijnen en de duur van een procedure; bewijsvergaring; beperkt vertrouwen in het rechtssysteem; angst voor represailles door de werkgever; en stigmatisering op het werk en/of in de eigen omgeving.[41] Hoewel de procedure bij het College laagdrempeliger is en er geen kosten aan zijn verbonden, blijft het ontbreken van dwingende werking van de oordelen en adviezen een belangrijke beperking[42] en moet voor herstel of schadeloosstelling alsnog de weg naar de rechter worden bewandeld. De verwachtingen die het systeem daarmee heeft ten aanzien van de burger die deel uitmaakt van een gemarginaliseerde groep die veel ongelijke behandeling en discriminatie ervaart, blijken dus in de praktijk onrealistisch hoog. Immers, zo'n rechtsgang aangaan veronderstelt nogal wat daadkracht, middelen, kennis en vaardigheden van juist de meest achtergestelde en kwetsbare mensen en sluit velen dus feitelijk al bij voorbaat uit. Daarbij komt ook de angst voor stigmatisering.[43] Zij die het wel aandurven moeten op zijn minst voorbereid zijn op een teleurstellende uitkomst. Maar hoe dan ook schiet de individuele rechtsbeschermingsstrategie tekort omdat ze op zijn best soelaas biedt voor de klager in kwestie, maar niets doet aan de situatie van andere slachtoffers en de onderliggende structurele patronen en oorzaken van ongelijke behandeling, discriminatie en uitsluiting.

Structurele problemen vereisen structurele oplossingen, niet enkel pleisters plakken bij individuele gevallen.

Een vierde probleem ligt in de inrichting van het College. Daar waar de Commissie Gelijke Behandeling een specifieke taak was toebedeeld op dit terrein, is de taakstelling van het College uitgebreid naar alle rechten van de mens. Hoewel die uitbreiding op zichzelf genomen positief is, is de

39. Denk bijvoorbeeld aan Roma- of migrantenvrouwen. Nader over intersectionele discriminatie, het preadvies van Dube en Alspeer in deze bundel.

40. O.a. Karakus 2022 (n1), p. 91.

41. Vgl. Chopin en Germaine 2025 (n1) en Terlouw (n11).

42. Recentelijk heeft de UN Commission Social Economic Rights (2025, (n4), p. 7) Nederland aanbevolen te overwegen om de oordelen juridisch verbindend te maken.

43. Zie bv. Böök 2025 (n1), p. 216.

keerzijde ervan dat het College haar aandacht, middelen en menskracht moet verdelen over veel meer mensenrechtelijke kwesties en dat gelijke behandeling als expliciete overheidsprioriteit door de bredere naamgeving aan gezicht heeft ingeboet. Ook kan worden opgemerkt dat door het oordelen over discriminatieklachten neer te leggen bij een gespecialiseerd orgaan, de 'gewone' rechterlijke macht er maar weinig mee te maken krijgt. Dat gaat ten koste van de kennis en ervaring van rechters met dit rechtsgebied.

Daarnaast is het zo dat ondanks de belanghebbende taken en bevoegdheden van het College, haar toezichthoudende bevoegdheden behoorlijk achter blijven bij die van onafhankelijke toezichthouders in andere domeinen van het – vooral economische – publiekrecht; men denke aan de Autoriteit Consument en Markt (ACM), Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Bijvoorbeeld, daar waar de bevoegdheden van het College zich beperken tot advisering en onderzoek zonder harde consequenties en verantwoordingsverplichtingen voor betrokkenen, kunnen de ACM[44], AFM[45] en AP[46] wel scherper monitoren, waarschuwingen afgeven en boetes opleggen. Hun middelen en menskracht daartoe zijn ook vele malen groter dan die van het College, dat in 2024 85 fte in dienst had en 12 miljoen euro budget; ACM, AFM en AP hadden resp. 784, 774 en 320 fte en 114, 142 en 47 miljoen euro budget.[47] Hoewel bijvoorbeeld de ACM en de Inspectie SZW ook de naleving kunnen monitoren van bepaalde gelijke behandelingsregels, heeft bestrijding van discriminatie en racisme in de praktijk vaak niet hun prioriteit omdat dit niet tot hun primaire taak behoort. Overigens draagt een dergelijke versnippering eraan bij dat verantwoordelijkheden niet duidelijk zijn belegd en daarmee gemakkelijk te omzeilen.

Meer ten gronde roept het voorgaande de vraag op naar wat de redenen en rechtvaardigingen zijn om wel ten aanzien van publieke belangen als consumentenbescherming, financiële markten en persoonsgegevens toezichthoudende autoriteiten op te richten, maar dat niet te doen ten aanzien van ons in artikel 1 Grondwet verankerde fundamentele belang van gelijkheid en non-discriminatie, nader genormeerd in vele specifieke wetten en Europese en internationale rechtsinstrumenten? In een tijdsgewricht dat pijnlijk duidelijk maakt dat etnische profilering ook door allerlei overheidsinstanties plaatsvindt, discriminatie in de arbeidsmarkt, onderwijs, gezondheidszorg etc. onverminderd groot is evenals geweld en (seksuele) intimidatie van bepaalde groepen, zou strikte implementatie, naleving en handhaving juist veel hoger en urgenter door de overheid aangeslagen moeten worden.

Tussenconclusie

Resumerend kunnen we stellen dat het huidige juridische en institutionele systeem niet alleen onvoldoende waarborgen biedt voor adequate individuele rechtsbescherming, maar dat dit systeem als zodanig tekort schiet door zich te beperken tot discriminatiebestrijding en die last op de vaak kwetsbare burger legt. Gegeven ook belangrijke maatschappelijke en juridische ontwikkelingen in de laatste decennia, miskent het huidige

44. De Instellingswet ACM geeft ACM de bevoegdheid om o.a. een bestuurlijke boete op te leggen (art. 12m), een bindende aanwijzing te geven (art. 12j), een last onder dwangsom opleggen (art. 12.m, lid 3) en de beschikking openbaar te maken (art. 12u).

45. De Wet op het financieel toezicht; Mandaat AFM.

46. Zie de AVG, UAVG en de EU-Verordening 2016/679 (art. 57 en 58).

47. Bron: jaarverslagen 2024 ACM, AFM, AP en College.

systeem het steeds dringender maatschappelijk moreel imperatief tot actieve bevordering van gelijkheid door de overheid maar ook de dwingende constitutionele verplichtingen daartoe. Die nemen we hieronder nader onder de loep.

3. Verdergaande constitutionele verplichtingen tot gelijkheid

3.1 Positieve verplichtingen op grond van het EVRM en internationaal recht

In verticale relaties tussen de burger-overheid moet gelijkheid worden verzekerd. Dat is geen kwestie van politieke keuze, beleidsvrijheid of discretionaire ruimte voor de overheid, maar een constitutionele verplichting op grond van artikel 1 van onze Grondwet, de EU-Verdragen, het Handvest voor de Grondrechten van de EU en een breed scala aan internationaalrechtelijke verdragen waarin het gelijkebehandelingsrecht is vastgelegd, waaronder het EVRM, CEDAW, IVBSR, Europees Sociaal Handvest, Istanbul Conventie en ILO-Verdrag. Maar constitutionele verplichtingen van de overheid kunnen zich ook uitstrekken tot de bevordering van gelijkheid in horizontale verhoudingen en binnen private instellingen en organisaties, inclusief ondernemingen. Institutionele discriminatie, ongelijkheid en uitsluiting die daarin structureel verankerd zitten moeten in voorkomend geval dus ook pro-actief aan worden gepakt.

> **Realiseren van gelijkheid is geen politieke keuze maar een constitutionele plicht.**

In een bijdrage uit 2010 heeft Goldschmidt reeds in kaart gebracht welke specifieke positieve verplichtingen voor de Nederlandse overheid zoal uit het EVRM en andere internationaalrechtelijke bepalingen voortvloeien ter realisering van gelijke behandeling. Deze omvatten:

- de onderkenning en erkenning van verschil;
- bewijslastverdeling;
- informatie- en onderzoeksplicht;
- de plicht tot deugdelijke motivering;
- effectief beleid ten aanzien van preventie en aanpak van schendingen
- actieve beschermingsplicht; en
- specifieke aandacht voor geschiedenis en achtergrond.[48]

Daarnaast wijst Goldschmidt op de resultaatsverplichting om vooruitgang te realiseren ten aanzien van sociaal-economische rechten en de verplichting om continu te werken aan de verbetering van de rechten van kwetsbare groepen.[49] Terzake van preventie, merkt ze specifiek op dat: “Daar waar daar aanleiding voor is, moet rekening worden gehouden met verschillen, achterstelling en stereotype benaderingen waardoor een ogenschijnlijke neutrale behandeling leidt tot onderscheid op basis van verdachte kenmerken en moeten

48. J.E. Goldschmidt, Positieve verplichtingen als bijdrage aan gelijkheid, in: C. J. Forder (Red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar. Oordelenbundel 2009*, Wolf Legal Publishers 2010, p. 260-266. Voor de eerste aanzet tot de doctrine van positieve verplichtingen, zie EHRM, *Marckx v. Belgium*, uitspraak van 13 juni 1979, Application No. 6833/74, para. 31; L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State* (Intersentia, 2016), p. 47-78.

49. Goldschmidt 2010 (n48), p. 266-267. Cf ook S. Fredman, Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties, OUP 2008.

maatregelen worden getroffen om nadelige effecten tegen te gaan en schade te voorkomen. Deze maatregelen dienen effectief te zijn en daadwerkelijk gehandhaafd te worden."[50]

3.2 Positieve verplichtingen op grond van de EU-Verdragen en het Handvest

De constitutionele verankering van gelijkheid in het EU-recht is gelegen in de erkenning ervan als Europese kernwaarde in artikel 2 VEU en de bescherming van deze waarden als doelstelling van de EU in artikel 3(1) VEU. Artikel 3(3) VEU specificeert dat de Unie sociale uitsluiting en discriminatie bestrijdt en sociale rechtvaardigheid en bescherming en gelijkheid van mannen en vrouwen bevordert. Artikel 19 VWEU behelst de verplichting van de EU en de lidstaten om bestaande discriminaties op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden door een rechtsgrondslag te bieden voor 'passende maatregelen' daartoe. Verschillende EU-richtlijnen zijn op die basis tot stand gekomen met concrete verplichtingen.[51] Artikel 141 VWEU biedt sinds lang een grondslag voor specifieke wettelijke verplichtingen ten aanzien van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid.[52] Artikel 10 VWEU verplicht de EU om bij het vaststellen en uitvoeren van al haar beleid te streven naar de bestrijding van discriminatie op de hiervoor genoemde gronden. Artikel 8 VWEU stelt dat de Unie bij elk optreden moet streven "de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen."

Het Handvest bevat bepalingen die zich ook richten tot de lidstaten en die zij moeten naleven wanneer ze optreden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.[53] Artikel 21 Hv behelst aldus het verbod op discriminatie, waarbij opvalt dat het een ruimer aantal gronden benoemt dan artikel 19 VWEU en deze ook niet uitputtend zijn. Van groot belang is dat het Hof van Justitie EU ook de horizontale werking van artikel 21 Hv heeft erkend, waardoor dus ook private instellingen en actoren gehouden zijn deze na te leven.[54] Daarnaast ligt in artikel 23 j. 51(1) Hv een positieve verplichting besloten voor de lidstaten om binnen de werkingssfeer van het Unierecht de gelijkheid van mannen en vrouwen te waarborgen op alle gebieden, met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning.[55] Opvallend is wel dat de positieve verplichting van gelijke behandeling van mannen en vrouwen daarmee een explicietere verankering heeft gekregen in het EU-recht dan de andere discriminatiegronden, hetgeen wellicht terug te voeren is op de langere historie van het gelijke behandelingsbeginsel m/v in het EU-recht.

Ingevolge artikel 52(3) Hv komt aan Hv-rechten die corresponderen met EVRM-rechten eenzelfde inhoud en reikwijdte toe. Deze bewoordingen impliceren een erkenning van positieve verplichtingen van lidstaten om de Handvestrechten meer vlees op de botten te geven, analoog aan de hierboven geschetste positieve verplichtingen op grond van het EVRM. Het Hof van Justitie EU heeft zich nog maar beperkt uitgelaten hierover, maar in een uitspraak in 2020 stelde het onder verwijzing naar het EVRM en artikel 52(3) Hv dat het Handvest positieve verplichtingen op kan

50. Goldschmidt 2010 (n48), p. 265.

51. Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Pb 2000, L180/22, Richtlijn 2000/78 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb 20000, L303/16.

52. Bijv. Richtlijn (EU) 2023/970 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingsmechanismen, Pb 2023, L132/21.

53. Zie de artt. 51 en 52 Handvest, zoals onder meer uitgelegd in de zaak C-617/10, Akerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:105, r.o. 17-23.

54. O.a. Zaak C-414/16, Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 76-77. Nader daarover, S. Prechal, Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2020, 66, p. 407-426.

55. Zie ook de gender mainstreaming verplichting die voor lidstaten al is vervat in art. 29 van Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, Pb 2006, L204/23.

56. Gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, La Quadrature du Net and Others, ECLI:EU:C:2020:791, r.o. 124-128.

leggen aan de lidstaten.[56] Het is niet enkel de behoefte aan consistentie die hieraan ten grondslag ligt, maar ook de plicht voor de lidstaten om het beschermingsniveau van het Handvest nooit onder dat van het EVRM te laten zakken.[57] Het EVRM vormt dus een minimum beschermingsniveau en de positieve verplichtingen die gelden op basis van het EVRM zouden dan ook logischerwijs op grond van het Hv erkenning en toepassing moeten vinden binnen de werkingssfeer van het Unierecht.

Daarnaast ligt in de bewoordingen van artikel 51 Hv niet enkel een verplichting tot eerbiediging en naleving van het Handvest besloten, maar ook van bevordering van de toepassing ervan. Dat dwingt tot het nemen van concrete maatregelen.[58] De in het Handvest vervatte economische en sociale rechten vragen per definitie om nadere concretisering en sommige bepalingen vereisen specifieke uitvoering. Meer algemeen vraagt de nuttige werking van het Handvest om nadere actie van de lidstaten. Zonder dat is de kans namelijk groot dat de daarin vervatte rechten hun betekenis verliezen en meer symboolwerking hebben dan praktisch effect sorteren. Veel tekenen wijzen derhalve op positieve verplichtingen voor de lidstaten om actief invulling te geven aan de rechten in het Handvest en niets wijst feitelijk op het tegendeel.[59] In de literatuur is er dan ook groeiende consensus dat het Handvest op de voornoemde gronden de lidstaten verplicht tot actief handelen.[60]

3.3 Transformatieve gelijkheid als uiteindelijk doel

Maar daarmee is de kous nog niet af, want de vraag is nog onbeantwoord welke gelijkheidsnorm nu eigenlijk vervat zit in deze constitutionele bepalingen. Oftewel, waartoe moeten de positieve verplichtingen leiden? De in paragraaf 3.1 door Goldschmidt geduide concrete overheidsverplichtingen en het daar aangehaalde citaat laten erkenning zien van stereotypen als oorzaak van schadelijk handelen, discriminatie en uitsluiting en wijzen daarmee reeds in de richting van een transformatief gelijkheidsbeginsel. Transformatieve gelijkheid refereert kort gezegd aan het streven naar de bestrijding van de grondoorzaken van structurele en institutionele discriminatie zoals die besloten liggen in opvattingen en gedragingen die gebaseerd zijn op stereotyperingen en vooroordelen ten aanzien van mensen[61] en de sociale hiërarchie, macht en onderdrukking die daarmee gepaard gaat.[62] Realisering van transformatieve gelijkheid beperkt zich dus niet tot de bestrijding van de manifestaties van ongelijkheid en discriminatie in de zichtbare wereld, maar richt zijn pijlen ook op de transformatie van de oorzaken die veelal onder de oppervlakte schuil gaan. Artikel 5(a) van het VN-Vrouwenverdrag geeft hier het meest duidelijk uitdrukking aan: deze bepaling verplicht staten om: ‘alle geschikte maatregelen te treffen om de sociale en culturele gedragspatronen van mannen en vrouwen te veranderen, met het oog op de uitbanning van vooroordelen, gewoonten en alle andere gebruiken, die zijn gebaseerd op de gedachte van minderwaardigheid of meerderwaardigheid van een van beide geslachten of op stereotype rollen van mannen en vrouwen.’[63]

Transformatieve gelijkheid vraagt dus niet noodzakelijkerwijs – of meestal niet – om een gelijkvormige of zogenaamd ‘neutrale’ aanpak,[64] omdat deze

57. Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, [2007] OJ C303/17.

58. In die zin ook B. de Witte, The strange absence of a doctrine of positive obligations under the EU Charter of Rights, (2020)40(4) Quaderni Costituzionali, p. 855.

59. In deze zin E. Börjedal-Wilms, The division of legal responsibility for protecting fundamental rights: the EU, Member States and the question of positive obligations, concept proefschrift Universiteit Maastricht, 2025, p. 30-33. Ter verdediging in januari 2026.

60. Ibid., p. 30. Vgl. ook M. Beijer, The limits of fundamental rights protection by the EU: the scope for the development of positive obligations, Intersentia 2012; B. de Witte 2020 (n58); O. de Schutter, The CFRU and its specific role to protect fundamental social rights, in P. Dorssemont, K. Lörcher, S. Clauwaert & M. Schmitt, The Charter of Fundamental Rights and the Employment Relation, Hart Publishing 2019; A. Backé, The positive obligations doctrine: a means of effective fundamental rights protection in EU Member States?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Volume 31, Issue 2,2024, p. 147-170.

61. Zie onder meer Fredman 2008 (n49) en J. Goldschmidt, New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention, Nordic Journal of Human Rights, 2017, 35(1), p. 1-14.

62. Vgl. C. Mackinnon, Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law, Harvard University Press 1987 en Barrere die om die reden uitgaat van het begrip ‘subordiscrimination’; M.Á. Barrère Unzueta, El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial Referencia a la Perspectiva Iusfeminista (Grijley 2014).

juist een bestendiging kan vormen van een discriminerende, ongelijke en schadelijke praktijk gebaseerd op stereotyperingen of vooroordelen ten aanzien van bepaalde groepen mensen. Passen we dit toe op het proces van wetgeving en beleid, dan zal een 'neutrale' benadering dus vaak niet neutraal maar nadeliger uitpakken voor bijvoorbeeld de positie van vrouwen, mensen met een andere etnische achtergrond, mensen met beperkingen etc. De positieve verplichtingen van erkenning van verschil, specifieke aandacht voor geschiedenis en achtergrond, actieve beschermingsplicht en effectief beleid van preventie nopen dus feitelijk tot het aannemen en toepassen van een dergelijk transformatief gelijkheidsbegrip.

Transformatieve gelijkheid streeft ernaar de diepere patronen te doorbreken die structurele discriminatie in stand houden.

Op een meer fundamenteel niveau kan het streven naar transformatieve gelijkheid in samenhang worden gezien met een begrip van de EU-Verdragen en het Handvest van de Grondrechten van de Unie als transformatieve constitutie en artikel 1 van de Grondwet in het licht daarvan. '*Transformative constitutionalism*' is een benadering die zijn grondslag vindt in Zuid-Afrika en wordt begrepen als: "een langdurig proces van het opstellen, interpreteren en handhaven van een grondwet om politieke en sociale instellingen en machtsverhoudingen te transformeren, en ze democratischer, inclusiever en gelijkwaardiger te maken.'[65] Uiteraard is de Zuid-Afrikaanse context niet vergelijkbaar met de Nederlandse en Europese context, maar dit begrip is desondanks behulpzaam bij het duiden en begrijpen van het grotere belang van een transformatief gelijkheidsbeginsel in onze context. De lens van '*transformative constitutionalism*' onderstreept namelijk niet alleen het belang van gelijkheid als eigenstandige Europese kernwaarde, maar ook als onderdeel van de kernwaarden van de rechtsstaat en democratie. Daarnaast kan het worden gekoppeld aan de overkoepelende doelstellingen van het realiseren van een sociale markteconomie zoals vastgelegd in artikel 3(3) VEU en een '*economy of well-being*' zoals door de Europese Raad geformuleerd,[66] die daarmee centrale normatieve ijkpunten voor deze transformatie vormen. De interpretatiebenadering van het Hof dat het Handvest "een levend instrument [is] dat moet worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige levensomstandigheden en de opvattingen die vandaag de dag in democratische staten heersen" [67] kan die ontwikkeling ondersteunen. Terlouw bepleit aangaande artikel 1 Grondwet een vergelijkbare levende interpretatie.[68]

63. Onze vertaling.

64. Ibid. Fredman 2008 en Goldschmidt 2017 (n61).

65. K.E. Klare, Legal Culture and Transformative Constitutionalism. South African Journal on Human Rights, 14(1), 1998, p. 146-188. Onze vertaling.

66. Zie Council conclusions on the Economy of Wellbeing, Pb 2019/C 400/09.

67. Zaak C-336/19, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a, ECLI:EU:C:2020:1031.

68. Terlouw (n11).

Tussenconclusie

De besproken Europees- en internationaalrechtelijke normen vormen niet alleen de juridische kaders voor de interpretatie en toepassing van artikel 1 Grondwet en de overige Nederlandse gelijke behandelingsbepalingen, maar brengen ook concrete positieve verplichtingen voor de overheid met zich en daarmee belangrijke transformatieve gelijkheidsopdrachten. Dit vraagt niet om een terughoudende overheid maar een die inzet op een pro-actieve aanpak van het probleem van structurele discriminatie en ongelijkheid, zowel binnen de eigen gelederen als daarbuiten. De idee van de transformatieve constitutie vraagt daarnaast om de erkenning dat structurele discriminatie, ongelijkheid en uitsluiting geen op zichzelf staand probleem is, maar een dat het hart raakt van het deugdelijk functioneren van onze democratie en rechtsstaat. Robuuste rechtsstatelijke en democratische fundamenten en instituties zijn cruciaal voor het weerstaan van interne en externe politieke en patriarchale aanslagen daarop.

Ongelijkheid raakt het functioneren van onze democratie in het hart.

De constitutionele positieve verplichtingen vertalen zich aldus in een constitutionele verantwoordelijkheid voor de bestrijding van structurele discriminatie en uitsluiting. Gegeven de horizontale werking van gelijke behandelingsbepalingen en concrete wettelijke verplichtingen is die verantwoordelijkheid een collectieve – zowel publieke als private – aangelegenheid. De overheid moet als zodanig niet alleen zijn eigen huis op orde hebben, maar ook het goede voorbeeld geven aan de private sector. Een overheid die zich daar niet aan houdt c.q. bijvoorbeeld nalaat preventief op te treden en niet voorziet in een effectief systeem van implementatie, toezicht en handhaving voldoet niet aan die constitutionele verplichting en verantwoordelijkheid en is daarmee nalatig. Hieronder geven we daar een illustratie van.

4. Een illustratie van de nalatige overheid: de Wet toekomst pensioenen

De genderpensioenkloof (GPK), het verschil in pensioeninkomen tussen mannen en vrouwen, is een groot en hardnekkig maatschappelijk probleem.[69] Gepensioneerde vrouwen (65 – 79 jaar) ontvingen in 2024[70] gemiddeld 40% minder pensioen (AOW plus eventueel aanvullend pensioen) dan mannen. Kijkend naar het aanvullend pensioen, dan is de kloof toegenomen van 53% in 2000 naar 56% in 2022. Zo ontvingen mannen in 2022 Euro 14.700 aanvullend pensioen en vrouwen slechts Euro 6.400.[71] Daarmee is Nederland een koploper GPK in de Europese Unie.[72] Voor de oorzaken wordt met name verwezen naar de ingesleten patronen op de arbeidsmarkt, zoals het grote aandeel deeltijdwerkers

69. Deze paragraaf bouwt op M. Visser en L. Senden, *Working Paper: Gender-Negligence in the Occupational Pension Law Reform in the Netherlands*, RE-WIRING 2025 (HorizonEurope; online).

70. Pensioenmonitor meting 2024, p. 6 (Wijzer in geldzaken.nl).

71. CBS 2024, mediaan bruto aanvullend pensioen in particuliere huishoudens 2000-2022.

72. (2024). The 2024 pension adequacy report: current and future income adequacy in old age in the EU. Volume I. Publications Office of the European Union, Table 9, p. 121.

onder vrouwen, de loonkloof en de zorgkloof. Van overheidswege wordt de oplossing vooral gezocht in het vergroten van de arbeidsparticipatie van vrouwen door betere voorlichting te geven over de gevolgen van deeltijdwerk voor hun pensioenopbouw, een "fix de vrouwen" aanpak dus.[73] Een systeembenadering waarin de vraag centraal staat of de fundamenten van ons pensioenstelsel grote verschillen in arbeidsparticipatie op groepsniveau kunnen accommoderen zodat het systeem *in zijn uitwerking* niet discriminerend uitpakt voor sommige groepen, ontbreekt tot op heden. De fundamentele herziening van het pensioenstelsel in 2023 in de vorm van de Wet toekomst pensioenen (Wtp) bood een kans om het verkleinen van de GPK als doelstelling mee te nemen, maar die is niet benut.

Bij beschouwing van de inhoud van de Wtp vanuit genderperspectief vallen twee zaken op. Ten eerste neemt de nieuwe wet de voltijdsnorm van werkenden als uitgangspunt en daarmee een norm die voornamelijk door mannen wordt vervuld, in tegenstelling tot de deeltijdnorm die vooral door vrouwen wordt ingevuld. Ten tweede wordt door toepassing van de vlakke premie en door de grotere afhankelijkheid van beleggingsresultaten het zwaartepunt van de pensioenopbouw verschoven naar het begin van de loopbaan. Dit benadeelt dus werknemers die in die periode minder werken vanwege loopbaanonderbrekingen, zorgtaken of latere toetreding tot de arbeidsmarkt, veelal vrouwen. Hierdoor ontstaat mogelijk een structureel lagere pensioenopbouw voor vrouwen, zelfs als zij later meer of voltijds gaan werken, wat indirecte genderdiscriminatie oplevert. Op het informatieplatform van de overheid wordt wel gewaarschuwd voor potentiële indirecte nadelen voor vrouwen om hiervoor genoemde reden, maar worden er geen consequenties, zoals een verplichting tot financiële compensatie, aan verbonden.[74]

Het is opmerkelijk dat het verkleinen van de GPK tijdens de onderhandelingen tussen sociale partners en de overheid, en later in de Wtp, niet is meegenomen terwijl er voldoende ruimte zat in de algemene doelstellingen van de wet, namelijk het bieden van een eerder perspectief op een pensioen met behoud van koopkracht, het transparanter en individueler maken van pensioenen, en het beter laten aansluiten op maatschappelijke en arbeidsmarktontwikkelingen.[75] Het wetsvoorstel bevat immers ook maatregelen die niet direct met de stelselherziening samenhangen, maar die het aantal personen dat geen aanvullend pensioen opbouwt moet terugdringen (de zogenoemde "witte vlek").[76] De enige aandacht die in het wetgevingsproces aan gendereffecten is gegeven was gericht op het vaststellen *sec* van mogelijke discriminerende effecten en niet op het actief bevorderen van gendergelijkheid.

Maar ook in het voorkomen van discriminatie is de wetgever tekort geschoten. In de uitgevoerde toets volgens het Integrale Afwegingskader (IAK) dat kwaliteitseisen voor beleid en regelgeving bevat,[77] werd bij het ontwerp-wetsvoorstel van de Wtp geen aandacht besteed aan de genderdimensie. Pas na afronding van de internetconsultatie en opstelling van het wetsontwerp overwoog de regering de mogelijke genderimpact ervan en stuurde het voor advies naar het College voor de Rechten van

73. *Kamerstukken II* 2021/22, 36067, nr. 3, zie bijv. p. 175 en 231.

74. Informatieplatform "Werken aan ons pensioen", Eerbiedigende werking. https://www.werkenaanonspensioen.nl/onderwerpen/eerbiedigende-werking-en-compensatie-vz-kant/eerbiedigende-werking-wat-houdt-het-in.

75. Zie IAK bij internetconsultatie: https://www.internetconsultatie.nl/wettoekomstpensioenen/document/6529.

76. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 4, p. 2.

77. In 2022 is het IAK vervangen door het Beleidskompas (kcbr.nl), dat het uitvoeren van een gender *impact assessment* (GIA) voorschrijft. Zie nader par. 5.1. (ii).

de Mens. Het College concludeerde in haar advies dat er een risico op indirecte discriminatie is vanwege de hierboven al aangegeven reden en dat verder onderzoek en stappen noodzakelijk zijn om dit te adresseren, waaronder een verplichting tot compensatie.[78]

De overheid schiet tekort in het verkleinen van de genderpensioenkloof.

In de memorie van toelichting bij de Wtp[79] heeft de regering erkend dat er mogelijk sprake is van indirecte discriminatie van de groep vrouwelijke werknemers, maar zich op het standpunt gesteld dat deze gerechtvaardigd is omdat het gekozen systeem primair beoogt de positie en inzetbaarheid van oudere werknemers te beschermen, onder meer door het verlagen van pensioenpremies op latere leeftijd. Ook is ze van mening dat het gekozen middel aan het evenredigheidsbeginsel voldoet, wat impliceert dat het zowel geschikt als noodzakelijk zou zijn. Ook zou de mogelijk getroffen groep moeilijk exact af te bakenen en te definiëren zijn, waardoor toekenning van compensatie praktisch niet uitvoerbaar zou zijn. Daarmee laat de regering het dus doelbewust over aan individuele burgers om een klacht in te dienen bij het College dan wel een procedure voor de rechter te starten om dit nader te toetsen.

Nederland heeft daarmee de Europeesrechtelijke verplichtingen geschonden die voortvloeien uit eerder genoemd artikel 23 Handvest en artikel 29 van EU-richtlijn 2006/54 (“recast”) die ook ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid omvat. Dit artikel bepaalt namelijk: “De lidstaten houden daadwerkelijk rekening met de doelstelling van gelijkheid van mannen en vrouwen bij de opstelling en uitvoering van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, beleidsmaatregelen en activiteiten op de in deze richtlijn genoemde gebieden.”[80] Het feit dat de sociale partners een belangrijke rol spelen in de totstandkoming van wet- en regelgeving op het gebied van aanvullende pensioenen is geen excuus, integendeel. Niet alleen ontslaat dat de overheid niet van de verantwoordelijkheid voor de juiste implementatie en naleving van deze EU-verplichting te zorgen, maar ook de sociale partners dragen verantwoordelijkheid voor de effectieve naleving van het gelijke behandelingsbeginsel van mannen en vrouwen. Richtlijn 2006/54 is gebaseerd op artikel 141 VWEU, de bepaling waarvan het Hof al in 1976 in de zaak Defrenne vaststelde dat dit horizontale werking heeft ten aanzien van sociale partners en hen dus ook rechtstreeks verplichtingen oplegt tot naleving.[81]

Artikel 29 wijst ook specifiek op uitvoering en wanneer we dit in samenhang zien met de EU-rechtelijke verplichting om de impact van discriminerende bepalingen zo beperkt mogelijk te houden, ook wanneer er een rechtvaardigingsgrond voor is, dan moet Nederland bij de verdere uitvoering van de Wtp alsnog compenserende maatregelen treffen waar

78. College voor de Rechten van de Mens, Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 5, p. 9.

79. Kamerstukken II 2021/22, 36067, nr. 3.

80. Ibid. noot 55.

81. Zaak 43/75, Defrenne II, ECLI:EU:C:1976:56.

mogelijk. Helaas heeft ook de Raad van State in zijn advies aan de regering nagelaten de Nederlandse regering te wijzen op zijn verplichtingen in deze en min of meer de redenering van de regering geaccepteerd dat zo er al van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen gesproken kan worden, "dit in ieder geval gerechtvaardigd wordt in het kader van het nieuwe stelsel als geheel."[82]

Tussenconclusie

Aldus kan worden gesteld dat de regering tot dusverre tekort is geschoten in zijn positieve verplichtingen zoals in paragraaf 3 geduid, zoals het zorgen voor actieve bescherming en effectief beleid en nalatig is geweest in zowel het voorkomen van mogelijke indirecte genderdiscriminatie c.q. het beperken van de gevolgen daarvan. Ook heeft het nagelaten actief stappen te ondernemen om de al decennia bekende genderpensioenkloof kleiner te maken in dit wetgevingherzieningsproces. De verplichtingen in artikel 23 Hv en artikel 29 Recast Richtlijn zijn daarmee door de overheid met voeten getreden en de gevolgen ten onrechte afgewenteld op de schouders van een grote groep vrouwen.

5. Oplossing: naar een pro-actief collectief verantwoordelijkheidsmodel

Hoe nu dit soort situaties voor de toekomst te voorkomen en ervoor te zorgen dat structurele patronen van discriminatie, ongelijkheid en uitsluiting effectief worden bestreden? Oftewel, hoe handen en voeten te geven aan de constitutionele positieve verplichtingen zoals de noodzakelijke onderkenning en erkenning van verschil, in aanmerkingneming van geschiedenis en achtergrond, actieve bescherming en effectief beleid ter preventie van schendingen van het gelijkheidsbeginsel?

Volgens ons vraagt dit om een verschuiving van de focus op het reactieve individuele rechtsbeschermingsmodel naar een pro-actief collectief verantwoordelijkheidsmodel,[83] dat erop is gericht om alle betrokken instituties dusdanig te 'herbedraden' dat ze verantwoordelijkheid nemen voor de actieve invulling en naleving van deze constitutionele verplichtingen.[84] Voor de overheid geldt dat ze verantwoordelijkheid moet nemen in alle fasen van de beleidscyclus – door iedereen die daarin beslissings- en handelingsmacht toekomt of toebedeeld wordt. In voorkomend geval zijn dat ook andere stakeholders en private instellingen en organisaties zoals de sociale partners en ondernemingen.[85] Zo'n strategie geeft ook handvatten voor de aanpak van intersectionele discriminatie en helpt om het cumulatieve effect van discriminatie gedurende de hele levensloop te beperken.[86] De Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS) zoals voorgesteld door de staatscommissie, en geïnspireerd op de Ierse en Britse voorbeelden van een *Public Sector Equality Duty*, biedt een zeer behulpzaam instrument voor de daadwerkelijke invulling hiervan.

Hieronder schetsen we benodigde interventies en de institutionele en juridische ruimte en mogelijkheden die we zien voor implementatie daarvan, te beginnen met de noodzaak van de algehele beleidscyclusaanpak (i). Preventief en corrigerend optreden door middel van evaluatie van

82. W12.21.0366/III.

83. Dit is gebaseerd op bevindingen van het Horizon Europe RE-WIRING project; zie nader het RE-WIRING Research Methodology template, beschikbaar op: www.re-wiring.eu.

84. Met betrekking tot verantwoordelijkheid, zie ook Karakus 2022 (n1), p. 76.

85. Zie bv. de nieuwe EU gelijke beloningsrichtlijn m/v 2023/970 (n52).

86. Zie Rapport Staatscommissie Discriminatie in dienstverlening, februari 2025, p. 42 over dit effect.

beleid en wetgeving (ii) en het stroomlijnen en intensiveren van toezicht en handhaving van wetgeving (iii) zijn cruciale onderdelen daarvan. Maatregelen ter bevordering van diverse en evenwichtige representatie en participatie in de verschillende fasen van de beleidscyclus (iv) zijn een voorwaarde voor het operationaliseren en optimaliseren van de eerste drie interventies.

5.1 Benodigde interventies

(i) Een volledige beleidscyclusbenadering

Vertrekpunt voor welk handhavingssysteem dan ook, is dat voorkomen beter is dan genezen.[87] Dat vraagt om een allesomvattende beleidscyclusbenadering van overheidswege, waarbij systematisch wordt gekeken naar wat er in elke fase gedaan kan en moet worden om aan de positieve gelijkheidsverplichtingen te voldoen en wie daarvoor verantwoordelijkheid draagt. Zoals we in paragraaf 2 zagen, krijgt de rechtsbeschermingsfase nu onevenredig veel nadruk en de overige fasen veel te weinig. De beleidscyclusbenadering die het Kenniscentrum voor beleid en regelgeving (KCBR) hanteert voor de ondersteuning van beleidsmedewerkers en juristen[88] vormt een bestaand instrument dat gebruikt kan worden voor verbetering van deze situatie zoals hieronder nader geduid.

De beleidscyclusbenadering (zie figuur 6.1 hiernaast) heeft allereerst als voordeel dat al in de fase van agendering van nieuw beleid en wetgeving (fase 1), het probleem van ongelijkheid, uitsluiting en discriminatie op welke grond dan ook in aanmerking moet worden genomen door alle betrokkenen op politiek niveau. Concrete doelen moeten worden gesteld en vervolgens geconcretiseerd op verschillende niveaus binnen de ministeries in de voorbereiding van beleid en wetgeving en later gerealiseerd in de besluitvorming (fase 2). Dat impliceert in het bijzonder de uitvoering van ex ante discriminatietoetsen die veel leed zouden kunnen voorkomen (zie hierna (ii)). Het parlement komt in dit verband een belangrijke taak toe in het bijdragen aan beleidsbepaling in de Kamer die bijdraagt aan de realisering van gelijkheid voor iedere burger.

Implementatie en uitvoering (fase 3), toezicht, handhaving en rechtsbescherming (fase 4) en beoordeling en heroverweging van beleid en wetgeving (fase 5) zijn de navolgende fasen. In fasen 3 en 5 spelen evaluaties van wet- en regelgeving een belangrijke rol, maar ook fase 4 is van belang vanwege de problemen inzake discriminatie en gelijkheid die daarin boven kunnen komen drijven in de toezichts-, handhavings- en rechtsbeschermingspraktijk. Opmerkelijk is dat het KCBR fase 4 niet (expliciet) meeneemt in zijn benadering, wat volgens ons juist wel van belang zou zijn vanuit een gelijkheidsperspectief.

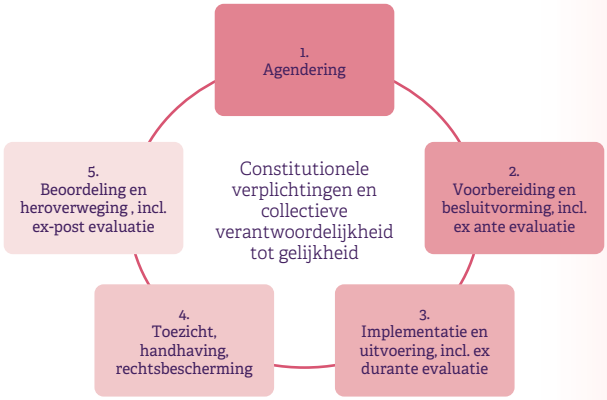
De door de staatscommissie bepleitte GPS[89] zou een uitstekend kader bieden voor de inbedding van de volledige beleidscyclusbenadering, waarbij de positieve overheidsverplichtingen in de verschillende fasen nader kunnen worden geconcretiseerd. Ten aanzien van agendering bepleiten we onder meer een verplichte standpuntinname van elke nieuwe regering en nationaal actieplan terzake van de positieve verplichtingen die artikel 1 Grondwet en

87. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS)* (briefadvies), p. 17.

88. https://www.kcbr.nl/sites/default/files/2024-09/Beleidscyclus_Webtoegankelijk.pdf

89. Zie de drie bouwstenen regelen, verantwoorden en toezien in het briefadvies van de Staatscommissie inzake de Gelijkheidsplicht Publieke Sector, p. 17.

het Europese en internationale recht met zich brengen. Niet alleen zou dat ministers en ambtenaren helpen meer richting te geven aan de invulling van en controle op de positieve verplichtingen die Nederland heeft inzake gelijkheid, maar ook verschillende stakeholders waaronder maatschappelijke organisaties. Het parlement zou behalve in de besluitvorming ook een belangrijke controlerende rol hebben in de andere fasen.



Figuur 6.1. Fasen van de beleidscyclus, geïnspireerd op o.a. de beleidscyclusbenadering KCBR

(ii) Evaluatie van beleid en wetgeving

Evaluatie van beleid en wetgeving is aan de orde in ieder geval in fasen 2, 3 en 5, maar mogelijkerwijs ook in fase 4. Als het specifiek gaat om evaluatie daarvan ten aanzien van gelijkheidsaspecten valt er echter nog een wereld te winnen binnen het huidige Nederlandse systeem. Allereerst bleek hiervoor al dat de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving geen juridische verplichting tot een ex ante discriminatie/gelijke behandelingstoets bevat in de voorbereidende en besluitvormingsfase (fase 2). Naar Belgisch en Spaans voorbeeld[90] zou dit kunnen worden ingevoerd, mogelijkerwijs als onderdeel van een GPS. Sinds 2022 is wel een - intersectionele - gender effectentoets vastgelegd als een verplichte kwaliteitseis voor nieuwe en bestaande wet- en regelgeving in de Aanwijzingen voor de regelgeving en (nu) het Beleidskompas, maar dit geldt (nog) niet voor de andere discriminatiegronden op zichzelf genomen.[91] Dit contrasteert wederom met het grote gewicht dat economische belangen krijgen in het Beleidskompas, gegeven de verplichte kwaliteitseisen in de vorm van een bedrijfseffectentoets, MKB-toets en databeschermingstoets.[92] Uitbreiding van de ex ante gendertoets naar andere discriminatiegronden kan reeds binnen de bestaande juridische en institutionele kaders worden opgepakt en de door de staatscommissie ontwikkelde Discriminatietoets Beleidsprocessen vormt hier al een direct toepasbaar hulpmiddel voor.[93]

Maar in de tweede plaats moet de daadwerkelijke toepassing van de ex ante gendertoets c.q. in te voeren algemene gelijke behandelingstoets worden verbeterd. De hiervoor beschreven pensioencasus is symptomatisch voor een algemeen probleem van tekortschietende toepassing van de gendertoets, zoals uit een aantal recente studies blijkt.

90. Voor wat betreft juridisch verplichte gender testen in bv Spanje en Belgie, zie L. Senden e.a, *Working paper: root causes of gendered law- and policymaking processes and their effective tackling*, 2024, p. 24 (RE-WIRING, online).

91. kcbr.nl.

92. *Beleidskompas*, par. 3.1 (kcbr.nl).

93. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), *Discriminatie in dienstverlening. Ervaringen en lessen om discriminatie in publieke dienstverlening te voorkomen en te bestrijden* (voortgangsrapportage), p. 12 e.v.

Oorzaken liggen in het bijzonder in gebrekkige politieke richting, te zwakke en onduidelijke juridische verplichting, tekortschietend commitment van leidinggevenden en ambtenaren, te weinig administratieve, financiële en personele ondersteuning, gebrek aan data, bewustzijn, te weinig kennis en training, gebrekkige controle en ontbrekende consequenties bij niet nakomen van de kwaliteitseis.[94] Deze oorzaken vragen om acties op verschillende overheidsniveaus, maar omvatten in ieder geval ministers, leidinggevenden, beleidsambtenaren en wetgevingsjuristen, maar ook parlement en regering als het gaat om het beschikbaar stellen van de benodigde middelen en capaciteit en bijvoorbeeld Raad van State en parlement als het gaat om controle op naleving. Ook in dit verband kan al meer worden gedaan binnen bestaande institutionele en juridische kaders dan nu het geval is.[95]

Hetzelfde geldt voor een derde aandachtsveld, namelijk dat van ex durante evaluatie en monitoring gedurende fase 3 van implementatie en uitvoering van beleid en van ex post evaluaties in fase 5. Hoe en of ex durante en ex post evaluaties nu het probleem van gelijkheid adresseren is zeer onduidelijk. In ieder geval bieden bestaande evaluatie-instrumenten naast het Beleidskompas al veel kansen en mogelijkheden voor een strategischere evaluatie van de impact op gelijkheid van Nederlandse wetgeving en beleid. Het gaat dan onder meer om de Strategische Evaluatie Agenda, de Publieke Waarde Scan en de Periodieke Rapportages.[96]

Verplicht een discriminatietoets op alle gronden, in alle fasen van de beleidscyclus.

De regeling van een GPS die een wettelijke grondslag zou bieden voor een verplichte discriminatietoets op alle gronden en niet alleen ex ante, maar ook in de andere evaluatiefasen zou een zeer welkome stap vooruit zijn. Bovenal omdat deze meer waarborgen geeft voor een coherente en consistente implementatie van een gelijkheidsperspectief in het algehele wetgevings- en beleidsproces en dat daarmee handvatten biedt voor de effectieve controle daarop en noodzakelijke opvolging van de uitkomsten ervan, met name de bijsturing van wetten en beleid met (ook onbedoelde) discriminerende en ongelijke effecten.

(iii) Intensiveren toezicht en handhaving

Toezicht en handhaving (fase 4) kent veel beperkingen zagen we in paragraaf 2. De staatscommissie spreekt in het kader van de GPS van een in te voeren “passend verantwoordings- en toezichtsmechanisme” dat in een basis-, midden- en uitgebreide variant vorm zou kunnen krijgen. Deze varianten impliceren respectievelijk stimulerende maatregelen, een landelijke GPS-inspectiedienst en een onafhankelijke GPS-autoriteit.[97] Wij bepleiten invoering van de uitgebreide variant om tenminste drie redenen.

94. Zie de rapporten genoemd in noot 2 en M. Husson, P. Hensums & L. Senden, Institutional, experiential and symbolic hindrances to realise gender-responsive law and policymaking in the Netherlands, nng concept-manuscript, beschikbaar bij de auteurs.

95. Zie C. Perrin, L. Senden & P. Kapotas, RE-WIRING TEA policy evaluation checklist to identify and tackle gendered law- and policymaking processes 2024 (RE-WIRING, online) en het rapport genoemd in noot 90.

96. Zie onder andere https://evaluaties.rijksfinancien.nl/evaluatiestelsel.

97. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS)* (voortgangsrapportage), p. 130-135.

Ten eerste, de effectieve implementatie, uitvoering en naleving van het gelijkebehandelingsrecht is al decennia een groot zorgenkind (zie paragraaf 2.3). Stimulerende maatregelen blijken steeds weer niet de gewenste resultaten op te leveren. Het persistente probleem van gelijke beloning m/v is exemplarisch, met een wetsgeschiedenis sinds 1957 en de wettelijke erkenning pas in 2023 van de noodzaak van striktere wettelijke handhavings- en toezichtsbepalingen.[98] Ten tweede zagen we dat collectieve verantwoording, toezicht en handhaving ten aanzien van discriminatie en gelijke behandeling van – groepen – mensen ver achterblijven bij ontwikkelingen en strengere structuren in andere – met name economische – domeinen van het recht. Er zijn voor zover wij hebben kunnen vaststellen geen objectieve redenen om die discrepantie in benadering te rechtvaardigen, integendeel. Want, ten derde, de huidige handhavingsbenadering loopt in toenemende mate uit de pas met het constitutionele gewicht dat het gelijkheidsbeginsel door de tijd heen heeft gekregen, getuige de hiervoor geduide constitutionele negatieve en positieve verplichtingen voor overheid maar ook private actoren. Zonder sterk toezicht en handhaving dreigt het gelijke behandelingscorpus te vervallen tot symboolwetgeving en een papieren werkelijkheid die het vertrouwen in het rechtssysteem en de rechtsstaat aantast.

Versterk toezicht door een nieuwe centrale autoriteit met sterke controlerende en handhavingsbevoegdheden.

Wij zijn daarom voorstander van een benadering die analoog is aan die van andere rechtsdomeinen, waarbij toezicht wordt belegd bij een centraal orgaan dat sterke controlerende en handhavingsbevoegdheden heeft. Het huidige College voor de Rechten van de Mens is hier onvoldoende voor toegerust. Het College zou de focus kunnen houden op oordelen in individuele gevallen, terwijl een onafhankelijke GPS-autoriteit of Nederlandse Emancipatie Autoriteit (NEMA) opgericht zou kunnen worden[99] met de benodigde middelen, taken en bevoegdheden[100] zoals de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) die heeft. Zo'n autoriteit zou actief kunnen toezien op de naleving van de GPS zoals wettelijk ingevuld en de mogelijkheid moeten hebben om waarschuwingen, boetes en dwangsommen op te leggen, ook als het gaat om private partijen die zich niet houden aan de gelijke behandelingsregels die voor hen gelden.

Het voordeel van een dergelijke autoriteit is ook op zijn minst drieledig: deze onderstreept de urgentie en het belang die constitutioneel en maatschappelijk toekomen aan gelijkheid; de verantwoordelijkheid op naleving en handhaving is veel duidelijker en sterker belegd en

98. EU Richtlijn 2023/970 (n52).

99. Zie onze eerdere oproep hiervoor: L. Senden, R. Buikema & B. Derks, 'Hoog tijd voor een Nederlandse Emancipatie Autoriteit', *Volkskrant* 14 juni 2020; R. Buikema e.a., 'Manifest voor de oprichting van de Nederlandse Emancipatie Autoriteit', uu.nl https://www.uu.nl/nieuws/manifest-voor-de-oprichting-van-de-nederlandse-emancipatie-autoriteit.

100. Zonder dat is er het risico van goldplating of box ticking; zie Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS)* (voortgangsrapportage), p. 117.

georganiseerd waardoor de huidige fragmentatie, incoherentie en het gebrek aan prioriteit wordt aangepakt; en deze functioneert los van de overheid op wiens handelen ze moet toezien, wat bij een GPS-inspectiedienst niet het geval zou zijn.

(iv) Representatie en participatie in de beleidscyclus

Last but not least, 'niets over ons zonder ons' moet het leidende adagium zijn in de verschillende beleidscyclusfasen, onder meer om de geschiedenis en achtergrond van verschillende gemarginaliseerde groepen mensen adequaat in aanmerking te kunnen nemen, en de gewenste c.q. noodzakelijke bescherming te kunnen bieden.[101] Maar bepaalde groepen zijn nog steeds sterk ondervertegenwoordigd binnen politieke en bestuurlijke overheidsorganen, zoals vrouwen en mensen met een niet-westerse achtergrond of religie. Het bevorderen van hun evenwichtige vertegenwoordiging in besluitvorming en hun bijdrage aan evaluatieprocessen vraagt om het nemen van meer collectieve verantwoordelijkheid daarvoor.

Verschillende soorten positieve-actiemaatregelen zijn denkbaar om diverse vertegenwoordiging in besluitvormingsposities te vergroten. Tot dusverre heeft de Nederlandse wetgever hier maar zeer matig gebruik van gemaakt.[102] De EU heeft niet-bindende instrumenten ontwikkeld, zoals de Aanbeveling van de Raad in 1996 over evenwichtige deelname van vrouwen en mannen aan de besluitvorming,[103] en wettelijke maatregelen voor ondernemingen.[104] Opvallend is dat bindende maatregelen, zowel op EU- als op nationaal niveau, zich beperken tot de private sector en niet de politieke besluitvorming of bestuurlijke niveaus betreffen. Op EU-niveau heeft dit te maken met de beperkte EU-competentie om wetgeving dienaangaande aan te nemen,[105] maar op nationaal niveau staat niets daaraan in de weg.

> **Het adagium 'niets over ons zonder ons' moet leidend zijn in de gehele beleidscyclus.**

De gendertoets in het Beleidskompas erkent wel de noodzaak van consultaties van 'alle belanghebbenden' met oog op gevolgen voor de 'kwetsbare burger', maar deze lijken vooralsnog erg ad hoc te worden ingericht waarbij een *e-learning* module wel handvatten geeft voor het betrekken van belanghebbenden.[106] In de recent bijgewerkte versie van de Handreiking effecten op gendergelijkheid is consultatie vrijblijvender geformuleerd.[107] Het voorstel van de staatscommissie om convenanten te sluiten met het maatschappelijk middenveld met betrekking tot hun participatie en de modaliteiten daarvan[108] verdient navolging, omdat dat bijdraagt aan een structurelere betrokkenheid van bepaalde gemarginaliseerde groepen.

101. Zie ook Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS)* (voortgangsrapportage), p. 127.

102. Zie art. 12(3) Kaderwet Adviescolleges en het genderstreefcijfer in de Emancipatienota 2022-2025, p. 33.

103. Aanbeveling van de Raad uit 1996 over evenwichtige deelname van vrouwen en mannen aan besluitvorming (96/694/EG).

104. RICHTLIJN (EU) 2022/2381 VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 23 november 2022 inzake het verbeteren van het genderevenwicht bij bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen. De aanname hiervan is voornamelijk gegrond in het economische perspectief van de interne markt Pb 2022, L315/44.

105. Zie Richtlijn 2022/2381; B. Kotevska, V. Pavlou en J. Votinius, Gender blance in political decisionmaking, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023.

106. https://rise.articulate.com/share/mFNCDQ_1B4Rg0i-s46uQ91xMLcox3jaA#/.

107. Zie https://www.kcbr.nl/ontwikkelen-beleid-en-regelgeving/beleidskompas/verplichte-kwaliteitseisen/effecten-op-gendergelijkheid.

108. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS)* (voortgangsrapportage), p. 137.

Vanuit transformatief gelijkheidsperspectief beschouwen wij positieve-actiemaatregelen zoals een vrouwen- of diversiteitsquotum niet alleen als een middel om gelijkheid te realiseren, maar ook als erkenning van het feit dat bepaalde groepen uitgesloten en ondergeschikt zijn aan anderen in het sociale contract van de democratie.[109] Dat Nederland dergelijke maatregelen niet heeft genomen voor het bestuurlijke en politieke domein is volgens ons tekenend voor een ontbrekend bewustzijn of zelfs ontkenning hiervan. Hoewel het behoren tot zo'n groep niet impliceert dat men positief staat tegenover positieve-actiemaatregelen en meer evenredige vertegenwoordiging er niet automatisch toe leidt dat de stemmen van deze groepen voldoende doorklinken in (evaluatie van) beleid, is hun vertegenwoordiging en participatie wel een cruciale voorwaarde om hun gezichtspunten en ervaringen in dat domein te brengen. Substantiële representatie gaat verder dan aanwezigheid; het gaat over het behartigen van belangen van de specifieke groep, ook al zijn deze niet homogeen in termen van achtergronden, problemen, behoeften en voorkeuren. De autoriteitskloof[110] – het structurele gebrek aan vrouwen en andere achtergestelde groepen in posities van macht en zeggenschap – staat aan de basis van veel andere ongelijkheden en vraagt dus om meer dwingende maatregelen ter verandering hiervan.

5.2 Toepassing van collectieve verantwoordelijkheidsmodel op de pensioencasus

Naar onze overtuiging zou de toepassing van onze herbedradingsstrategie op onze casus, het wetgevingstraject van de Wtp, tot een fundamentelere aanpak van de oorzaken van de GPK geleid hebben. Zo zou in de eerste fase van de beleidscyclusbenadering de invulling van de positieve verplichting inzake gelijkheid de regering hebben gedwongen om een aanvullende doelstelling bij de Wtp op te nemen, namelijk het verkleinen van de GPK. Daarbij zouden de regering en het verantwoordelijke ministerie deze doelstelling ook al in de tweede fase in de voorbereidingen voor de wet als leidraad meegenomen hebben, zoals in de onderhandelingen met sociale partners of advisering door het College, Raad van State of NEMA, en ook in de besluitvorming in het parlement. Daarnaast zou de regering zich ervan vergewist moeten hebben dat aan de eisen van evenwichtige representatie voldaan zou zijn, en zou wellicht de structurele ondervertegenwoordiging van vrouwen in besluitvormende functies in de pensioensector aangepakt hebben door meer eisen te stellen aan de huidige zelfregulerende mechanismes in de sector of bijvoorbeeld de Wet ingroeiquotum van toepassing te verklaren.

Conform de tweede fase zou een tijdige, uitgebreide en adequate – ex ante – gendertoets uitgevoerd moeten zijn, waardoor de impact van de wetgeving op de omvang van de GPK manifest zou worden en op basis waarvan mogelijke mitigerende maatregelen voorgesteld zouden kunnen worden. Naar verwachting zouden deze maatregelen niet alleen binnen het wetgevingstraject van de Wtp (met name financiële compensatie), maar ook in andere rechtsdomeinen gezocht moeten worden. De aanvullende doelstelling zou de regering, als drager van de overkoepelende verantwoordelijkheid, dwingen om rechtsdomein overstijgend te denken.

109. Zie hierover ook L. Senden e.a., *Working paper on an effective transformative equality strategy towards enhancing women's representation in decision-making and leadership positions*, RE-WIRING (online).

110. M.A. Sieghart, *The authority gap. Why women are still taken less seriously than men, and what we can do about it* (Penguin 2021), p. 3.

Denk daarbij niet alleen aan andere keuzes in het pensioencontract, het verruimen van mogelijkheden om fiscaalvriendelijk bij te sparen, een opgelopen pensioengat te repareren of meer pensioen op te bouwen bij deeltijdwerk. Maar ook aan de noodzakelijke meer fundamentele aanpassingen in de arbeidsmarkt om de verticale segregatie – vrouwen werken met name in sectoren met lagere lonen en pensioenopbouw – te verminderen. Nu de gendertoets in fase 2 heeft tekortgeschoten, zou toepassing van ex durante evaluatie in de derde fase van implementatie en uitvoering die nu gaande is aanleiding en ruimte bieden voor het alsnog nemen van mitigerende maatregelen. In de vierde fase zou het toezicht op de afname van de GPK, maar ook op de eisen aan evenwichtige representatie in de sector, belegd moeten worden bij de NEMA/GPS-Autoriteit, die als opdracht meekrijgt om de GPK (en andere genderkloven) structureel te verkleinen. Ten slotte zal na verloop van tijd een diepgaandere ex post evaluatie van de Wtp in de vijfde fase moeten bekijken welke (onbedoelde) effecten de wet heeft gehad voor niet alleen vrouwen maar ook andere groepen en nadelige gelijkheidsgevolgen moeten aanpakken, evenals de wet zelf.

6. Ter afronding

In deze bijdrage hebben we ingezoomd op waarom het huidige systeem van individuele rechtsbescherming tekortschiet, welke constitutionele verplichtingen en welke collectieve verantwoordelijkheid er voor de overheid zijn om realisering van gelijkheid veel actiever ter hand te nemen en welke stappen gezet kunnen c.q. moeten worden om die concrete invulling te geven. Daartoe hebben we een pro-acief collectief verantwoordelijkheidsmodel voorgesteld die onder de wettelijke regeling van een Gelijkheidsplicht Publieke Sector, zoals de staatscommissie voorstelt, gestalte kan krijgen. Het voordeel van een dergelijke invoering is dat de huidige fragmentatie, incoherentie en gaten ten aanzien van de positieve verplichtingen van de overheid om gelijkheid te borgen en te handhaven kunnen worden geadresseerd en die verplichtingen expliciet worden gemaakt in een enkel instrument.

Een beleidscyclusbenadering benut elke fase om gelijkheid te realiseren.

De door ons bepleite beleidscyclusbenadering helpt om ervoor te zorgen dat in alle fasen recht wordt gedaan aan het belang dat gelijke behandeling toekomt en daarmee alle mogelijkheden en potentie tot realisering van gelijkheid zo optimaal mogelijk worden benut. Een GPS zal deels reeds bestaande juridische en institutionele kaders en verplichtingen expliciteren of codificeren, maar geeft ook ruimte om deze uit te breiden zoals in paragraaf 5 betoogd, bijvoorbeeld met betrekking tot bestaande evaluatieregelingen van wetgeving en beleid. De oprichting van een NEMA heeft meer (politieke) voeten in de aarde. Maar het is juist

ook aan de politiek om zich te verantwoorden naar de burger waarom (bedrijfs)economische belangen meer gewicht in de huidige toezichts- en handhavingsschaal leggen dan artikel 1 van de Grondwet en al die andere nationale, Europese en internationale constitutionele normen die er nadere invulling aan geven. Kortom, het is de hoogste tijd om de handhavingskoers te verleggen naar die de constitutie reeds lang vaart.

Linda Senden is hoogleraar Europees recht aan de Universiteit Utrecht en expert op het terrein van het EU-gelijkebehandelingsrecht op grond van geslacht. Ze is een van de oprichters en trekkers van het interdisciplinaire UU-IOS Platform *Gender, Diversity and Global Justice* (https://www.uu.nl/en/research/institutions-for-open-societies/gender-diversity-and-global-justice), coördinator van de gender stream van het *European Equality Law Network* (https://www.equalitylaw.eu/) en leider van het *RE-WIRING Horizon Europe project*, gefinancierd door de Europese Unie, https://re-wiring.eu Daarnaast is ze onder meer lid van de VOG P Adviescommissie.

Mirella Visser is directeur van het *Centre for Inclusive Leadership*, voorzitter van de Raad van Toezicht van het KNCV Tuberculosefonds en lid van de Maatschappelijke Raad Schiphol. Eerder was zij onder meer (vice)voorzitter Raad van Toezicht PSI Europe en Media Pensioen Diensten, regiodirecteur Zuidoost-Azië bij ING in Hong Kong, lid van de Adviesraad Internationale Vraagstukken en voorzitter van het *European Professional Women's Network*. Zij publiceert en spreekt over vrouwelijk leiderschap.

Preadvies 7

Meten is weten, meten is macht

Uitgangspunten voor een regeling van 'equality data' in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht

Prof. dr. K.M. (Karin) de Vries in samenwerking met mr. J. (Jair) Schalkwijk

Samenvatting

Dit preadvies doet aanbevelingen voor een wettelijke regeling van *equality data*. *Equality data* geven inzicht in de aanwezigheid, aard en omvang van ongelijkheid en discriminatie en kunnen gebruikt worden om de effectiviteit van antidiscriminatiebeleid te meten. De beschikbaarheid van deze data is een belangrijke voorwaarde voor de bestrijding van structurele discriminatie. Op dit moment bestaat er in Nederland echter geen gerichte aanpak voor de verzameling en het gebruik van *equality data*. Het gebruik van zulke data is daardoor vrijblijvend en het is niet makkelijk om een overzicht te krijgen van de beschikbare data. Bovendien ontbreken waarborgen die het recht op zelfidentificatie van gemarginaliseerde groepen beschermen en hun zeggenschap over en toegang tot de verzamelde data garanderen. De aanbevelingen in dit preadvies bieden aanknopingspunten om *equality data* een uitdrukkelijke plek te geven in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht op een manier die de positie van gemarginaliseerde groepen beschermt en versterkt.

1. Inleiding

Het afgelopen jaar zijn opnieuw talloze rapporten verschenen waaruit blijkt dat ongelijkheid en discriminatie in Nederland nog steeds alomtegenwoordig zijn. Recente studies maken melding van structurele discriminatie van moslims[1] en mensen van Aziatische afkomst,[2] Roma en Sinti[3] en LHBTIQA+-mensen.[4] Deze discriminatie doet zich voor op verschillende maatschappelijke terreinen, waaronder de arbeidsmarkt, het onderwijs en de woningmarkt. Tot de verantwoordelijke actoren behoren werkgevers en dienstverleners maar ook overheidsinstanties, zo bleek bijvoorbeeld uit onderzoek naar de uitwonendencontroles door de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO)[5] en naar ongelijke behandeling in de strafrechtspleging.[6]

Data die inzicht geven in de aanwezigheid, aard en omvang van ongelijkheid en discriminatie en in de effectiviteit van antidiscriminatiebeleid worden wel aangeduid als *equality data*.[7] Het verzamelen van deze data is een belangrijke voorwaarde voor de bestrijding van ongelijkheid en discriminatie.[8] *Equality data* hebben echter op dit moment geen plek in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht en -beleid. Het ontbreken van een juridisch en beleidskader betekent niet dat er geen data beschikbaar zijn. Geregeld verschijnen rapporten, zoals de hiervoor genoemde, waarmee inzicht wordt gegeven in diverse vormen van ongelijkheid. Daarnaast worden op grote schaal data verzameld door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), die ook een belangrijke rol kunnen spelen bij het meten van ongelijkheid en het zichtbaar maken van discriminerende effecten van beleid. Van deze mogelijkheid wordt echter niet systematisch gebruik gemaakt. Beschikbare data worden soms zelfs bewust genegeerd, zoals eerder dit jaar gebeurde toen de Tweede Kamer weigerde om een uitgebreid rapport over moslimdiscriminatie – door de

1. S. de Cuba e.a., *Eindrapport Nationaal onderzoek moslimdiscriminatie*, Regioplan/ERCOMER 2025.
2. A.R. Feddes e.a., *Onderzoek naar ervaren discriminatie en racisme bij mensen met een (Zuid)Oost-Aziatische herkomst in Nederland*, UvA/Fontys Hogeschool 2024 (ook gepubliceerd als bijlage bij TK 2023/24, 30 950, 362.
3. Y. Seidler e.a., *Monitor Sociale Inclusie (meting 5)*, Risbo/Labyrinth 2024 (ook gepubliceerd als bijlage bij TK 2023/24, 32 824, 433).
4. K. Brammer e.a., *Lhbtiqa+-monitor 2024*, Panteia/Movisie/Ipsos I&O 2024.
5. PriceWaterhouseCoopers, *Onderzoek misbruik uitwonendenbeurs*, PWC 2024 (gepubliceerd als bijlage bij TK 2023/24, 24 724, 220); Algorithm Audit, *Vooringenomenheid voorkomen. Addendum*, mei 2024 (gepubliceerd als bijlage bij TK 2023/24, 24 724, 240).
6. R. van der Burgh e.a., *Ik zie geen klasse*, Investico/NOS op 3/De Groene Amsterdammer 2024; P.W. de Jong e.a., *Van verdenking tot vrijheidsstraf. Een statistisch onderzoek naar de invloed van migratieachtergrond op uitkomsten in de Nederlandse strafrechtsketen, WODC Cahier* 2025-2.
7. De *Subgroup on equality data* van de *High Level Group on Non-discrimination, Equality and Diversity*, ingesteld door de Europese Commissie, definieert *equality data* als 'alle informatie die bruikbaar is voor het beschrijven en analyseren van en de gedachten- en besluitvorming over de staat van gelijkheid' [mijn vert.]. Zie de *Guidance note on the collection and use of equality data based on racial or ethnic origin*, Luxemburg: Publicatiebureau van de Europese Unie 2021, p. 13.
8. J. Van Caeneghem, *Legal Aspects of Ethnic Data Collection and Positive Action. The Roma Minority in Europe*, Springer 2019, p. 30

minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangevraagd op verzoek van de Kamer zelf – te bespreken.[9]

In het huidige stelsel ontbreken, naast een gerichte aanpak voor de verzameling en het gebruik van *equality data*, ook waarborgen om te verzekeren dat dataverzameling plaatsvindt overeenkomstig standaarden afkomstig van internationale en Europese mensenrechtenorganisaties, die onder meer beogen om het recht op zelfidentificatie van groepen waarover data worden verzameld te beschermen. Dit preadvies laat zien dat het verzamelen van data zonder dergelijke waarborgen ertoe kan leiden dat processen van uitsluiting en stigmatisering worden versterkt, in plaats van opgeheven.

Dit preadvies biedt handvatten voor een regeling van *equality data* als onderdeel van een effectief Nederlands antidiscriminatiebeleid. Het uitgangspunt, dat hieronder nader wordt toegelicht, is dat *equality data* nodig zijn om met name structurele discriminatie te kunnen bestrijden (paragraaf 1.2). Daarna wordt een theoretisch kader geschetst dat inzicht geeft in de aard en betekenis van data en hoe dataverzameling en -gebruik de positie van gemarginaliseerde groepen kunnen versterken of juist verzwakken (paragraaf 2). Ook wordt een overzicht gegeven van standaarden die door internationale en Europese mensenrechtenorganisaties zijn geformuleerd met betrekking tot de verzameling en het gebruik van *equality data* en die als randvoorwaarden kunnen dienen voor een Nederlandse regeling (paragraaf 3). Paragraaf 4 inventariseert welke mogelijkheden het Nederlandse recht nu al biedt voor het verzamelen van *equality data* en in hoeverre die in overeenstemming zijn met de genoemde standaarden en met het doel om discriminatie te bestrijden. Het advies sluit af met enkele aanbevelingen voor een wettelijke regeling van *equality data*.

1.1 Co-creatie

Dit preadvies is tot stand gekomen in samenwerking met Jair Schalkwijk van Controle Alt Delete.[10] Controle Alt Delete is een onafhankelijke organisatie die zich inzet voor eerlijke wetshandhaving en tegen etnisch profileren. Tot hun activiteiten behoort het verzamelen van data over etnisch profileren en over personen die overlijden onder verantwoordelijkheid van de politie. De co-creatie heeft op verschillende momenten vorm gekregen: tijdens een brainstormsessie voorafgaand aan het schrijven van het preadvies en in de vorm van feedback op de concept- en eindversies. Een inzicht uit deze samenwerking is dat belangenorganisaties zoals Controle Alt Delete in de praktijk niet zozeer aanlopen tegen een gebrek aan beschikbare data, maar vooral tegen de beperkte toegankelijkheid van data voor organisaties die deze willen gebruiken om discriminatie te onderzoeken en de effectiviteit van antidiscriminatiebeleid te monitoren. Dataverzameling vindt wel plaats, maar met name door overheidsinstanties voor andere beleidsdoelen dan discriminatiebestrijding en zonder zeggenschap van belangenorganisaties. De aanbevelingen aan het einde van dit preadvies zijn mede als reactie op deze praktijk geformuleerd.

9. 'Kamer wil geen debat over onderzoek moslimdiscriminatie: 'rammelt aan alle kanten'', www.nos.nl 25 maart 2025. Zie ook de reactie van de Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme, 'De politiek duikt weg voor moslimdiscriminatie en laat bijna een miljoen Nederlanders in de kou staan', www.ncdr.nl 22 april 2025.

10. Voor meer informatie zie www.controlealtdelete.nl.

1.2 Het belang van equality data voor het bestrijden van (structurele) discriminatie

Het discriminatieverbod is neergelegd in mensenrechtenverdragen, in het EU-recht en het Nederlandse recht, waaronder artikel 1 van de Grondwet. Dit verbod omvat in de eerste plaats een negatieve verplichting voor zowel publieke als private actoren om niet actief te discrimineren. Daarnaast heeft met name het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een aantal positieve verplichtingen afgeleid uit het discriminatieverbod. Zo moeten staten maatregelen nemen tegen op 'ras' gebaseerde segregatie in het onderwijs[11] en moeten zij voorzien in institutionele kaders waarmee huiselijk en gendergerelateerd geweld effectief worden tegengegaan.[12] Een voorwaarde voor de naleving van zowel negatieve als positieve verplichtingen is dat bestaande vormen van ongelijkheid kunnen worden aangetoond. Ook waar (nog) geen expliciete positieve verplichtingen zijn geformuleerd als uitwerking van het discriminatieverbod, is het zichtbaar maken van ongelijkheid een eerste stap naar het opheffen ervan.

Een voorwaarde voor de naleving van het discriminatieverbod is dat ongelijkheid kan worden aangetoond.

Zowel in het recht als in het Nederlandse antidiscriminatiebeleid wordt echter erkend dat ongelijkheid en discriminatie niet alleen voortkomen uit openlijk bevooroordeelde uitingen en gedragingen, maar ook uit patronen van regelgeving, beleid, uitvoeringspraktijken, maatschappelijke opvattingen en procedures die, vaak in samenhang, ertoe leiden dat sommige groepen geen gelijke toegang krijgen tot rechten en voorzieningen. Dit wordt aangeduid met de term structurele (ook wel systemische of institutionele) discriminatie.[13] Waar sommige vormen van discriminatie makkelijk herkenbaar zijn - bijvoorbeeld als in een vacature kandidaten boven de 55 jaar worden uitgesloten of wanneer huidskleur als indicator wordt gebruikt bij risicoprofilering in het kader van grensbewaking[14] - is structurele discriminatie vaak het gevolg van processen die onder de oppervlakte blijven en waarbij er geen sprake is van expliciet onderscheid. Zo kunnen onbewuste vooroordelen bij werkgevers ertoe leiden dat mannelijke werknemers structureel hoger worden ingeschaald dan vrouwelijke werknemers, en zijn vooroordelen in combinatie met ruime discretionaire controlebevoegdheden aangewezen als oorzaak van etnisch profileren door de politie.[15] Ook kunnen op het eerste gezicht neutrale criteria nadelig uitpakken voor gemarginaliseerde groepen, zoals bij de uitwonendencontroles door DUO het geval was.[16] Het risico op deze zogenoemde '*proxy*discriminatie' wordt versterkt door de toename van geautomatiseerde en algoritmische besluitvorming, waarbij

11. Bijv. *Horváth en Kiss/Hongarije*, EHRM 29 januari 2013, klachtnr. 11146/11, par. 119.
12. Bijv. *Vieru/Moldavië*, EHRM 19 november 2024, klachtnr 17106/18, par. 134.
13. In het gelijkebehandelingsrecht vindt deze erkenning vooral plaats via het concept indirect onderscheid of indirecte discriminatie, zie bijv. art. 1 lid 1 sub c Awgb en *D.H. e.a./Tsjechië*, EHRM (GK) 13 november 2007, klachtnr. 57325/00, par. 175.
14. Zoals aan de orde kwam in de rechtszaak van Amnesty International en anderen tegen de Koninklijke Marechaussee, zie Gerechtshof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.
15. J. Schalkwijk & D. Abdoelhafiezkhan, 'Zonder (toe) zicht op politiecontroles staat de aanpak van etnisch profileren nog in de kinderschoenen', *Cahiers Politiestudies* jrg. 2022-4, nr. 65, p. 137-152, op p. 140-142.
16. Onderzoek door de Stichting Algorithm Audit heeft aangetoond dat de door DUO gebruikte risico-indicatoren 'onderwijsvorm' en 'afstand tot de ouders' leidden tot een hogere risicoscore voor studenten met een niet-Europese migratieachtergond, zie Algorithm Audit, reeds aangehaald, p. 28.

beslissingen vaak gebaseerd zijn op grote hoeveelheden data en waarbij voor menselijke beoordelaars in de keten niet meer inzichtelijk is welke factoren tot het uiteindelijke besluit hebben geleid.[17]

Een van de belangrijkste redenen om *equality data* te verzamelen is om ongelijke uitkomsten zichtbaar te maken en zo structurele ongelijkheid en discriminatie beter te kunnen aanpakken. *Equality data* kunnen door beleidsmakers en regelgevers gebruikt worden om discriminerende regelingen, praktijken en structuren te herkennen en op te heffen en om waar nodig achterstanden te herstellen door positieve actie. Bovendien kunnen *equality data* worden ingebracht in individuele procedures bij de rechter of het College voor de Rechten van de Mens (het College), om een vermoeden van discriminatie te onderbouwen.

Voorbeeld 1. De oordelen van het College over de toeslagenaffaire

Een voorbeeld van de toepassing van *equality data* is te zien in verschillende oordelen van het College over de toeslagenaffaire. Voorafgaand aan de behandeling van deze zaken deed het College zelfstandig onderzoek naar de statistische relatie tussen een aantal persoonskenmerken van toeslagaanvragers die duidden op een buitenlandse afkomst (waaronder een buitenlandse nationaliteit) en de toepassing van specifieke controle- en handhavingsinstrumenten door de Dienst Toeslagen.[18] Uit het onderzoek bleek dat aanvragers met de onderzochte kenmerken significant vaker te maken hadden gekregen met deze controle- en handhavingsmaatregelen. Het College kon op basis van deze gegevens, al dan niet in combinatie met andere feiten en omstandigheden, in verschillende individuele zaken een vermoeden van indirect onderscheid vaststellen.[19]

Naast deze doelen onderscheidt Van Caeneghem nog een aantal andere, deels gerelateerde redenen om *equality data* te verzamelen. Dit zijn het creëren van bewustzijn van ongelijkheid en discriminatie onder groepen die daar zelf niet of minder mee te maken hebben, het ondersteunen van gemarginaliseerde groepen die zich inzetten voor gelijkheid en het evalueren van maatregelen van antidiscriminatiebeleid.[20]

Voorbeeld 2. Effectiviteit van maatregelen tegen etnisch profileren[21]

Nederlandse overheidsinstanties hebben sinds 2012 verschillende maatregelen genomen om etnisch profileren door de politie tegen te gaan. Hieronder vallen de introductie van een Handelingskader voor professioneel controleren, maatregelen om de diversiteit binnen de politie te vergroten en de invoering van een app om politiecontroles te registreren. Het beleid voorziet echter niet in periodieke onderzoeken naar de mate waarin etnisch profileren door de politie voorkomt. De effectiviteit van de genomen maatregelen kan hierdoor niet worden vastgesteld.

17. Bijv. L. Haitsma, 'The Murky Waters of Algorithmic Profiling. Examining discrimination in the digitalized enforcement of social security policy', *Recht der Werkelijkheid* 2023, p. 61-83. Zie ook het preadvies in deze bundel van Steijns en Azaroual.

18. College voor de Rechten van de Mens, *Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen*, Utrecht 2022.

19. CRM 2 oktober 2023, oordelen 2023-101, 2023-102 en 2023-103. In 2024 en 2025 zijn nog meer oordelen gewezen waarin het College op grond van statistische gegevens tot een bewijsvermoeden van indirecte discriminatie kwam, zie o.a. CRM 23 september 2024, 2024-80 en CRM 6 december 2024, 2024-102.

20. Van Caeneghem 2019 (reeds aangehaald), p. 265-268.

2. Theoretisch en normatief kader: data als macht en tegenmacht

In deze paragraaf wordt een aantal theoretische en normatieve uitgangspunten geformuleerd voor een regeling over *equality data*. Deze uitgangspunten zien op de rol van data en de manieren waarop de verzameling en het gebruik van data van invloed zijn op maatschappelijke verhoudingen. De uitgangspunten zijn ontleend aan verschillende disciplines, in het bijzonder *critical data studies, critical race theory* en politieke filosofie.

2.1 Critical data studies

Het perspectief van *critical data studies* laat zien dat het verzamelen, verwerken en gebruiken van data nooit een neutraal proces is.[22] Data zijn een vorm van macht: ze vertegenwoordigen economische waarde, beïnvloeden maatschappelijke en politieke opvattingen over wat 'waar' en 'waardevol' is en kunnen worden ingezet om politieke of economische belangen na te streven.[23] Machtsverhoudingen komen niet alleen tot uitdrukking in de aanwezigheid van data, maar ook in hun afwezigheid: een gebrek aan data kan wijzen op stemmen die niet gehoord worden, of op de dominantie van partijen die het zich kunnen veroorloven om niet te luisteren.[24] Data zijn bovendien nooit als zodanig 'gegeven', maar altijd geconstrueerd: het verzamelen, analyseren en weergeven van data is een proces waarbij voortdurend keuzes worden gemaakt over wat wel en niet wordt geteld, en welke categorieën daarvoor worden gebruikt.[25] Data vormen zodoende nooit een objectieve weergave van de werkelijkheid, maar bepalen wat als werkelijkheid wordt gezien.[26] Als voorbeeld kan worden gedacht aan een monitor waarin de arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen wordt gemeten. In dit voorbeeld veronderstelt het gebruik van de categorieën 'man' en 'vrouw' dat het zijn van een man of een vrouw verband houdt met de mate van arbeidsparticipatie, maar door de productie van data wordt dit verband ook in het leven geroepen. De keuze voor de categorieën 'man' en 'vrouw' heeft bovendien tot gevolg dat de ervaringen van intersekse en non-binaire personen onzichtbaar worden gemaakt.

> **Data vormen geen objectieve weergave van de werkelijkheid, maar bepalen wat als werkelijkheid wordt gezien.**

Sinds de eerste helft van de 19e eeuw zijn overheden in toenemende mate data gaan verzamelen en verwerken in statistieken, om op die manier de samenlevingen waarover zij rechtsmacht uitoefenen in kaart te brengen.[27] Het gebruik van statistische data heeft zich zodoende in de loop van de tijd ontwikkeld als instrument van overheidsmacht. De productie van kennis door middel van onder meer volkstellingen, indexen, indicatoren,

21. Dit voorbeeld is ontleend aan J. Schalkwijk e.a., 'The Dutch Response to Concerns about Racial Profiling: An Adequate Legal and Administrative Framework?', *International Criminology* 2025, https://doi.org/10.1007/s43576-025-00190-4 en Schalkwijk & Abdoelhafiezkhan (reeds aangehaald) 2022.

22. G. van Schie, *The Datafication of Race-Ethnicity. An Investigation into Technologically Mediated Racialization in Dutch Governmental Data Systems and Infrastructures*, Universiteit Utrecht 2022, p. 47.

23. A. Iliadis & F. Russo, 'Critical Data Studies: An Introduction', *Big Data & Society* 2016, 3(2), p. 1.

24. Iliadis & Russo 2016 (reeds aangehaald), p. 1; I. Bruno e.a., 'Introduction. The Social Sciences of Quantificaton in France: An Overview', in: I. Bruno e.a. (red.), *The Social Sciences of Quantification. From Politics of Large Numbers to Target-Driven Policies*, Springer 2016, p. 1-14, op p. 8.

25. Bruno e.a. 2016 (reeds aangehaald), p. 3. Iliadis & Russo 2016 (reeds aangehaald), p. 1.

26. D. Bigo e.a., 'Data Politics', in: D. Bigo e.a. (red.), *Data Politics: Worlds, Subjects, Rights*', Routledge 2019, p. 1-17, op p. 4-5.

27. Bigo e.a. 2019 (reeds aangehaald), p. 1. Het woord 'statistiek' is een afgeleide van 'staat', zie https://etymologiebank.nl/trefwoord/statistiek, bezocht op 25 juli 2025.

registers en archieven draagt bij aan de autoriteit, legitimiteit en legaliteit van overheidshandelen.[28] Statistisch onderzoek maakt het mogelijk om te spreken over kennisobjecten zoals 'de economie', 'de bevolking' en 'de samenleving', die door de overheid kunnen worden gereguleerd.[29] Deze regulering kan de maatschappelijke positie van individuen en groepen versterken, door hen te erkennen en hun toegang tot rechten en voorzieningen te bevorderen, maar kan die positie ook verzwakken en zelfs leiden tot onderdrukking. Zo is bijvoorbeeld het bijhouden van criminaliteitsstatistieken bepalend voor het beeld dat in een samenleving bestaat van wat criminaliteit is en door wie die gepleegd wordt. Deze beeldvorming kan vervolgens door de overheid gebruikt worden om de inzet van controle-instrumenten en overheidsmacht te rechtvaardigen, zoals extra surveillances of een uitbreiding van politiebevoegdheden. Dit roept de vraag op naar de legitimiteit en rechtvaardiging van praktijken van dataverzameling en -gebruik, door Dencik e.a. aangeduid als *data justice*.[30]

Hoewel het verzamelen van bevolkingsstatistieken lang een monopolie van de staat is geweest, zijn overheden niet de enige actoren die betrokken zijn bij de productie van statistische data. Opstellers van overheidsstatistieken hebben steeds te maken gehad met burgers die zich verzetten tegen bepaalde categoriseringen (waaronder op basis van gender, 'ras' of etniciteit) of tegen de effecten van datagebruik.[31] Burgers kunnen bovendien ook zelf data verzamelen, om daarmee inzicht te geven in hun leefwereld en alternatieven te bieden voor de beeldvorming die voortkomt uit overheidsdata.[32] Bruno e.a. duiden deze vorm van democratische tegenspraak aan als *statactivism*.[33]

2.2 Critical race theory

Critical race theory richt zich, net als *critical data studies*, op het ontleden van maatschappelijke machtsverhoudingen maar stelt daarbij de rol van 'ras' centraal. *Critical race theory* ziet 'ras' als een maatschappelijk ordeningsprincipe dat, in samenhang met andere factoren waaronder gender en klasse, bepaalt welke groepen toegang hebben tot rechten, status en materiële welvaart. Deze theorie ziet bovendien op de manier waarop 'ras' en raciale ongelijkheid doorwerken in en vorm krijgen door het recht.[34]

Vanuit *critical race theory* is onder meer onderzoek gedaan naar de rol van 'ras' in dataverzameling en -verwerking door de overheid en de effecten daarvan op de mensen en groepen van wie data worden verzameld. Veel van deze literatuur gaat over de bevolkingstelling ('census') in de Verenigde Staten, waarbij inwoners zijn ingedeeld in raciale categorieën (o.a. 'White', 'Black or African American' en 'Hispanic or Latino'[35]). Zo laat Mezey zien dat er sprake is van wederzijdse beïnvloeding tussen maatschappelijke en culturele processen waarbij aan groepen een aparte raciale identiteit wordt toegeschreven en de categorieën die in de Amerikaanse census worden gehanteerd.[36] Dataverzamelingen zoals de census kunnen bovendien verschillende functies vervullen voor de mensen en groepen die het betreft. Het opnemen van censuscategorieën kan een instrument zijn van positieve erkenning, waarbij mensen als groep worden geïdentificeerd

28. Bigo e.a. 2019 (reeds aangehaald), p. 6-7.

29. Bigo e.a. 2019 (reeds aangehaald), p. 6-7; G. Rieder & J. Simon, 'Datatrust: Or, the political quest for numerical evidence and the epistemologies of Big Data', *Big Data & Society* 2016, 3(1) p. 1-6, doi: 10.1177/2053951716649398.

30. L. Dencik, A. Hintz & J. Cable, 'Towards data justice? The ambiguity of anti-surveillance resistance in political activism', *Big Data & Society* July-December2016, p. 1-12, doi: 10.1177/2053951716679678.

31. Bigo e.a. 2019 (reeds aangehaald), p. 7.

32. Bigo e.a. 2019 (reeds aangehaald), p. 14-15.

33. I. Bruno e.a. 2016 (reeds aangehaald), p. 4.

34. K. Crenshaw e.a., 'Introduction', in: K. Crenshaw e.a. (red.), *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press 1995, p. xiii-xxxii, op p. xxv-xxvi; K. Bridges, 'Critical Race Theory and the Rule of Law', in: J. M. Loughlin (red.), *Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, p. 357-374, op p. 361.

35. Zie op https://www.census.gov.

36. N. Mezey, 'Erasure and Recognition: The Census, Race and the National Imagination', *Northwestern University Law Review* 2003, p. 1701-1768, op p. 1705.

en informatie wordt verkregen over de positie waarin zij zich bevinden (waaronder bijvoorbeeld ervaren discriminatie of achterstanden op de arbeidsmarkt). Het gebruik van aan 'ras' gerelateerde categorieën is zoverre noodzakelijk om aan 'ras' gerelateerde ongelijkheden zichtbaar te maken en voor groepen om aanspraak te kunnen maken op ondersteuning en mogelijk voorkeursbeleid. Tegelijkertijd wijst Mezey erop dat met het benoemen en daarmee (zichtbaar) maken van sommige groepen steeds ook andere groepen onzichtbaar worden gemaakt.[37] Bovendien vormt classificering als aparte raciale of etnische groep niet alleen een basis voor positieve erkenning en ondersteuning, maar ook voor uitsluiting, controle en het opleggen van verplichtingen door de overheid.[38]

Dataverzameling op grond van 'ras', en daarmee het in het leven roepen van op 'ras' gebaseerde categorieën (in de Nederland beleidscontext doorgaans aangeduid als etnische groepen of etnische minderheden[39]) kan bovendien leiden tot stigmatisering en problematisering van veronderstelde raciale verschillen. Dit is beschreven door Goldberg[40] en later door Zuberi en Bonilla-Silva, die analyseren hoe dominante stromingen in sociaal-wetenschappelijk onderzoek 'ras' hanteren als statische variabele waarmee zij allerlei vormen van maatschappelijke ongelijkheid trachten te verklaren.[41] In deze aanpak, die zij aanduiden als *white logic* en *white method*, wordt 'ras' gezien als objectief gegeven dat kan worden afgeleid uit persoonlijke kenmerken zoals huidskleur of geboorteland. Deze objectivering van 'ras' leidt er vervolgens toe dat maatschappelijke ongelijkheden worden toegeschreven aan verschillen tussen (aldus gedefinieerde) raciale groepen, waarbij processen van uitsluiting en de rol van dominante (witte) groepen bij het in stand houden van structurele discriminatie buiten zicht blijven.

2.3 Epistemische (on)rechtvaardigheid

Een derde, meer normatief, perspectief dat richting kan geven aan een regeling van *equality data* in het Nederlandse recht is dat van 'epistemische rechtvaardigheid' (*epistemic justice*). Fricker noemt epistemische rechtvaardigheid een voorwaarde voor het realiseren van het ideaal van vrijheid als grondslag van de rechtsstaat. Zij beargumenteert dat de mogelijkheid tot tegenspraak cruciaal is voor vrijheid, maar dat vooroordelen en sociale ongelijkheid ertoe kunnen leiden dat leden van gemarginaliseerde groepen niet worden geloofd of niet worden begrepen omdat hun ervaringen afwijken van die van de dominante meerderheid.[42] De mogelijkheid van effectieve tegenspraak wordt hierdoor gefrustreerd. Fricker's argument is op twee manieren van belang voor het onderwerp van dit preadvies. In de eerste plaats wijst het op het belang van epistemische rechtvaardigheid bij de verzameling van *equality data*. Die moet op zo een manier plaatsvinden dat gemarginaliseerde groepen daadwerkelijk worden gehoord, zonder dat hun inbreng vertekend wordt door vooroordelen of een te grote afstand tot hun leefwereld. Dit betekent dat leden van gemarginaliseerde groepen zelf zeggenschap moeten hebben over het proces van dataverzameling en daarbij betrokken moeten zijn. In de tweede plaats onderstreept Fricker met haar analyse het belang van *equality data* als middel om de ervaringen en omstandigheden van

37. Mezey 2003 (reeds aangehaald), p. 1705.

38. Mezey 2003 (reeds aangehaald), p. 1722-1744. Mezey gebruikt het voorbeeld van de categorisering van Chinese arbeidsmigranten in de VS in de tweede helft van de 19e eeuw, die een opmaat vormde naar beleid gericht op hun deportatie.

39. Van Schie 2022 (reeds aangehaald), p. 24.

40. D. Goldberg, *Racial subjects: Writing on race in America*, Routledge 1997.

41. E. Bonilla-Silva & T. Zuberi, *White Logic, White Methods. Racism and Methodology*, Roman & Littlefield Publishers 2008.

42. M. Fricker, 'Epistemic justice as a condition of political freedom', *Synthese* 2013, 190: 1317-1332, doi: 10.1007/s11229-012-0227-3, op p. 1319. Fricker noemt als voorbeelden een zwarte man die slachtoffer wordt van etnisch profileren en niet geloofd wordt wanneer hij zegt dat de auto waarin hij rijdt van hemzelf is, en een vrouw die haar partner aanvalt maar zich niet op zelfverdediging kan beroepen omdat het jarenlange misbruik dat aan de aanval vooraf is gegaan juridisch niet wordt erkend als provocatie.

gemarginaliseerde groepen zichtbaar te maken, en zo bij te dragen aan epistemische rechtvaardigheid bij democratische besluitvorming (bijv. over wetgeving om etnisch profileren te verbieden).

2.4 Tussenconclusie

De perspectieven van *critical data studies* en *critical race theory* wijzen op het onvermijdelijk problematische karakter van dataverzameling en -gebruik. Dataverzameling is altijd een politiek proces, waarvan de uitkomsten bepalen wat als 'waar' wordt gezien en welke perspectieven mee worden gewogen in besluitvormingsprocessen die leiden tot overheidsingrijpen. De overheid speelt daarin zelf een belangrijke rol, als producent van statistische data waarmee beleidsmaatregelen worden gerechtvaardigd. Specifiek vanuit *critical race theory* is gewezen op de rol van statistiek bij het produceren en in stand houden van raciale categorieën en het risico dat 'ras' wordt gebruikt om maatschappelijke ongelijkheid te verklaren en te rechtvaardigen. Tegelijkertijd kunnen data ook worden ingezet als tegenmacht, wanneer burgers of belangenorganisaties zelf data verzamelen of alternatieve categorieën of interpretaties voorstellen. Gemarginaliseerde of ondervertegenwoordigde groepen kunnen vragen om erkenning als aparte groep om op die manier aanspraak te maken op bescherming, of zij kunnen het gebruik van (raciale) categorieën bepleiten als middel om discriminatie zichtbaar te maken en aan te pakken. *Equality data* kunnen bovendien dienen om de ervaringen van gemarginaliseerde groepen in kaart te brengen en deze mee te laten wegen bij de totstandkoming van wet- en regelgeving, als element van epistemische rechtvaardigheid. De in deze paragraaf geschetste perspectieven wijzen op het belang van zeggenschap van gemarginaliseerde groepen over de verzameling en het gebruik van *equality data*, eveneens als element van epistemische rechtvaardigheid en als tegenwicht tegen de overheidsmacht die wordt uitgeoefend wanneer overheden statistische data produceren.

3. Equality data in het internationale en EU-recht

3.1 Geen algemene verplichting, wel consensus

Internationale en EU-rechtelijke mensenrechtennormen bevatten geen algemene verplichting voor Nederland om *equality data* te verzamelen.[43] Een dergelijke verplichting bestaat wel waar het gaat om het bestrijden van discriminatie jegens mensen met een beperking: volgens artikel 31 Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (VN-verdrag handicap)[44] moeten de verdragspartijen informatie verzamelen die relevant is voor de uitvoering van het Verdrag, waaronder statistische en onderzoeksgegevens. Verder zijn recent enkele bepalingen over *equality data* opgenomen in het EU-recht. Richtlijn 2024/1385 verplicht de lidstaten om statistische gegevens bij te houden over geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld en geeft hiervoor gedetailleerde richtlijnen.[45] Daarnaast verplichten de Richtlijnen 2024/1499 en 2024/1500 inzake standaarden voor organen voor gelijke behandeling (*national equality bodies*) deze organen om ten minste elke vier jaar een verslag te publiceren over de stand van zaken met betrekking tot gelijke

43. Van Caeneghem 2019 (reeds aangehaald), p. 156.

44. *Trb.* 2007, 169.

45. Richtlijn (EU) 2024/1385 van het Europees Parlement en de Raad van 14 mei 2024, *PbEU* 2024, L 2024/1385. Zie artikel 44 van de Richtlijn.

46. Richtlijn (EU) 2024/1499 van de Raad van 7 mei 2024, *PbEU* 2024, L 2024/1499 en Richtlijn (EU) 2024/1500 van het Europees Parlement en de Raad van 14 mei 2024, *PbEU* L 2024/1500. Zie artikel 17 sub c van beide Richtlijnen.

47. Art. 16 lid 2 en 3 Richtlijn 2024/1499 en Richtlijn 2024/1500.

48. Art. 16 lid 4 Richtlijn 2024/1499 en Richtlijn 2024/1500.

49. Van Caeneghem 2019 (reeds aangehaald), p. 158-164. Zie sindsdien ook nog het EU-actieplan tegen racisme 2020-2025 (Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal comité en het Comité van de Regio's van 18 september 2020, COM(2020) 565 final), p. 18-19.

behandeling en discriminatie in de desbetreffende lidstaat, met inbegrip van mogelijke structurele discriminatie.[46] Hierbij is niet gespecificeerd welke discriminatiegronden en -terreinen in dit verslag moeten worden betrokken. Volgens de Richtlijnen moeten de lidstaten er bovendien voor zorgen dat *equality bodies* onafhankelijke enquêtes over discriminatie kunnen uitvoeren en dat zij toegang hebben tot statistische gegevens, voor zover zij die nodig achten om de aanwezigheid van discriminatie in de lidstaat te kunnen beoordelen.[47] Tot slot geven de Richtlijnen aan de *equality bodies* het recht om aanbevelingen te doen over de gegevens die moeten worden verzameld met betrekking tot de rechten en plichten die voortvloeien uit de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen, en benoemen zij dat de lidstaten *equality bodies* mogen toestaan om een coördinerende rol te spelen bij het verzamelen van *equality data*.[48]

Hoewel de verplichtingen uit de hiervoor genoemde bepalingen nog relatief beperkt zijn laten zij wel zien dat er, vooral binnen de EU, groeiende overeenstemming bestaat over het belang van *equality data*-verzameling. De wenselijkheid van *equality data*-verzameling wordt bovendien ruimschoots onderschreven door internationale en Europese mensenrechtenorganisaties, zo blijkt uit *soft law* instrumenten, rapporten en handboeken afkomstig van verschillende organen van de VN, de Raad van Europa en de EU.[49] De oproep aan staten om *equality data* te verzamelen klinkt in het bijzonder sterk waar het de bestrijding van rassendiscriminatie betreft. De Durban Verklaring tegen racisme uit 2001 bevat een aparte paragraaf over *Data collection and disaggregation, research and study*. Hierin worden staten opgeroepen om door middel van dataverzameling en publicatie van betrouwbare statistische gegevens zicht te houden op de situatie van groepen die door racisme geraakt worden en om te investeren in geschikte methoden voor dataverzameling en -analyse.[50] Het belang van *equality data* voor racismebestrijding is sindsdien door verschillende VN-organen opnieuw benadrukt.[51] Ook de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie van de Raad van Europa (ECRI) dringt in haar beleidsaanbevelingen geregeld aan op betere dataverzameling voor effectieve bestrijding van rassendiscriminatie.[52]

Equality data-verzameling wordt breed onderschreven door internationale en Europese mensenrechtenorganisaties.

Om dataverzameling door de EU-lidstaten te bevorderen heeft de Europese Commissie een handboek gepubliceerd en verschillende studies laten verrichten.[53] In 2018 is bovendien, met ondersteuning van de Commissie en het Grondrechtenagentschap, de *Subgroup on equality data* opgericht als onderdeel van de intergouvernementele *EU High Level Group on Non-Discrimination, Equality and Diversity*.[54]

50. VN, *Durban Declaration and Programme of Action*, United Nations Department of Public Information 2002, par. 92-98.

51. Zie o.a. het Rapport van de VN Speciaal Rapporteur racisme, rassendiscriminatie, xenofobie en gerelateerde vormen van intolerantie van 20 augustus 2015, A/70/335 en het rapport van het *International Independent Expert Mechanism to Advance Racial Justice and Equality in Law Enforcement on Promotion*, 4 augustus 2022, A/HRC/51/55. Zie ook het rapport van de 23e sessie van de *Working Group of Experts on People of African Descent*, met als thema "*Data for racial justice*", 15 augustus 2019, A/HRC/42/59.

52. O.a. ECRI *General Policy Recommendation (GPR) No 12 on combating racism and racial discrimination in the field of sport*, 19 december 2008, CRI(2009)5, aanbeveling 6c); *GPR No 13 (revised) on combating antigypsyism and discrimination against Roma*, 1 december 2020, CRI(2011)37rev, aanbeveling 14 en *GPR No 5 (revised) on preventing and combating anti-Muslim racism and discrimination*, 8 december 2021, aanbevelingen 11 en 24.

53. T. Makkonen, *European handbook on equality data (2016 revision)*, Luxemburg: Publicatiebureau van de Europese Unie 2016. Een overzicht van de verrichte studies is te vinden op https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035/en, laatst bezocht 21 juli 2025.

54. COM(2021) 139 final, p. 15. Zie voor meer informatie https://fra.europa.eu/en/project/2019/subgroup-equality-data, laatst bezocht 21 juli 2025.

Deze *Subgroup* heeft als mandaat om niet-bindende richtlijnen op te stellen voor de verzameling en het gebruik van *equality data*. Het Grondrechtenagentschap speelt ten slotte zelf ook een belangrijke rol als verzamelaar van *equality data*. Het publiceerde sinds zijn oprichting een reeks rapporten over ervaren discriminatie in de Europese Unie, waaronder de omvangrijke EU-MIDIS studie over discriminatie-ervaringen van mensen met een etnische minderheids- of migratieachtergrond.[55]

De roep om *equality data* wordt ten slotte ondersteund door verschillende ngo's die zich inzetten voor discriminatie- en racismebestrijding. In 2014 lanceerde het Open Society European Policy Institute, samen met de Migration Policy Group (MPG) en het European Network Against Racism (ENAR) het *Equality Data Initiative* met als doel om discriminatie beter meetbaar te maken.[56] ENAR heeft zich sindsdien ook met andere initiatieven hardgemaakt voor *equality data*-verzameling, onder het motto '*if we're not counted, we don't count!*'.[57] In Duitsland zet de ngo Vielfalt entscheidet, onderdeel van Citizens for Europe, zich in voor dataverzameling ter bestrijding van racisme en hanteert hiervoor de *Afrozensus*, een enquête naar ervaren racisme onder zwarte mensen en mensen van Afrikaanse afkomst.[58]

3.2 Standaarden voor verzameling en gebruik van equality data

Het is duidelijk dat *equality data* zowel in internationaal als Europees verband als een belangrijk middel worden gezien om discriminatie te bestrijden. Uit de beschikbare richtlijnen en aanbevelingen kunnen bovendien verschillende standaarden worden afgeleid waaraan de verzameling en het gebruik van *equality data* moeten voldoen. Deze standaarden waarborgen dat *equality data* worden verzameld met respect voor de mensenrechten van de individuen en groepen op wie zij betrekking hebben en dat het gebruik ervan daadwerkelijk bijdraagt aan het vergroten van gelijkheid. Om verder richting te geven aan een mogelijke regeling van *equality data* in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht wordt hieronder een overzicht gegeven van de belangrijkste standaarden zoals die door relevante mensenrechtenorganisaties zijn geformuleerd. Daarbij is, vanwege de beperkte omvang van dit preadvies, vooral gekeken naar de Algemene aanbevelingen die zijn geformuleerd door de toezichthoudende comités bij het VN-Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (IVUR) en het VN-Vrouwenverdrag en de Algemene beleidsaanbevelingen van ECRI.[59] Hoewel het dus geen complete weergave van alle beschikbare standaarden betreft, geeft deze wel een concreter beeld van wat er wordt verwacht.

55. Zie https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/survey-data-explorer-second-eu-minorities-discrimination-survey. Een eerdere editie van deze studie verscheen in 2010.

56. Zie https://www.enar-eu.org/wp-content/uploads/edi_data_collection_initiative_-_backgrounder.pdf.

57. Zie https://www.enar-eu.org/Equality-data-collection-151/, laatst bezocht 21 juli 2025.

58. Zie voor meer informatie https://citizensforeurope.org/advocating_for_inclusion_page/, laatst bezocht 21 juli 2025.

59. Er is bovendien gekeken naar de richtlijnen die door de VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten zijn neergelegd in het handboek *A human-rights based approach to data: leaving no one behind in the 2030 Agenda for Sustainable Development* (2018).

60. Een uitgebreide opsomming van indicatoren is gegeven in de *Durban Declaration and Programme of Action* (reeds aangehaald), par. 92.

61. Bijv. CERD *General Recommendation XXVII (2000) on discrimination against Roma*, par. 46; CERD *General Recommendation XXXI (2005) on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system*, par. I.A.1 onder g en CEDAW *General Recommendation No 40 (2024) on the equal and inclusive representation of women in decision-making systems*, par. 57 en 70.

62. Bijv. CERD *General Recommendation XXXI (2005)* (reeds aangehaald), par. I.A.1 onder a en CEDAW *General Recommendation No 35 (2017) on gender-based violence against women*, par. 34(b).

63. Bijv. CERD *General Recommendation 36 (2020) on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials*, par. 50.

64. Bijv. CEDAW *General Recommendation No 33 (2015) on women's access to justice*, par. 20 onder d.

65. CERD *General Recommendation XIX (1995) on article 3 of the Convention*

66. CEDAW *General Recommendation No 38 (2020) on trafficking in women and girls in the context of global migration*, par. 110.

67. CERD *General Recommendation XXXI (2005)* (reeds aangehaald), par. I.A.1 onder b en I.A.3 en CEDAW *General Recommendation No 35 (2017)* (reeds aangehaald), par. 34(b).

68. Zie bijv. CERD *General Recommendation 36 (2020)* (reeds aangehaald), par. 50 en CEDAW *General Recommendation No 26 (2008) on women migrant workers*, par. 23.

69. *Joint CEDAW General Recommendation No 31 / CRC General Comment No 18 (2014) on harmful practices*, par. 39(b).

Equality data moeten met respect voor de mensenrechten worden verzameld – conform Europese en internationale standaarden.

Soorten data

Bij *equality data* gaat het in de eerste plaats om kwantitatieve data. In vrijwel alle onderzochte aanbevelingen worden staten opgeroepen om statistische data te verzamelen, uitgesplitst naar kenmerken die verband houden met de beschermde discriminatiegronden. Om de sociale positie van gemarginaliseerde groepen goed in kaart te kunnen brengen zouden staten data moeten verzamelen over een reeks van sociale en economische indicatoren, waaronder huisvesting, gezondheid, levensverwachting, opleiding, arbeid, inkomen en toegang tot essentiële diensten.[60] Kwantitatieve gegevens kunnen daarnaast inzicht geven in de mate waarin gemarginaliseerde groepen hun burgerlijke en politieke vrijheden op gelijke voet met anderen kunnen uitoefenen. Verschillende aanbevelingen roepen op om data te verzamelen over de vertegenwoordiging van gemarginaliseerde groepen in politieke en publieke functies,[61] maar ook over slachtofferschap van (politie)geweld en andere misdrijven,[62] de mate waarin zij in aanraking komen met opsporings- en handhavingsactiviteiten door de overheid[63] en hun toegang tot het recht.[64] Ook specifieke vormen van discriminatie, zoals segregatie[65] en mensenhandel,[66] kunnen door dataverzameling beter in kaart worden gebracht. Tot slot moeten staten zicht houden op het aantal meldingen van discriminatie en het aantal vervolgingen en veroordelingen wegens discriminatie.[67]

Behalve kwantitatieve gegevens kunnen ook kwalitatieve data inzicht bieden in ongelijkheid.[68] Dit wordt in verschillende aanbevelingen specifiek benoemd, soms met gedetailleerde aanduidingen van het type onderzoek dat zou moeten worden verricht. Zo stellen het VN-Vrouwencomité en het VN-Kinderrechtencomité in een gezamenlijke Algemene aanbeveling over schadelijke praktijken (*harmful practices*) dat kwalitatief onderzoek moet worden verricht door middel van 'focusgroepen, diepte-interviews met een breed samengestelde groep *stakeholders*, gestructureerde observatie, *social mapping* en andere geschikte methoden'.[69]

Om discriminatie en ongelijkheid tegen te gaan

In paragraaf 2 is als theoretisch uitgangspunt van dit preadvies benoemd dat het verzamelen van data niet alleen inzicht geeft in maatschappelijke verhoudingen maar die verhoudingen ook vormt. Concreet: door te meten hoe de gemiddelde arbeidsmarktparticipatie van 'mensen met een niet-westerse migratieachtergrond' zich verhoudt tot die van 'autochtone Nederlanders' wordt niet alleen een mogelijk verschil in

die participatie gemeten, maar worden 'mensen met een niet-westerse migratieachtergrond' en 'autochtone Nederlanders' ook als twee aparte groepen gedefinieerd. Het risico bestaat dat deze categorisering leidt tot negatieve stereotypering van groepen ('mensen met een niet-westerse migratieachtergrond willen niet werken') of tot ongelijke behandeling waarbij groepen met een lagere arbeidsmarktparticipatie te maken krijgen met extra controles of verplichtingen. Hun ongelijke positie wordt in dat geval versterkt, in plaats van verminderd.

Een belangrijk kenmerk van *equality data* is daarom dat zij worden verzameld met het doel om discriminatie en ongelijkheid te bestrijden. Onder deze overkoepelende doelstelling kunnen verschillende specifiekere doeleinden worden begrepen, zoals het meten van de impact van rassendiscriminatie op de gezondheid,[70] het formuleren van doelstellingen van antidiscriminatiebeleid[71] of het vaststellen van de effectiviteit van positieve-actiemaatregelen.[72] In veel van de onderzochte aanbevelingen worden dergelijke subdoelen van dataverzameling expliciet benoemd. Ook waar dat niet zo is volgt echter uit de context en het doel van de aanbeveling als zodanig dat dataverzameling gericht moet zijn op het vergroten van de gelijkheid van de betrokken groep.

Actoren

De meeste onderzochte aanbevelingen geven geen uitsluitsel over de vraag welke instanties of actoren binnen de staat verantwoordelijk moeten worden gemaakt voor het verzamelen van *equality data*. Her en der wordt verwezen naar de rol van nationale statistiekbureaus.[73] Daarnaast worden andere instanties genoemd, waaronder universiteiten, belangenorganisaties, ngo's en nationale *equality bodies*.[74] De vraag welke actoren data moeten of kunnen verzamelen hangt natuurlijk nauw samen met de vraag om welke data het gaat. Inzicht in het aantal meldingen van discriminatie kan bijvoorbeeld worden verschaft door de instanties waarbij die meldingen worden gedaan, terwijl de politie en justitiële instanties kunnen bijhouden welke groepen het meeste te maken krijgen met politiecontroles, opsporing, vervolging en strafoplegging (inclusief detentie).[75] Voor goed inzicht in de omvang en oorzaken van specifieke vormen van discriminatie zal bovendien vaak samenwerking tussen verschillende organisaties nodig zijn. Zo roept het VN-Vrouwencomité op om data te verzamelen voor het bestrijden van meisjes- en vrouwensmokkel en om daarbij: 'samenwerking te verzekeren tussen professionals op het gebied van migratie, ontwikkeling en bestrijding van mensenhandel, internationale organisaties en partijen uit het maatschappelijk middenveld die opkomen voor vrouwen en meisjes, waaronder *community-based* organisaties of groepen die geraakt worden door mensenhandel en/of door maatregelen tegen mensenhandel'.[76] Betrokkenheid van de groepen waar het over gaat is als zodanig een belangrijke voorwaarde, die hieronder uitgebreider wordt besproken onder 'participatie'. Voor het realiseren van *equality data* verzameling is ten slotte nodig dat staten voldoende middelen ter beschikking stellen aan instanties die verantwoordelijk zijn voor dataverzameling en waar nodig voorzien in de totstandkoming van nieuwe organisaties of systemen.[77]

70. CERD *General Recommendation 37 (2024) on equality and freedom from racial discrimination in the enjoyment of the right to health*, par. 59.

71. CEDAW *General Recommendation No 27 (2010) on older women and protection of their human rights*, par. 32.

72. CEDAW *General Recommendation No 25 (2004) on article 4, paragraph 1, of the Convention*, par. 35.

73. Zie bijv. CEDAW *General Recommendation No 9 (1989): Statistical data concerning the situation of women*; VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 5, 6, 8-9 en 18.

74. O.a. CEDAW *General Recommendation No 14 (1990): Female circumcision*; CEDAW *General Recommendation No 39 (2022) on the rights of indigenous women and girls*, par. 10; ECRI *General Policy Recommendation No 5 (revised) (2021)* (reeds aangehaald), par. 12.

75. Zie CERD *General Recommendation XXXI (2005)* (reeds aangehaald), par. I.A.2.

76. CEDAW *General Recommendation 38 (2020)* (reeds aangehaald), par. 109. Vgl. ook CERD *General Recommendation 37 (2024)* (reeds aangehaald), par. 60.

77. Bijv. CEDAW *General Recommendation No 37 (2018) on the gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change* en CERD *General Recommendation 37 (2024)* (reeds aangehaald), par. 60. Zie ook VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 20.

Vrijwilligheid en zelfidentificatie

Het uitgangspunt van de onderzochte mensenrechtennormen is steeds dat verzameling van *equality data* plaatsvindt op vrijwillige basis, met toestemming van degenen om wie het gaat. Dit betekent dat leden van gemarginaliseerde groepen niet verplicht of gedwongen moeten worden om informatie te verstrekken over hun identiteit of persoonskenmerken. Deelname aan onderzoeken en het afstaan van persoonsgegevens moet steeds plaatsvinden op basis van *informed consent*.[78] Respondenten moeten bovendien zelf kunnen beslissen tot welke groep zij gerekend willen worden (beginsel van zelfidentificatie).[79] Dit betekent dat identificatie van groepen niet moet gebeuren op basis van *proxy*kenmerken, zoals nationaliteit of land van herkomst. Categorieën die worden gebruikt voor disaggregatie van data (bijvoorbeeld 'zwart', 'Surinaams-Nederlands' of 'van Afrikaanse afkomst') moeten worden vastgesteld in samenspraak met de betrokken groepen, en deelnemers moeten altijd de mogelijkheid krijgen om meerdere identiteiten aan te kruisen of de optie 'anders, nl. …' te kiezen.[80]

Privacy

Vanzelfsprekend moeten bij de verzameling van *equality data* de toepasselijke nationale, Europese en internationale regels over gegevensbescherming worden gerespecteerd.[81] Voor Nederland relevante normen zijn onder meer de Algemene Verordening Gegevensbescherming (2016/679/EU) en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Tot de belangrijke privacywaarborgen behoren onder meer vertrouwelijkheid van gegevens die voor statistische doeleinden zijn verzameld, publicatie van data in een vorm die niet herleidbaar is tot individuen en adequate beveiliging van databestanden.[82]

Participatie

Een ander vereiste dat uit de onderzochte aanbevelingen en richtlijnen naar voren komt is dat gemarginaliseerde groepen waarover data worden verzameld ook zelf betrokken moeten zijn bij het proces van dataverzameling.[83] Participatie vanuit deze groepen is een belangrijke waarborg om ervoor te zorgen dat data niet worden verzameld of gebruikt op een manier die groepen schade berokkent en is ook van belang om vertrouwen te creëren. Participatie van vertegenwoordigers van de betrokken groepen is nodig in alle fases van het proces van dataverzameling, waaronder het bepalen welke data er nodig zijn en voor welke (specifieke) doelen die worden verzameld.[84] Voor gemarginaliseerde groepen die niet of moeilijk te bereiken zijn (zoals ongedocumenteerde vreemdelingen of groepen waarin veel laaggeletterdheid voorkomt) kunnen nationale mensenrechteninstituten of partijen uit het maatschappelijk middenveld mogelijk als vertegenwoordigers optreden.[85] In elk geval moet transparant zijn welke groepen vertegenwoordigd zijn en welke procedures er zijn om participatie mogelijk te maken.[86]

78. O.a. CERD *General Recommendation 37 (2024)* (reeds aangehaald), par. 59 en ECRI *General Policy Recommendation No 12 (2008) on combating racism and racial discrimination in the field of sport*, Recommendation 10.a.

79. O.a. CERD *General Recommendation 8 (1990) on self-identification*; CEDAW *General Recommendation 35 (2017)* (reeds aangehaald), par. 34;

80. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 12-13.

81. O.a. *Durban Declaration and Programme of Action* (reeds aangehaald), par. 92 en 98; CERD *General Recommendation 37 (2024)* (reeds aangehaald), par. 59; CEDAW *General Recommendation 38 (2020)* (reeds aangehaald), par. 111.

82. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 16-17.

83. Bijv. *Durban Declaration and Programme of Action* (reeds aangehaald), par. 92-94; CEDAW *General Recommendation No 39 (2022)* (reeds aangehaald), par. 10.

84. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 3.

85. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 3-4.

86. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 4.

Toegankelijkheid

Wanneer *equality data* worden verzameld moeten die ook toegankelijk zijn, niet alleen voor de organisatie die ze heeft verzameld en/of andere overheidsinstanties, maar óók voor de betrokken groepen.[87] De VN-Hoge Commissaris voor de mensenrechten benadrukt het belang van onafhankelijk totstandgekomen statistische informatie voor de verantwoording door overheden over het door hen gevoerde beleid en stelt dat officiële statistieken onder de reikwijdte vallen van het recht op informatie.[88] Om effectieve verantwoording mogelijk te maken moet deze informatie beschikbaar worden gemaakt voor wetenschappers, ngo's en andere belanghebbenden.[89] Voor gemarginaliseerde groepen zelf zijn *equality data* van belang om discriminatieclaims te onderbouwen en om hun argumenten kracht bij te zetten.[90]

4. Equality data in het Nederlandse recht

4.1 Verplichtingen om equality data te verzamelen

Het Nederlandse (gelijkebehandelings)recht kent geen algemene verplichting voor publieke of private organisaties om data te verzamelen met het doel om ongelijkheid en discriminatie te bestrijden. Er bestaat slechts een beperkte wettelijke verplichting, voor de gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen (ADV's), om bij hen binnengekomen klachten over ongelijke behandeling te registreren. Deze klachtgegevens worden geanonimiseerd doorgestuurd naar de minister van Binnenlandse Zaken, waarbij een uitsplitsing wordt gemaakt naar discriminatiegronden en de maatschappelijke terreinen waarop discriminatie zich voordoet.[91] Hiermee wordt tot op zekere hoogte zicht verkregen op discriminatie-ervaringen van mensen in Nederland. De verplichting voor ADV's geldt echter alleen voor klachten die vallen binnen het bereik van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. Klachten over discriminatie op andere terreinen, waaronder bijvoorbeeld etnisch profileren door de politie of Koninklijke Marechaussee, vallen hier niet onder. Een vergelijkbare wettelijke verplichting bestaat bovendien niet voor meldingen van discriminatie die worden gedaan bij het College voor de Rechten van de Mens (het College) of bij andere instanties.[92] Voor het Openbaar Ministerie (OM) is in beleid vastgelegd dat discriminatiefeiten die mogelijk in aanmerking komen voor vervolging geregistreerd moeten worden. Van deze registratie wordt jaarlijks verslag gedaan door het Landelijk Expertisecentrum Discriminatie (LECD) waarbij feiten ook worden uitgesplitst naar discriminatiegrond.[93]

Het Nederlandse recht verplicht organisaties niet om equality data te verzamelen.

87. Bijv. CERD *General Recommendation 37 (2024)* (reeds aangehaald), par. 59.
88. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 14.
89. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 18-19.
90. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2018 (reeds aangehaald), p. 19.
91. Art. 2(1)(b) en 3(1) Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen en art. 13 Besluit gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen.
92. In de Wet College rechten van de mens staan alleen een algemeen geformuleerde verplichting om in het jaarverslag een samenvatting op te nemen van verrichte onderzoeken, uitgebrachte adviezen en overige activiteiten (art. 21(1)) en een verplichting om vijfjaarlijks een onderzoek in de te stellen naar de werking in de praktijk van een aantal gelijkebehandelingswetten, waaronder de Awgb (art. 22). Het CRM geeft wel inzicht in de door haar ontvangen meldingen van discriminatie door middel van de Monitor Discriminatiezaken, zie verder par. 4.1.3.
93. Art. 4.1 en 4.2 Aanwijzing discriminatie.

Uitvoering verplichting tot dataverzameling VN-Verdrag handicap

Hiervoor (paragraaf 3.1) werd al genoemd dat Nederland op grond van het VN-verdrag handicap verplicht is om informatie te verzamelen die relevant is voor de uitvoering van het verdrag. Sinds 2015 geldt een wettelijke verplichting voor het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) om gegevens over arbeidsbeperkten te registreren met het oog op bevordering van hun arbeidsdeelname.[94] Deze verplichting is in het leven geroepen door de Wet banenafspraak en quotum arbeidsbeperkten, waarmee een quotumheffing wordt opgelegd aan werkgevers die onvoldoende mensen met een beperking in dienst hebben.[95] Hiermee is sprake van een beperkte verplichting om *equality data* te verzamelen, met als doel om positieve actie te faciliteren. Bij de goedkeuring van het VN-Verdrag handicap zijn daarnaast geen aanvullende verplichtingen in het leven geroepen om data te verzamelen over de positie van mensen met een beperking.

4.2 Mogelijke grondslagen voor het verzamelen van equality data

Wet College voor de rechten van de mens

Het ontbreken van een algemene verplichting om *equality data* te verzamelen betekent niet dat het verzamelen van zulke data juridisch niet of nauwelijks mogelijk is. In het Nederlandse recht bestaan verschillende grondslagen die hiervoor gebruikt kunnen worden. In het gelijkebehandelingsrecht kan een grondslag worden gevonden in de Wet College voor de rechten van de mens (Wet CRM), die het College de taak geeft om onderzoek te doen naar de bescherming van mensenrechten in Nederland.[96] Hoewel deze taak niet specifiek ziet op onderzoek naar discriminatie en ongelijkheid, heeft het College in het kader van zijn oordelende taak ook een bijzondere bevoegdheid om uit eigen beweging te onderzoeken of onderscheid waarover een verzoek om een oordeel is ingediend stelselmatig wordt gemaakt, met andere woorden of een individuele klacht over verboden onderscheid wellicht het topje van de ijsberg is.[97] Deze bevoegdheden zijn, zeker in samenhang, ruim genoeg om aan te nemen dat het College onderzoek kan doen naar het bestaan van structurele discriminatie, bijvoorbeeld door middel van (grootschalige) enquêtes. Het College heeft bovendien de bevoegdheid om inlichtingen en bescheiden te vorderen die voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig zijn.[98]

Wet op het Centraal bureau voor de statistiek

Het verzamelen van statistische data ten behoeve van overheidsbeleid behoort tot de taken van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). De wettelijke taak van het CBS omvat het verrichten van statistisch onderzoek 'ten behoeve van praktijk, beleid en wetenschap' en het openbaar maken daarvan.[99] De directeur-generaal van het CBS stelt prioriteiten vast voor het te verrichten onderzoek en legt deze vast in een meerjarenprogramma.[100] Het CBS verzamelt data door middel van enquêtes en maakt daarnaast – in toenemende mate – gebruik van databestanden van andere organisaties.[101] Mensen die door het CBS worden benaderd voor een enquête zijn niet verplicht om daaraan deel

94. Art. 38d Wet financiering sociale verzekeringen.

95. *Stb.* 150, 154. De heffing is inmiddels opgeschort tot 1 januari 2026, zie *Stb.* 2022, 499 en TK 2023/24, 36 449, 3, p. 4.

96. Art. 3(a) Wet CRM.

97. Art. 10(1) Wet CRM.

98. Art. 6 Wet CRM. Lid 3 bevat enkele uitzonderingsgronden in verband met o.a. ambts- en beroepsgeheimen.

99. Art. 3 lid 1 Wet CBS.

100. Art. 14 lid 1 Wet CBS. Het meerjarenprogramma moet worden goedgekeurd door de minister van Economische Zaken. Goedkeuring kan alleen worden geweigerd om financiële of organisatorische redenen (art. 14 lid 5).

101. https://www.cbs.nl/nl-nl/over-ons/wij-verzamelen-data, bezocht 5 september 2025.

te nemen, een wettelijke grondslag voor zo een verplichting ontbreekt. Het CBS heeft daarentegen wel toegang tot een grote hoeveelheid gegevens, waaronder databestanden die door overheidsinstanties zijn aangelegd voor het uitvoeren van hun wettelijke taken en databestanden van private partijen, zoals bedrijven en instellingen.[102] Artikel 35 Wet CBS geeft het CBS expliciet de bevoegdheid om bijzondere categorieën van persoonsgegevens als bedoeld in de Algemene Verordening Gegevensbescherming te verwerken, waaronder persoonsgegevens met betrekking tot ras of etnische afkomst, religie of seksuele gerichtheid.

De wettelijke taak en bevoegdheden van het CBS bieden dus ruime mogelijkheden voor het verzamelen van *equality data*. Het verzamelen van zulke data staat echter niet als expliciete doelstelling in de wet. Of er statistisch onderzoek wordt verricht naar ongelijkheid en discriminatie hangt daarmee af van de verzoeken die het CBS krijgt en of deze passen binnen het meerjarenprogramma.

In de praktijk publiceert het CBS met enige regelmaat statistieken die iets kunnen zeggen over de aanwezigheid, aard en omvang van ongelijkheid en discriminatie. Een goed voorbeeld is de recente rapportage 'Ervaren discriminatie in Nederland', met informatie uitgesplitst naar onder andere discriminatiegronden, het type discriminatie (bijvoorbeeld ongelijke behandeling, stereotypering of geweld) en de situatie waarin de discriminatie plaatsvond (op het werk, in het openbaar vervoer, op school, enzovoorts).[103] De rapportage is gebaseerd op een tweejaarlijkse enquête (de Veiligheidsmonitor) waaraan sinds 2021 vragen over discriminatie zijn toegevoegd.[104] Daarnaast geven veel CBS-analyses inzicht in verbanden tussen sociale en economische indicatoren en persoonskenmerken die samenhangen met discriminatiegronden. Zo houdt het CBS bijvoorbeeld bij hoeveel mensen een bijstandsuitkering ontvangen, waarbij de data zijn uitgesplitst naar geslacht, leeftijd en – tot en met 2023 – migratieachtergrond.[105] Andere voorbeelden zijn registraties van verdachten van misdrijven uitgesplitst naar geslacht en nationaliteit[106] en cijfers over eenzaamheid, onder meer uitgesplitst naar geslacht, leeftijd, geboorteland en het geboorteland van de ouders.[107]

Overige dataverzameling

In de inleiding van dit preadvies bleek al dat er jaarlijks meerdere rapporten verschijnen waarin ongelijkheid en discriminatie in de Nederlandse samenleving worden gemeten en/of geanalyseerd. Deze rapporten zijn meestal geschreven door wetenschappers en/of beleidsonderzoekers in opdracht van ministeries of andere overheidsinstanties. Sommige studies zijn langlopend,[108] andere eenmalig.[109] De gepresenteerde data zijn kwantitatief, kwalitatief of allebei.[110] Onderzoek naar ongelijkheid en discriminatie valt ook binnen de taakomschrijving van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP), dat als onafhankelijk onderzoeksinstituut opereert onder verantwoordelijkheid van de minister voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS).[111] Net als het CBS stelt het SCP in een meerjarenprogramma zijn onderzoeksprioriteiten vast.[112] Het SCP publiceert geregeld rapporten over discriminatie[113] en heeft in

102. Art. 33 lid 1 Wet CBS.

103. CBS, *Ervaren discriminatie in Nederland*, 13 december 2024.

104. CBS, *Ervaren discriminatie in Nederland*, 13 december 2024, par. 2.1.

105. Zie https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/82016NED/table?ts=175715480929, bezocht 6 september 2025.

106. https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/85656NED/table?ts=17571873517776.

107. https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/85766NED/table?ts=1757187579232.

108. Bijv. de *Monitor Sociale Inclusie*, waarmee tweejaarlijks inzicht wordt gegeven in de positie van Sinti en Roma. De laatste editie dateert uit 2024: Seidler e.a. 2024 (reeds aangehaald).

109. Bijv. het Nationaal onderzoek moslimdiscriminatie (S. de Cuba e.a. 2025, reeds aangehaald).

110. Bijv. de *Lhbtiqa+-monitor 2024* (Brammer e.a. 2024, reeds aangehaald) waarvoor zowel gebruik is gemaakt van vragenlijsten, resultaten vanuit een eerder door het CBS verrichte enquête en interviews met focusgroepen.

111. https://www.scp.nl/over-scp, bezocht 7 september 2025.

112. Aanwijzing 6 van de Aanwijzingen voor de Planbureaus, *Stcrt* 2012, 120. De minister kan binnen redelijke grenzen aangeven welke werkzaamheden in ieder geval in het programma moeten worden opgenomen.

113. Bijv. I. Andriessen e.a., *Liever Mark dan Mohammed? Onderzoek naar arbeidsmarktdiscriminatie van niet-westerse migranten via praktijktests*, SCP 2010 en I. Andriessen e.a., *Ervaren discriminatie in Nederland II*, SCP 2020.

het huidige meerjarenprogramma ook vragen opgenomen over de mate van (ervaren) discriminatie en racisme en ongelijkheid op verschillende maatschappelijke terreinen.[114] Ten slotte geven ook rapporten van belangenorganisaties inzicht in voorkomende situaties van ongelijkheid en discriminatie in Nederland.[115] Het aantal van deze rapporten en de omvang van de onderliggende studies lijkt echter beperkt, wat waarschijnlijk verklaard kan worden uit een gebrek aan middelen en/of toegang tot omvangrijke hoeveelheden data.

4.3 Evaluatie

Het Nederlandse (gelijkebehandelings)recht kent geen verplichting om *equality data* te verzamelen, met uitzondering van de verplichting voor ADV's om meldingen van ongelijke behandeling te registreren en de registratieplicht van het UWV inzake arbeidsbeperkten. Dit wil niet zeggen dat er geen *equality data* beschikbaar zijn – aan statistieken en rapporten geen gebrek. Het ontbreken van een wettelijk en beleidskader voor de verzameling van *equality data* heeft echter verschillende gevolgen. In de eerste plaats is het verzamelen van *equality data* grotendeels vrijblijvend en afhankelijk van de prioriteit die de eerdergenoemde actoren eraan toekennen. De beschikbaarheid van relevante data is daarom niet gegarandeerd. In de tweede plaats vindt verzameling van *equality data* gefragmenteerd plaats, wat het lastig maakt om een overzicht te krijgen van welke data beschikbaar zijn. Dit bemoeilijkt zowel het voeren van effectief non-discriminatiebeleid als maatschappelijke bewustwording van het probleem van ongelijkheid en discriminatie. Ten derde ontbreken waarborgen die de positie van gemarginaliseerde groepen bij dataverzameling versterken en hun zeggenschap over de verzamelde data garanderen. Op deze punten wordt hieronder nader ingegaan. Daarbij geldt als kanttekening dat het, binnen de reikwijdte van dit preadvies, niet mogelijk is om voor alle actoren en modaliteiten van dataverzameling in detail vast te stellen welke waarborgen wel of niet aanwezig zijn. Om die reden wordt volstaan met een aantal bredere observaties, die desalniettemin aanknopingspunten bieden voor een toekomstige regeling over *equality data*.

Bij gebrek aan duidelijke wetgeving en beleid blijft de verzameling van equality data vrijblijvend, gefragmenteerd en zonder waarborgen.

Beschikbare data

In Nederland worden zowel kwantitatieve als kwalitatieve *equality data* verzameld. Data die inzicht geven in bestaande ongelijkheid, op meerdere terreinen en uitgesplitst naar relevante persoonskenmerken, zijn in ieder

114. Sociaal en Cultureel Planbureau, *Meerjarenplan SCP 2021-2025*, SCP 2021, i.h.b. op p. 16-17.

115. Bijv. de database van Controle Alt Delete waarin wordt bijgehouden hoeveel mensen overlijden onder verantwoordelijkheid van wetshandhavers, met vermelding van onder meer migratieachtergrond (voor zover bekend), zie https://overleden.controlealtdelete.nl/.

geval gedeeltelijk beschikbaar in de vorm van CBS-statistieken en overige monitors.[116] Tegelijkertijd is het lastig om een volledig overzicht te krijgen van alle beschikbare data en zijn afzonderlijke datasets en rapporten vaak onvolledig. Zo zijn de eerdergenoemde CBS-cijfers over ontvangers van bijstandsuitkeringen wel uitgesplitst naar leeftijd en geslacht, maar niet naar beperking, het behoren tot de lhbtiqa+-gemeenschap of 'ras'.[117] Hetzelfde geldt voor kwalitatieve onderzoeken waarin de aard en context van verschillende vormen van ongelijkheid en discriminatie worden onderzocht.

Een meer gestructureerde aanpak is er wel waar het gaat om meldingen van discriminatie. Hiervoor bleek dat ADV's wettelijk verplicht zijn om bij hen binnengekomen meldingen bij te houden. Daarnaast wordt sinds een aantal jaar over alle meldingen van discriminatie die bij verschillende instanties zijn gedaan gezamenlijk gerapporteerd. De rapportage 'Discriminatiecijfers in [jaar]' verzamelt de meldingen die zijn gedaan bij de politie, de ADV's, het College voor de Rechten van de Mens, Meld.Online Discriminatie, de Nationale ombudsman en de Kinderombudsman.[118] Deze geïntegreerde rapportage geeft een beter overzicht van ervaren discriminatie en maakt het makkelijker om trends te signaleren. Tegelijkertijd geven meldingen slechts beperkt inzicht in de daadwerkelijke omvang van discriminatie en ongelijkheid.

Vrijwillige verstrekking en zelfidentificatie

Veel van de hiervoor genoemde rapporten zijn gebaseerd op enquêtes, interviews of andere onderzoeksmethoden waarbij respondenten op vrijwillige basis informatie verstrekken. Dat is echter niet altijd zo. Vooral het CBS maakt veel – en in toenemende mate – gebruik van bestaande dataregistraties, van zowel overheidsinstanties als bedrijven.[119] Dit maakt het bijvoorbeeld mogelijk dat gegevens over het land van herkomst (van de geregistreerde of diens ouders) worden gebruikt in statistische analyses over uitkeringen of arbeidsparticipatie, zonder dat de betrokkene daar zelf mee heeft ingestemd.

Uit de in paragraaf 3 genoemde standaarden volgt bovendien dat dataverzameling gebaseerd zou moeten zijn op zelfidentificatie in plaats van dat mensen door de onderzoekers, op basis van bekende persoonskenmerken, worden ingedeeld in een bepaalde categorie. Het risico van die laatste aanpak is dat mensen in een categorie worden geplaatst waarmee zij zichzelf niet identificeren (iemand wordt bijvoorbeeld meegeteld als vrouw terwijl die zichzelf als non-binair ziet). Bovendien kan het zo zijn dat de gebruikte categorieën als zodanig niet aansluiten bij de perceptie van de groepen waarom het gaat. Een voorbeeld is de indeling 'autochtoon/westers-allochtoon/niet-westers-allochtoon' die jarenlang werd gebruikt door het CBS. Het gebruik van dergelijke indelingen riskeert het in stand houden of zelfs creëren van scheidslijnen vanuit een meerderheidsperspectief en beperkt de ruimte voor leden van gemarginaliseerde groepen om zelf hun identiteit te bepalen.

Het ontbreken van een algemeen wettelijk en/of beleidskader rondom *equality data* betekent dat voorwaarden met betrekking tot vrijwilligheid van dataverstrekking en zelfidentificatie door de betrokken groepen

116. Bijv. Seidler e.a. 2024 (reeds aangehaald) en Brammer e.a. 2024 (reeds aangehaald).

117. Zie par. 4.2.2. Tot en met 2023 werd wel onderzocht hoeveel bijstandsontvangers een migratieachtergrond hadden. Deze uitsplitsing wordt inmiddels echter niet meer gemaakt. Het meten van 'migratieachtergrond' lijkt bovendien te beperkt om goed zicht te krijgen op de mate waarin geracialiseerde groepen in Nederland zijn aangewezen op een bijstandsuitkering, zie ook par. 4.3.2.

118. Het overzicht is een gezamenlijke publicatie van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het ministerie van Justitie en Veiligheid en Artikel 1. De laatste editie (*Discriminatiecijfers in 2024*) is beschikbaar via https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2025/04/02/rapport-discriminatiecijfers-in-2024.

119. https://www.cbs.nl/nl-nl/over-ons/dit-zijn-wij, bezocht 7 september 2025.

nergens zijn vastgelegd. In de praktijk maakt in ieder geval het CBS gebruik van geregistreerde persoonskenmerken die niet vrijwillig zijn verstrekt (bijvoorbeeld uit de Basisregistratie Personen) en worden analyses gepubliceerd waarin groepen zijn gecategoriseerd op basis van deze kenmerken in plaats van door zelfidentificatie.

Participatie en toegankelijkheid

Tot slot ontbreken waarborgen voor het betrekken van gemarginaliseerde groepen bij het verzamelen van *equality data*. In de praktijk zijn er wel voorbeelden te vinden van participatie. Zo is bij de 'Lhbtiqa+-monitor 2024' een klankbordgroep ingezet met vertegenwoordigers van lhbtiqa+-belangenorganisaties, inclusief groepen die vooralsnog ondervertegenwoordigd zijn in onderzoek (waaronder non-binaire, aseksuele en intersekse personen, maar ook lhbtiqa+ personen van kleur of met een beperking). Deze klankbordgroep is betrokken bij de ontwikkeling van de gebruikte vragenlijst.[120] Een ander voorbeeld is de meest recente 'Monitor Sociale Inclusie', waarbij ook gebruik is gemaakt van een klankbordgroep met leden uit de onderzochte Sinti- en Romagemeenschappen waarmee aspecten van het onderzoek zijn besproken.[121] Deze voorbeelden kunnen wellicht gelden als *good practices*. Tegelijkertijd lijken de keuzes om wel of geen *equality data* te verzamelen, en beslissingen rondom dataverzameling, nog grotendeels te worden gemaakt op ministeries en door instellingen als het CBS en SCP, zonder inspraakgaranties voor gemarginaliseerde groepen. Daarmee bestaat het risico dat de onderzoeken die worden gedaan niet aansluiten bij de problemen die door deze groepen worden ervaren. Ook de afweging of de voordelen van het verzamelen van *equality data* opwegen tegen de kosten ervan (waaronder de belasting van deelname aan het onderzoek, maar ook het risico op stigmatisering of misbruik van de verstrekte data) zou in de eerste plaats door vertegenwoordigers van de betrokken groepen moeten worden gemaakt. Dataverzameling door belangenorganisaties komt wel voor, maar slechts beperkt. Er is geen strategie die gericht is op het ondersteunen van belangenorganisaties, bijvoorbeeld door middel van subsidies, om op die manier *bottom up* dataverzameling te stimuleren. Een gerelateerd knelpunt is dat belangenorganisaties wel een verzoek kunnen indienen bij het CBS om op basis van de daar aanwezige data analyses te verrichten, maar dat dit slechts onder strenge voorwaarden en tegen betaling wordt gehonoreerd.[122]

De toegankelijkheid van beschikbare *equality data* is in zoverre gegeven dat veel rapporten online worden gepubliceerd en gratis geraadpleegd kunnen worden. De analyses van het CBS zijn eveneens openbaar toegankelijk via de databank StatLine.[123] Het is onduidelijk in hoeverre er hiernaast ook initiatieven bestaan om *equality data* specifiek onder de aandacht te brengen van gemarginaliseerde groepen of om hun toegang tot de beschikbare data te vergroten (bijvoorbeeld door middel van bijeenkomsten of visuals). Hier is opnieuw de constatering dat wettelijke of beleidswaarborgen ontbreken, waardoor de toegankelijkheid van *equality data* vaak afhankelijk is van de partij die het onderzoek heeft uitgevoerd.

120. Brammer e.a. 2024 (reeds aangehaald), p. 28-29.

121. Seidler e.a. 2024 (reeds aangehaald).

122. Art. 2 Regeling werkzaamheden derden CBS.

123. https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/.

5. Aanbevelingen

Hieronder worden aanbevelingen gedaan voor een wettelijk en beleidskader voor de verzameling en het gebruik van *equality data*. Met deze aanbevelingen wordt een eerste uitwerking gegeven aan de in dit preadvies geformuleerde uitgangspunten en randvoorwaarden. Zij hebben zeker niet het karakter van een tot in detail uitgedachte regeling, maar worden hier gepresenteerd als basis voor verdere verkenning en discussie over de beste manier om *equality data* een plek te geven in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

Er lijkt op dit moment sprake te zijn van toenemend draagvlak voor een regeling van *equality data*. Onlangs werd in de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de regering werd verzocht om overheidsinstanties te stimuleren om met behulp van onder meer CBS-data onderzoek te doen naar discriminerende effecten van besluitvorming.[124] Regels over *equality data* zijn bovendien opgenomen in de eerder (paragraaf 3.1) genoemde EU-Richtlijnen inzake standaarden voor gelijkebehandelingsorganen, die op 19 juni 2026 geïmplementeerd moeten zijn in het Nederlandse recht. Met de onderstaande aanbevelingen wordt deels al uitwerking gegeven aan deze implementatieverplichting.

Aanbevelingen:

- Maak van het verzamelen van *equality data* een wettelijke taak. Deze taak kan worden opgedragen aan het College voor de Rechten van de Mens, dat de opdracht krijgt om periodiek vast te stellen welke behoefte aan *equality data* er op dat moment is en zonodig onderzoek uit te zetten.
- Leg vast welke actoren moeten worden betrokken bij de uitoefening van de bovengenoemde taak door het College. Noem hierbij in ieder geval belangenorganisaties die opkomen voor gemarginaliseerde groepen, en de Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme.
- Voorzie in periodiek afstemmingsoverleg tussen het College en het CBS over de verzameling van statistische *equality data*.
- Leg in de wet vast dat CBS-analyses, waarbij gebruik wordt gemaakt van data die zijn uitgesplitst naar persoonskenmerken welke overeenkomen met de wettelijk beschermde discriminatiegronden, steeds moeten zijn voorzien van een motivering die aangeeft waarom die uitsplitsing gerechtvaardigd is met het oog op versterking van de positie van gemarginaliseerde groepen. Leg ook vast dat vrijwilligheid en zelfidentificatie het uitgangspunt moeten zijn bij verzameling van deze data. Afwijking van dit uitgangspunt moet eveneens worden gemotiveerd.
- Stel een klankbordgroep in voor het CBS waarin vertegenwoordigers van gemarginaliseerde groepen zitting hebben. De klankbordgroep heeft in ieder geval tot taak om de hiervoor genoemde motiveringen te beoordelen.
- Stel richtlijnen op voor de verzameling van *equality data* waarin vrijwilligheid en zelfidentificatie centraal staan. Neem ook richtlijnen op met betrekking tot de participatie van gemarginaliseerde groepen

124. TK 2025/26, 30 950, 499.

in alle stadia van *equality data*-onderzoek en de toegang van deze groepen tot *equality data*. Maak deze richtlijnen beschikbaar voor alle overheidsinstanties die zich bezighouden met de verzameling van *equality data*.
- Inventariseer bestaande *good practices* en verwerk deze in de bovengenoemde richtlijnen.
- Maak voldoende financiële middelen beschikbaar om de hierboven genoemde aanbevelingen effectief te kunnen uitvoeren.

Karin de Vries is hoogleraar grondrechten aan de Universiteit Utrecht en gespecialiseerd in het non-discriminatierecht, met een focus op thema's als etnisch profileren, structurele (rassen)discriminatie en postkoloniale perspectieven op burgerschap en de rechten van migranten. Zij is landenexpert voor Nederland verbonden aan het *European Equality Law Network*, plaatsvervangend lid van het College voor de Rechten van de Mens en lid van de Commissie Meijers.

Jair Schalkwijk is projectleider bij Controle Alt Delete, een maatschappelijke organisatie die zich inzet voor eerlijke en effectieve rechtshandhaving en tegen etnisch profileren en buitenproportioneel geweld. Hij is als promovendus verbonden aan de afdeling criminologie van de Erasmus School of Law van Erasmus Universiteit Rotterdam, en werkt aan een proefschrift over etnisch profileren.

De ontbrekende stem in het algoritme

Mr. J. M. (Monique) Steijns in samenwerking met mr. R. (Rajae) Azoural

Samenvatting

Het huidige juridisch kader is onvoldoende toereikend om algoritmische discriminatie tegen te gaan. Algoritmische discriminatie ontstaat niet enkel door technische tekortkomingen, en is ook niet enkel door technische oplossingen te verhelpen. Dit preadvies bepleit de noodzaak voor een juridische afdwingbare verplichting om gebruik te maken van de juiste relevante representatie vanaf de vroegste fase waarin wordt nagedacht over de inzet van overheidsalgoritmen die een aanmerkelijke impact op kwetsbare groepen in de samenleving kunnen hebben.

Deze mensen zijn relevant omdat zij als geen ander in staat zijn om op de blinde vlekken te wijzen en daarmee discriminatie vooraf kunnen signaleren. En juist deze perspectieven zijn essentieel om op een duurzame wijze algoritmische discriminatie tegen te gaan.

1. Inleiding

1.1 Meer algoritmen

De Nederlandse overheid is sterk gericht op het ontwikkelen en implementeren van algoritmen.[1] Met het in december 2022 in het leven geroepen algoritmeregister worden overheidsorganisaties gestimuleerd om informatie te publiceren over de algoritmen die ze gebruiken.[2] Dit is om transparantie, uitlegbaarheid van algoritme- en AI gebruik te bevorderen.[3] Op het moment van schrijven tel ik maar liefs 1163 geregistreerde algoritmen terwijl veel overheidsdiensten hun algoritmen nog niet eens hebben geregistreerd. Dit gebruik op grote schaal van algoritmen door de overheid heeft in het verleden en leidt ook nu nog tot problemen rondom gelijke behandeling en non-discriminatie. Toch wordt er veel gebruik gemaakt van deze technologieën vooral in het sociale zekerheidsdomein en voor handhaving. Zo worden bijvoorbeeld veel risicoprofielen in algoritmen gebruikt om in te schatten of iemand een risico vormt op basis van persoonlijke gegevens waaronder ook gedrag. Wanneer bepaalde groepen mensen daardoor vaker onterecht als risicovol worden gezien leidt dit al snel tot discriminatie.

1.2 Algoritme of Kunstmatige intelligentie (AI)

Dit preadvies richt zich op algoritmische discriminatie. Een algoritme is een set van regels en instructies die een computer geautomatiseerd volgt bij het maken van berekeningen om een probleem op te lossen of een vraag te beantwoorden. Algoritmes kunnen gebruikt worden om een aanvraag te beoordelen, trends te herkennen en gegevens te analyseren. Zelflerende algoritmen worden getraind om zelf patronen te ontdekken. De termen algoritmes en kunstmatige intelligentie (AI) worden vaak door elkaar heen gebruikt. Algoritmes zijn een belangrijk onderdeel van AI maar niet alle algoritmen zijn onderdeel van AI. Een algoritme met een duidelijke beslisregel en een eenduidig antwoord: “ja wel toekenning subsidie” of “nee geen toekenning subsidie” is geen zelflerend algoritme en daarmee

1. TNO, Quickscan Publieke samenleving III, 2024, via: https://algoritmes.overheid.nl/nl.
2. https://algoritmes.overheid.nl/nl.
3. TNO, *Impact Assessment* Mensenrechten en Algoritmes, 2024, via: https://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/314531/314531.pdf; https://publications.tno.nl/publication/34642601/SASNc3ZW/TNO-2024-R11005.pdf.

geen AI-systeem.[4] De Nederlandse overheid maakt gebruik van beiden. In dit preadvies wordt vooral de term algoritmen gebruikt, wat betrekking heeft op zowel AI-systemen waar algoritmen onderdeel van uitmaken als algoritmen die niet per se AI zijn.

1.3 Algoritmische discriminatie en uitsluiting van perspectieven

De Algemene Rekenkamer stelt in haar rapport "Aandacht voor algoritmes" van mei 2021 duidelijk dat de burger onvoldoende centraal staat bij het gebruik van algoritmen door de overheid. Burgers weten niet waar zij terechtkunnen met vragen, hoe zij fouten in data kunnen melden of bezwaar kunnen maken tegen algoritmische besluiten. De Rekenkamer benadrukt dat dit vraagt om duidelijke communicatie over het gebruik en de impact van algoritmen en over hoe burgers de overheid daarop kunnen aanspreken.[5] Voortbouwend op de constatering van de Algemene Rekenkamer dat de burger onvoldoende centraal staat bij het gebruik van algoritmen door de overheid, betoog ik dat juist dit tekort bijdraagt aan het ontstaan en voortbestaan van algoritmische discriminatie en dus de juiste representatie centraal dient te staan.

In dit preadvies, waarbij ik heb gekozen voor de essayvorm, signaleer ik dat het huidige juridisch kader onvoldoende toereikend is om algoritmische discriminatie tegen te gaan. Ik betoog verder dat algoritmische discriminatie niet enkel ontstaat door technische tekortkomingen en dat dit probleem niet (enkel) door het aanpassen van de technologie kan worden opgelost. Vervolgens leg ik de stelling voor dat algoritmische discriminatie ook ontstaat door de uitsluiting van diverse of beter gezegd missende perspectieven. Meer specifiek is er mijns inziens sprake van een structureel gebrek aan de juiste relevante representatie waardoor discriminatie in de kaart wordt gespeeld. Het gaat dan om de mensen uit de groepen die worden geraakt als het 'mis' gaat. Deze mensen zijn relevant omdat zij als geen ander in staat zijn om op de blinde vlekken te wijzen en daarmee discriminatie vooraf kunnen signaleren. En juist deze perspectieven zijn essentieel om op een duurzame wijze algoritmische discriminatie tegen te gaan. Om dat te bewerkstelligen dient participatie of beter representatie niet vrijblijvend te zijn maar juridisch afdwingbaar. Belangrijk onderdeel is dan een wettelijk verankerde verplichting om gebruik te maken van deze representatie. Daarbij hoort toezicht om te borgen dat kwetsbare groepen structureel worden betrokken bij beslissingen. Dit alles is noodzakelijk om ervoor te zorgen dat de input van de juiste relevante representatie echt effectief kan zijn.

1.4 Algoritmische discriminatie: direct en indirect

De wet onderscheidt direct en indirect onderscheid. Van direct onderscheid is sprake wanneer iemand expliciet anders wordt behandeld op grond van een wettelijk beschermde eigenschap, zoals godsdienst, ras, geslacht of nationaliteit. Dit is in principe verboden discriminatie, tenzij de wet een uitdrukkelijke uitzondering toestaat. Indirect onderscheid ontstaat wanneer een ogenschijnlijk neutrale regel of maatstaf in de praktijk bepaalde groepen benadeelt. Dat is discriminatie als het onderscheid geen legitiem doel dient of als de maatregel niet passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het leidt dan tot ongelijke behandeling.[6]

4. https://algoritmes.overheid.nl/nl/footer/over-algoritmes.
5. Algemene Rekenkamer, Aandacht voor algoritmes (Den Haag: Algemene Rekenkamer 2021).
6. Zie art. 1 lid 1 sub b en c van de Algemene Wet Gelijke Behandeling.

Gebruik van een algoritme kan ook leiden tot discriminatie. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer het algoritme is getraind om rekening te houden met nationaliteit als een specifiek kenmerk, ook wel een 'variabele' genoemd om het risico op fraude te voorspellen.
Bij indirecte discriminatie leidt een ogenschijnlijk neutraal kenmerk of variabele in de praktijk tot systematische benadeling van bepaalde groepen. We noemen dit causale *proxys*, *proxy*-kenmerken of *proxy*-factoren. In plaats van kenmerken te gebruiken zoals geslacht, nationaliteit of leeftijd, die direct kunnen leiden tot bepaalde vooroordelen (bias) wordt ook wel geprobeerd om zogeheten neutrale kenmerken zoals opleidingsniveau of een postcode te gebruiken. Maar dit soort *proxy*-factoren die op het eerste gezicht misschien niet gevoelig lijken, kunnen dat wel worden. Bijvoorbeeld als een postcode statistisch gezien aan een bepaalde etnische groep is gekoppeld.

In het geval van het toeslagenschandaal concludeerde het College voor de Rechten van de Mens dat er voldoende feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat de werkwijzen en processen van de Belastingdienst/Toeslagen in het bijzonder aanvragers van kinderopvangtoeslag met een buitenlandse afkomst hebben getroffen. Volgens het College was daarbij sprake van indirect onderscheid.[7]

Ook DUO gebruikte een fraudedetectiesysteem voor studiefinanciering waarbij sprake was van indirect onderscheid. De manier waarop DUO dat deed was discriminerend en daarom onrechtmatig, concludeerde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) na onderzoek.[8] Studenten met een migratieachtergrond werden vaker gecontroleerd op fraude. Een zogenaamd neutraal kenmerk waarop het algoritme was getraind bestond uit de vraag of de student in de buurt van de ouders woonde. Niettemin bleek uit onderzoek dat studenten met een migratieachtergrond vaker dan andere studenten werden beschuldigd van misbruik. Wat bleek: statistisch gezien wonen kinderen van Turks-Nederlandse en Marokkaans-Nederlandse ouders gemiddeld dichter bij hun ouders dan kinderen zonder migratieachtergrond.

1.5 Algoritmische discriminatie; een technisch of een sociaal probleem?

In het geval van DUO speelde nog iets anders waardoor studenten met een migrantenachtergrond vaker beschuldigd werden van fraude. Niet alleen het algoritme markeerde de studenten als fraudeurs maar hier was ook sprake van handmatige selectie die zorgde voor oververtegenwoordiging van bepaalde groepen in de fraudelijst. Dit laatste gegeven grijp ik graag aan als haakje voor mijn betoog dat algoritmische discriminatie niet alleen een technisch probleem maar ook, of juist, een sociaal probleem is.[9] Wat we denken stoppen we in het systeem en dat is wat er ook uitkomt. We leggen dat vaak uit als bias, data doorspekt van (historische) vooroordelen die leven in de samenleving.[10]

7. College voor de Rechten van de Mens, Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen, Utrecht 2022. Beschikbaar via, https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/a356efac-8752-4843-a86c-665bb0a98667.

8. Autoriteit Persoonsgegevens, Gebruik van geautomatiseerde risicoclassificering op basis van een risicoprofiel bij Controleproces Uitwonende Beurs (CUB), (Den haag 2024). Beschikbaar via https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/documenten/onderzoeksrapport-fraudeaanpak-duo.

9. L. Taylor, 'What is Data Justice?', Big Data & Society 2017.

10. R. Benjamin, *Race After Technology*, Cambridge: Polity Press 2019.

1.6 Co-creatie

Dit essay is tot stand gekomen in co-creatie met een groep mensen uit de samenleving. Samen met de co-creatiepartner voor dit preadvies mr. Rajae Azoural hebben we gesproken met verschillende mensen die benadeeld zijn of vrezen te worden benadeeld door algoritmische discriminatie. Wanneer ik in dit essay spreek over ervaringsdeskundigen, gemarginaliseerde groepen, gemeenschappen en betrokkenen doel ik mede op ambassadeurs uit deze gemeenschappen alsmede de organisaties die direct de belangen van deze groepen behartigen. Uit de gevoerde gesprekken kwam een belangrijk signaal naar voren: het gevoel van machteloosheid omdat er veel gebeurt over de hoofden van mensen heen die vervolgens met de nadelige uitkomsten te maken krijgen. Zij voelen zich ongehoord en niet serieus genomen, terwijl juist *zij* de meest aangewezen relevante input kunnen leveren.

Niet alleen de samenwerking met de deelnemers heeft bijgedragen aan de in dit essay uit te werken stelling. Ook het samen optrekken met mede-auteur Rajae Azoural leverde waardevolle inzichten op over de manier waarop we mensen kunnen bereiken die mogelijk te maken kunnen krijgen met algoritmische discriminatie op het snijvlak van ras, etniciteit, religie, sociaaleconomische positie en digitale ongelijkheid. Rajae Azoural heeft het organiseren van de co-creatiebijeenkomst op zich genomen, voorbeelden aangedragen en ervoor gezorgd dat de deelnemers een blijk van waardering en compensatie ontvingen voor hun deelname.

1.7 Aanpak preadvies

Dit preadvies in essayvorm bestaat uit de volgende onderdelen. Na deze inleiding in paragraaf 1, neem ik in paragraaf 2 de stand van zaken rondom algoritmische discriminatie onder de loep. Daarbij ga ik ook in op de verschillende instrumenten die voor handen zijn om te proberen dit probleem te tackelen. Namelijk, het juridisch kader en het technisch *tweaken* van algoritmische systemen om discriminatie te voorkomen.

In paragraaf 3 beschrijf ik de uitkomsten en de aanbevelingen zoals deze naar voren zijn gekomen in de co-creatie. De ervaringsdeskundigen hebben vanuit hun positie midden in de maatschappij goed zicht op de impact die discriminerende algoritmen hebben in verschillende gemeenschappen. Dat geldt ook voor de wijze waarop mensen worden uitgesloten van kennis en mogelijkheden om zich te verweren.

In paragraaf 4 formuleer ik een constructieve en toekomstbestendige aanpak van algoritmische discriminatie. In mijn betoog ga ik in op een juridisch afdwingbare verplichting om gebruik te maken van de juiste relevante representatie vanaf de vroegste fase waarin wordt nagedacht over de inzet van overheidsalgoritmen die een aanmerkelijke impact op kwetsbare groepen in de samenleving kunnen hebben. Dit zal niet alleen bouwen aan hernieuwd vertrouwen na alle schandalen van de afgelopen jaren, maar zal ook burgers in staat stellen bij te dragen aan technologie die daadwerkelijk rechtvaardigheid hoog in het vaandel heeft. Paragraaf 5 biedt een verdere onderbouwing voor een juiste relevante representatie als

plicht. Ten slotte formuleer ik in paragraaf 6 een aantal aanbevelingen en sluit ik af met een korte conclusie.

2. Algoritmische discriminatie

2.1 Verboden Algoritmische discriminatie

We zagen de afgelopen jaren een bonte stoet van gevallen voorbijtrekken waar sprake was van algoritmische discriminatie. In paragraaf 1.4 zijn de discriminatie door het DUO algoritme en het toeslagenschandaal genoemd. In de gemeente Nissewaard werd een algoritme gebruikt om bijstandsgerechtigden te scannen op frauderisico's. Volgens onderzoek van TNO was daarbij het risico op discriminatie aanwezig.[11] In de gemeente Rotterdam werd een algoritme gebruikt om vast te stellen welke uitkeringsgerechtigden een hoog risico vormden op frauderen. De Rotterdamse rekenkamer concludeerde dat het algoritme was getraind met bevooroordeelde data waardoor mensen met bepaalde kenmerken er eerder uitgepikt werden.[12]

Zorgen en signalen rond bevoordeelde algoritmes komen niet alleen voor bij de Belastingdienst, DUO of in het sociale zekerheidsdomein. Ik geef een ander voorbeeld: een ambtenaar bij het ministerie van Buitenlandse Zaken had gewezen op een discriminatierisico en ter discussie gesteld hoe het kon dat op basis van iemands nationaliteit of geslacht de kans werd berekend dat iemand zijn visum zou misbruiken. Nationaliteit en afkomst zou geautomatiseerd van invloed zijn op de uitkomst zonder dat daar volgens de ambtenaar een goede rechtvaardiging voor was. NRC en *Lighthouse Reporters* onderzochten de kwestie en brachten aan het licht dat het ministerie had besloten om te werken met een algoritme dat inderdaad risicoscores toekent aan visumaanvragen.[13, 14, 15] Het daarvoor gebruikte algoritme dat bepaalt of visumaanvragen intensief of juist oppervlakkig gecontroleerd moeten worden, plaatste aanvragen van mensen uit Marokko of Surinaamse mannen tussen de 20 en 40 jaar automatisch bovenaan de lijst 'risicovol'. Als gevolg werd dan het zogenaamde intensieve traject ingezet. De aanvraag duurt dan langer omdat deze extra moet worden nagelopen, met alle gevolgen daarvan voor de aanvrager.

Een Marokkaanse vrouw stapte naar de rechter en eiste opheldering over het algoritme 'Informatie Ondersteund Beslissen (IOB)'. De rechter oordeelde in een tussenuitspraak dat de minister van Buitenlandse Zaken opheldering dient te geven over het gebruik van dit algoritme bij de beslissing om een visumaanvraag af te wijzen.[16]

Deze uitspraak is niet geheel verrassend. Bij veel algoritmen is het moeilijk te achterhalen op basis van welke gegevens en wegingen een bepaalde uitkomst tot stand is gekomen. Dat staat op gespannen voet met de verplichting om besluiten goed te motiveren of om de belangenafweging transparant te maken. En juist dit is een verplichting op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen vormen de kern van zorgvuldig en transparant overheidshandelen. Burgers moeten immers kunnen begrijpen op welke wijze beslissingen over hen worden genomen. Volgens het College voor de Rechten van de Mens mag de overheid niet

11. https://www.grootnis-sewaard.nl/nieuws/gemeente/148961/gemeente-stopt-met-ge-bruik-algoritme; https://www.ictma-gazine.nl/nieuws/nissewaard-stopt-met-on-betrouwbaar-algoritme-te-gen-bijstandsfraude/.
12. https://rekenkamer.rotterdam.nl/onderzoeken/algoritmes/.
13. 'Slimme check faalt bij opsporing fraude', NRC, mei 2023.
14. https://www.lighthousere-ports.com/investigation/ethnic-profiling.
15. 'Slimme check faalt bij opsporing fraude', NRC, mei 2023.
16. ECLI:NL:RBDHA:2025:14544.

van burgers verwachten dat zij geschoold zijn in het doorgronden van technische algoritmes. Het bestuursorgaan dat een beslissing heeft genomen zal op een begrijpelijke manier moeten uitleggen hoe het toegepaste algoritme in het algemeen werkt en hoe dit in het concrete geval van de burger heeft uitgepakt.[17] Deze spanning tussen algoritmische besluitvorming en de beginselen van behoorlijk bestuur onderstreept de noodzaak van een duidelijk juridisch kader dat waarborgen biedt tegen discriminatie.

2.2 Het juridisch kader

In de vorige paragraaf heb ik uiteengezet dat discriminatie door de inzet van algoritmen opvallend vaak voorkomt. Dit ondanks het bestaan van een ruim pallet aan regelingen die juist bedoeld zijn om discriminatie, ook in algoritmische vorm, te voorkomen. In deze paragraaf geef ik een kort overzicht van de belangrijkste juridische kaders. Het doel hiervan is om verderop in dit essay de vraag te beantwoorden of dit kader voldoende toereikend is in het geval van algoritmische discriminatie.

Op nationaal niveau vloeit het verbod op discriminatie en de verplichting tot gelijke behandeling voort uit verschillende wetten en regelingen zoals de Grondwet, de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de wet Gelijke behandeling op grond van handicap en ziekte (Wgbh/cz), en de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG). De UAVG verbiedt specifiek volledig geautomatiseerde besluitvorming die juridische of vergelijkbare significante gevolgen heeft voor een betrokkene, tenzij dit expliciet is toegestaan op basis van wetgeving, een overeenkomst, of met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene.

Ook vanuit EU-regelgeving en de Raad van Europa geldt een verbod op discriminatie en is dat onder meer geregeld in het Handvest EU, Richtlijnen 2000/43 (tegen discriminatie op grond van ras of etnische afstamming) & 2000/78 (algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep) en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De Europese *Artificial Intelligence* Verordening (AI ACT) classificeert risicoprofilerende systemen als 'hoog-risico', wat betekent dat zij onderworpen zijn aan strikte verplichtingen onder meer op het gebied van menselijk toezicht en waarborgen tegen discriminatie.

Andere instrumenten die het juiste gebruik van algoritmes trachten te regelen om discriminatie aan te pakken, zijn onder meer het Rijksalgoritmekader die richtlijnen biedt voor overheden bij het ontwikkelen en gebruiken van algoritmes en discriminatietoetsing. De zogenoemde *Impact Assessment* Mensenrechten en Algoritmes (IAMA) toegepast binnen de overheid toetst algoritmes op risico's voor discriminatie. En dan is er nog de *Data Protection Impact Assessment* (DPAI), een verplichting uit de AVG bij de verwerkingen van persoonsgegevens met hoog risico voor de rechten van personen, zoals discriminatie.

Het toezicht op de gelijke behandelingswetgeving is in Nederland belegd bij het College voor de Rechten van de Mens. Deze nationale

17. College voor de Rechten van de Mens, Position Paper Transparantieverplichting voor overheid bij gebruik algoritmes via https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/bf15558a-1b17-43d7-a60e-df9ff8847491.

toezichthouder is daarmee ook belast met het beoordelen van individuele discriminatieklachten, mede wanneer deze door algoritmen zijn veroorzaakt. De Autoriteit Persoonsgegevens is de belangrijkste toezichthouder op het gebied van gegevensbescherming en daarmee ook op algoritmische besluitvorming, discriminatoire of onrechtmatige algoritmen die persoonsgegevens verwerken.

We zagen de afgelopen jaren een bonte stoet aan gevallen voorbijtrekken waar sprake was van algoritmische discriminatie.

Wanneer een algoritmisch systeem de normen uit het juridisch kader schendt kunnen groepen en individuen in principe ook via de rechter hun recht afdwingen. De eerste rechterlijke uitspraak in Nederland waarin die algoritmische discriminatie werd behandeld was de rechtszaak over het Systeem Risico Indicatie (SyRI). In 2018 spanden een coalitie van maatschappelijke organisaties, waaronder het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM), het Platform Bescherming Burgerrechten, Privacy First, en de FNV, een rechtszaak aan tegen de Nederlandse Staat. Het ging om de inzet van SyRI. Een systeem van de overheid dat burgers profileert om achter mogelijke risico's op fraude te komen. Met behulp van geheime algoritmen werden daarmee gehele wijken doorgelicht om te voorspellen of zij in de toekomst mogelijk fraude zouden plegen met overheidsgelden.[18] De rechtbank Den Haag oordeelde dat SyRI in strijd was met het recht op privacy. Het algoritme sloeg aan op het gebruik van ogenschijnlijk neutrale (indirecte) kenmerken zoals woonwijk of sociaaleconomische status. Daarnaast bleek dat het systeem enkel werd ingezet in de armste wijken van enkele steden in Nederland, waar bovengemiddeld veel kwetsbare burgers wonen en het merendeel met een migratieachtergrond. De inzet van SyRI lijkt volgens de rechtbank daarom ook nog eens in strijd te zijn met het verbod op discriminatie.

Hoewel het juridische kader rond algoritmische discriminatie inmiddels behoorlijk uitgebreid is, komt algoritmische discriminatie nog steeds op grote schaal voor.

Ik ben me ervan bewust dat het juridische kader hier beknopt wordt beschreven zonder dat ik verder in ga op welke terreinen wel of geen bescherming tegen discriminatie wordt geboden of wat de gelijke behandelingsnormen concreet inhouden. Ook zou het interessant zijn om te lezen wat er in de rechtspraak en de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens al is beslist over algoritmische discriminatie en welke problemen zich voordoen bij de toetsing. Ik zou hier graag nog op ingaan maar in dit essay wil ik de ruimte gebruiken om de focus te leggen op

18. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

hoe de deelnemers uit de co-creatie over algoritmische discriminatie dit juridisch kader ervaren in het licht van algoritmische discriminatie.

2.3 De technische fix van algoritmische discriminatie

De socioloog en auteur Ruha Benjamin betoogt in haar boek '*Race After Technology*' dat puur technische oplossingen voor problemen met algoritmen vaak tekortschieten. Ze benadrukt dat deze oplossingen de sociale dimensies van technologie onderschatten.[19] Toch zien we dat dit middel vaak als oplossing wordt gezien om discriminatie te voorkomen. De Slimme Check is daar een goed voorbeeld van. De Slimme Check was een project van de gemeente Amsterdam waar *Lighthouse Reports*, *MIT Technology Review* en Trouw onderzoek naar hebben gedaan. De Slimme Check was een door de gemeente Amsterdam zelf ontwikkeld AI-systeem dat de beoordeling van bijstandsaanvragen niet alleen efficiënter maar ook rechtvaardiger zou moeten maken. Rechtvaardiger omdat de gemeente hiermee juist vooroordelen (bias) uit het Amsterdamse socialezekerheidsstelsel wilde halen.

Een team van fraudeonderzoekers en datawetenschappers had jarenlang aan de Slimme Check gewerkt, waarbij alles uit de kast gehaald was om het dit keer helemaal 'goed' te doen. De principes van '*responsible AI*' en '*trustworthy AI*' werden zoveel mogelijk geïntegreerd, een aanpak gericht op eerlijkheid en het ethisch minimaliseren van negatieve gevolgen. Niet alleen werden experts geraadpleegd, bias getest en technische waarborgen geïmplementeerd maar in dit geval werd zelfs feedback gevraagd van de mensen die door het programma zouden (kunnen) worden getroffen. Alle moeite ten spijt, het systeem bleek niet eerlijk en effectief.[20]

Juridische kaders zijn volgens ervaringsdeskundigen onvoldoende geschikt om algoritmische discriminatie aan te pakken.

Bij de eerste testronde werd duidelijk dat het algoritme ten onterechte sterke bias opvoerde tegen mensen met een (niet-westerse) migratie achtergrond, (*non-Dutch nationals*) en mannen. Na een beetje 'tweaken' met de data leek het systeem aanvankelijk 'eerlijkere' resultaten op te leveren. Toen de pilot vervolgens werd ingezet ging het toch weer fout. Het systeem deed nu het omgekeerde als bij de eerste test. Ten onterechte markeerde het systeem nu juist meer mensen met de Nederlandse nationaliteit en vrouwen, en volgens de onderzoekers ook meer mensen met kinderen. Het project had niet de gewenste uitkomst opgeleverd en de stekker werd er na veel moeite en geld uitgetrokken.[21] Alle transparantie, uitlegbaarheid en het *tweaken* van datasets en algoritmen kon niet voorkomen dat het systeem minder discriminerende uitkomsten produceerde.

19. R. Benjamin, *Race After Technology*, Cambridge: Polity Press 2019.

20. Amsterdam's Fair Welfare AI: A Case of Discriminatory Algorithms, MIT Technology Review 11 juni 2025, https://www.technologyreview.com/2025/06/11/1118233/amsterdam-fair-welfare-ai-discriminatory-algorithms-failure/.

21. https://www.technologyreview.com/2025/06/11/1118233/amsterdam-fair-welfare-ai-discriminatory-algorithms-failure/; Amsterdam wilde met AI de bijstand eerlijker en efficiënter maken. Het liep anders., Trouw 7 juni 2025, https://www.trouw.nl/verdieping/amsterdam-wilde-met-ai-de-bijstand-eerlijker-en-efficienter-maken-het-liep-anders-b2890374/.

Dat dit zo is afgelopen met Slimme Check is eigenlijk niet zo vreemd wanneer we er rekening mee houden dat algoritmische systemen sociale structuren uit de samenleving weerspiegelen. Technische oplossingen kunnen dan tekortschieten omdat ze het probleem van structurele ongelijkheid in de samenleving niet beredeneren.[22] Hildebrandt wijst in haar artikel '*Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning*' op het feit dat we moeten erkennen dat een hoge nauwkeurigheid van de trainings- en validatiegegevens niet betekent dat het algoritme het in de 'echte wereld' ook goed doet. Vanuit een technisch perspectief wordt er ook door de overheid veel waarde gehecht aan transparantie en uitlegbaarheid. Hoewel een uitleg waarom het systeem tot een discriminerende uitkomst heeft besloten interessant kan zijn, rechtvaardigt het die beslissing uiteindelijk niet.[23]

Technische oplossingen pakken hoogstens de symptomen aan van ongelijkheid die al in data en maatschappelijke verhoudingen besloten liggen. Zonder aandacht voor de structurele oorzaken van ongelijkheid blijven technische fixes oppervlakkig. Ze kunnen discriminatie verfijnen of verbergen, maar zelden wegnemen. Een echte aanpak vraagt dus om maatschappelijke en institutionele verandering, niet alleen om betere technologie. De juridische implicatie hiervan is dat het recht verschuift van remedie achteraf naar structureel waarborginstrument vooraf binnen een ongelijke samenleving.

Kortom, het technisch 'optimaliseren' van algoritmische systemen is niet voldoende toereikend om algoritmische discriminatie te voorkomen. Het leidt uiteindelijk tot een soort 'fixen van symptomen' maar lost het kernprobleem vooralsnog niet op.

3. Ervaringsdeskundigen en algoritmische discriminatie

3.1 Stemmen uit de gemeenschap centraal

Ten behoeve van het schrijven van dit essay organiseerde ik samen met de co-creatiepartner voor dit preadvies, mr. Rajae Azoural, een co-creatiebijeenkomst en is informatie opgehaald via een online enquête.

Voor de bijeenkomst hebben we de methode gebruikt waarbij de deelnemers zijn geworven via onze eigen netwerken. De intentie was daarbij om verschillende perspectieven op overheidscontacten te betrekken met name uit groepen die historisch veel te maken hebben met uitsluiting en discriminatie. Denk bijvoorbeeld aan mensen die geraakt zijn door de Toeslagenaffaire, maar ook aan personen die op subtielere wijze menen ongelijk behandeld te zijn door overheidsinstanties, zonder dat zij dit formeel als discriminatie herkenden.

Een ander belangrijk kanaal in de werving was Radio SALTO. In het programma 'Radio Mart', voornamelijk beluisterd door de Afro-Surinaamse gemeenschap in Amsterdam Zuidoost, was ik uitgenodigd om te vertellen over algoritmische discriminatie. In de uitzending is een oproep gedaan aan de luisteraars om ervaringen te delen over (mogelijke) ongelijke behandeling via overheidsinstanties door algoritmes.[24]

22. L. Taylor, What Is Data Justice? (2017).

23. M. Hildebrandt, 'Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning', Theoretical Inquiries in Law, maart 2019.

24. Radio Salto richt zich op nichedoelgroepen en gemeenschappen die zich niet herkennen in andere media.

Daarnaast is contact gelegd met Newbees, een organisatie die zich richt op zogenaamde nieuwkomers, Meld Islamofobie en met S.P.E.A.K, een collectief van moslimvrouwen dat zich uitspreekt tegen racisme, islamofobie, seksisme en structurele uitsluiting. Door deze samenwerking werden ook ervaringen vanuit religieuze invalshoeken zichtbaar gemaakt.

Voor de co-creatiepartner – die het aangaan van alle contacten voor het organiseren van de bijeenkomst op zich heeft genomen – was een terugkerende belemmering dat veel mensen wel een gevoel van (algoritmische) discriminatie ervoeren, maar dit niet konden aantonen of expliciet benoemen. De onzekerheid over de legitimiteit van hun ervaringen zorgde ervoor dat sommige potentiële deelnemers aarzelden om mee te doen. Daarnaast was de geografische spreiding beperkt, omdat de meeste deelnemers in Amsterdam woonden.

Uiteindelijk waren bij de bijeenkomst zes participanten die te maken hadden gehad met algoritmische discriminatie, dan wel een vermoeden hadden, of in hun omgeving signalen daarvan op hadden gevangen. De deelnemers bestonden uit zowel mannen als vrouwen en deelden met name een islamitisch religieus en bi-culturele achtergrond. Met deze groep is het gesprek gevoerd waarbij zorgen, ervaringen en ideeën rondom algoritmische discriminatie zijn gedeeld. De inzichten van deze mensen laten zien hoe algoritmische systemen in de praktijk kunnen bijdragen aan structureel onrecht maar ook welke mogelijke oplossingen zij voorstaan. In deze paragraaf stel ik deze stem centraal, door een min of meer feitelijke, samengevatte weergave van de gevoerde gesprekken.

Algoritmische discriminatie is niet zozeer een technisch probleem maar een sociaal probleem.

Een aantal maanden na de co-creatiebijeenkomst is nog meer informatie opgehaald door het uitzetten van een online enquête bij achttien Nederlandse – vooral academisch opgeleide – vrouwen van kleur, of beter gezegd uit de BIPOC gemeenschap.[25] Hiermee is expliciet de focus gelegd op een intersectionele groep die door de combinatie van verschillende identiteitskenmerken zoals gender en ras historisch te maken hebben met overlappende vormen van discriminatie. De uitkomsten daarvan komen overeen met de uitkomsten van de co-creatiebijeenkomst en worden ten behoeve van de ruimte in dit essay weergegeven in figuur 8.1.

25. Deze afkorting wordt vooral in de VS gebruikt om mensen die zichzelf niet als wit beschouwen aan te duiden.

3.2 Hindernissen en onzichtbare ongelijkheid

Mensen ervaren dat er veel over de hoofden gebeurt van diegenen die onder de risico's te lijden hebben. Het juridische kader is volgens de deelnemers moeilijk bereikbaar om zich op algoritmische discriminatie te kunnen beroepen. En dat laatste bleek in de gesprekken van groot belang. Een terugkerende zorg betrof de drempels die worden ervaren bij het melden van discriminatie door het gebrek aan informatie, een belangrijke eerste stap om zich te kunnen beroepen op het juridische kader.

Zo is er de ervaring dat er in verschillende gemeenschappen niet altijd voldoende taalvaardigheid en al helemaal geen digitale of technische kennis is om signalen over algoritmische discriminatie te herkennen, laat staan te melden. Volgens de deelnemers ontstaat hierdoor een stille uitsluiting, waarbij onrecht onzichtbaar blijft.

Naast praktische hindernissen spelen ook culturele drempels een grote rol. Een deelnemer met een achtergrond uit Turkije benoemde dat in haar cultuur autoriteiten zelden worden tegengesproken. Dit is een houding die mensen niet zomaar afleren en die ook in Nederland doorwerkt. Dat is vooral bij formele instanties het geval. Deze angst en terughoudendheid kan mensen ervan weerhouden om meldingen te doen van signalen, discriminatie of misstanden. Er werd dan ook gepleit voor de inzet van cultuursensitieve professionals, of liever nog mensen uit de eigen gemeenschap waar signalen en vermoedens van mogelijk algoritmische discriminatie bespreekbaar gemaakt kunnen worden, nog voordat er sprake is van een formele klacht. De huidige formele meldstructuur wordt als te zwaar en ontmoedigend ervaren. Gevolg daarvan is volgens de participanten de onderrapportage van (mogelijke) misstanden.

3.3 Gebrek aan transparantie en het voortbestaan van institutionele discriminatie

De deelnemers uitten scherpe kritiek op het gebrek aan transparantie bij overheidsinstellingen die algoritmen inzetten. Veel mensen uit gemarginaliseerde gemeenschappen zijn zich er niet van bewust wanneer en hoe algoritmen worden gebruikt. Daarmee zijn zij ook niet op de hoogte van hoe deze systemen hen kunnen benadelen. Het huidige algoritmeregister dat transparantie moet bevorderen wordt als incompleet ervaren. Dit gebrek aan actief en effectief informeren door de overheid geeft volgens de participanten het gevoel van machteloosheid. Immers, als je niet weet of en hoe een algoritme wordt gebruikt kan je een misstand daaromtrent ook niet melden.

Ook werd hierbij gewezen op het probleem van indirecte discriminatie. Hoewel beleid ogenschijnlijk neutraal is leiden variabelen zoals postcode, opleiding of inkomen toch tot ongelijke behandeling. Als voorbeeld werd de DUO zaak genoemd waarbij studenten van Turks-Nederlandse en Marokkaans-Nederlandse ouders op de risicolijst terecht kwamen, omdat zij vaker in de buurt van hun ouders wonen. Ook was er grote verontwaardiging dat naast het algoritme, bewust illegaal handmatige selectie zorgde voor de oververtegenwoordiging van

bepaalde groepen op deze fraudelijst. Volgens de participanten is dit een signaal van institutionele discriminatie die zowel in het handelen van mensen als in algoritmen is ingegeven. Dit onderwerp maakte veel los. De participanten signaleerden een absolute noodzaak om institutionele discriminatie en racisme te erkennen door overheden. Volgens de ervaring van de deelnemers wordt dit vaak geneutraliseerd of weggeschreven in beleidsstukken. Dat zou ook het geval geweest zijn bij het toeslagenschandaal. Door deze manier van handelen verdwijnt de structurele kern van het probleem uit beeld, namelijk dat er sprake is van institutionele discriminatie in de samenleving die zich weerspiegelt in de systemen die gebruikt worden. Zolang dit niet wordt erkend staat het een effectieve aanpak van algoritmische discriminatie volgens de deelnemers in de weg.

3.4 Het juridisch kader biedt in de praktijk slechts beperkte bescherming

Uit de problemen die de deelnemers tijdens de co-creatie naar voren hebben gebracht, volgt in het algemeen dat het huidige kader tegen algoritmische discriminatie op meerdere punten tekortschiet. Vanuit juridisch perspectief kunnen we kort de volgende kernproblemen identificeren. Allereerst lijkt de afdwingbaarheid van het juridisch kader beperkt, omdat bestaande wetten nog niet goed aansluiten op de toepassing van algoritmen in de praktijk. Mensen die menen last te hebben van algoritmen kunnen moeilijk aantonen dat zij zijn benadeeld. Ten tweede lijkt de preventieve werking van het juridisch kader zwak gelet op het feit dat het recht pas ingrijpt nadat de schade al is aangericht. Algoritmische werking is immers vaak (een tijd) onzichtbaar. Als derde kunnen we identificeren dat bewijs van vooral indirecte discriminatie lastig op tafel is te leggen door het gebrek aan transparantie over gebruikte data en wegingen. Tot slot vormen kennis, toegangsdrempels en het vaak niet structureel onderkennen van institutionele discriminatie extra barrières om een beroep te doen op de juridische regelingen om algoritmische discriminatie te voorkomen. Al deze punten maakt dat het juridisch kader in de praktijk slechts beperkte bescherming biedt. Juridische kaders zijn volgens ervaringsdeskundigen dan ook onvoldoende geschikt om algoritmische discriminatie aan te pakken.

3.5 Concrete voorstellen uit de betrokken gemeenschap

De participanten kwamen niet alleen met zorgen, maar ook met concrete voorstellen, zoals het instellen van de eerdergenoemde onafhankelijke meldpunten, voor burgers maar ook voor ambtenaren die anoniem misstanden willen melden. Ook zou een jaarlijkse audit van algoritmische systemen door mensen uit de verschillende gemeenschappen moeten plaatsvinden; een zogenaamde representatieve controle op alle algoritmegebruik bij overheidsinstanties. Ook is er gesproken over betere bewustwording en transparantie. Zo zou het normaal moeten zijn dat er ondubbelzinnig, proactief en duidelijk naar burgers wordt gecommuniceerd wanneer algoritmen worden gebruikt, vergelijkbaar met waarschuwingslabels op sigaretten. Een lokale aanpak werd eveneens als een oplossing of aanbeveling gezien. Daarbij werd gedacht aan het

investeren in buurtteams die ondersteuning bieden en herstelprocessen monitoren wanneer het fout is gegaan met een overheidsalgoritme. Ook representatie en het betrekken van activisten, ervaringsdeskundigen en ambassadeurs uit gemeenschappen bij de (beleids)ontwikkeling van algoritmische systemen werd breed onderschreven.

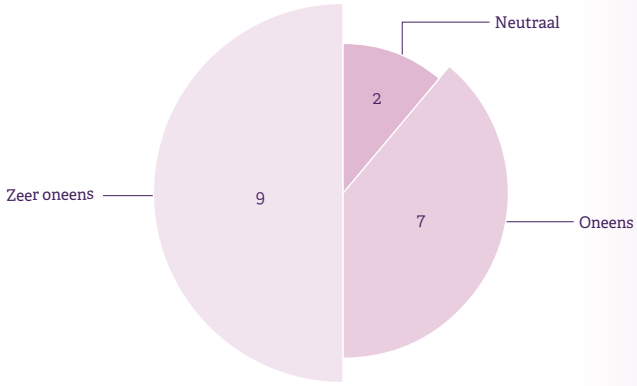
3.6 Lessen uit de co-creatie

De enquête afgenomen tijdens de bijeenkomst bevestigt het gevoel van urgentie en ontevredenheid onder de participanten. Slechts een enkeling vond dat de overheid voldoende doet om discriminatie te voorkomen. De meeste respondenten waren het oneens of volledig oneens met de stelling dat mensen goed weten waar ze terechtkunnen bij algoritmische discriminatie. De steun voor een verplicht register en wettelijke toetsing op mensenrechten bij algoritmegebruik was groot. De aanpak van algoritmische discriminatie vraagt volgens de deelnemers om meer dan een juridisch kader. De ontbrekende stem van getroffen gemeenschappen is een voedingsbodem voor algoritmische discriminatie**.** Er zou daarom sprake moeten zijn van een structurele, gelaagde benadering waarbij de overheid eindverantwoordelijk is, maar waarbij gemeenschappen actief worden betrokken in signalering, beleidsvorming en controle op algoritmische systemen. Het is nodig dat gemeenschappen actief meebeslissen en controleren en niet slechts geraadpleegd worden. Transparantie, representatie en toegankelijke meldstructuren vormen daarbij de kern.

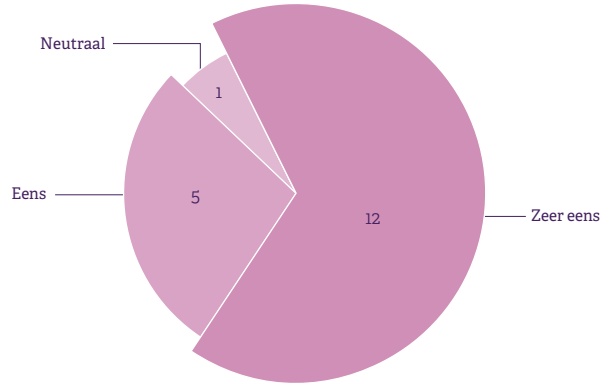
Figuur 8.1 toont de inzichten die zijn opgehaald door de online enquete onder achttien Nederlandse vrouwen uit de BIPOC gemeenschap. Deze afkorting wordt vooral in de Verenigde Staten gebruikt om mensen die zichzelf niet als wit beschouwen aan te duiden.

Figuur 8.1. Uitkomsten online enquête gebruik algoritmen door de overheid. Bron: eigen onderzoek

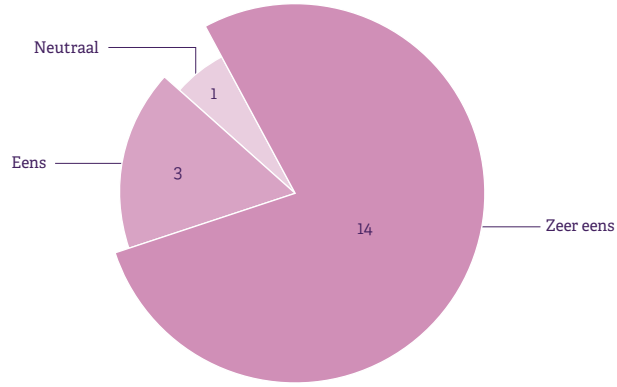
Vraag 1. De overheid doet voldoende om te voorkomen dat het mis gaat.



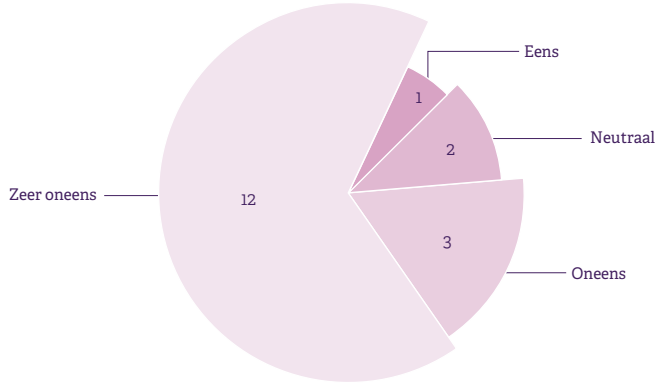
Vraag 2. Elke overheidsinstantie die algoritmen gebruikt moeten dat vooraf duidelijk weergeven - zie de boodschappen op pakjes sigaretten - en de mogelijkheid benoemen dat algoritmen kunnen discrimineren en dat mensen daar eenvoudig bezwaar tegen kunnen maken.



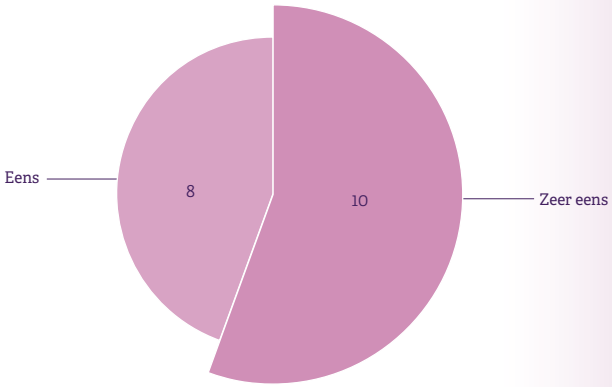
Vraag 3. Er moet een makkelijk(er) toegankelijk register komen waar mensen die (vermoeden) negatief met algoritmen in aanraking (te) zijn dit kunnen melden.



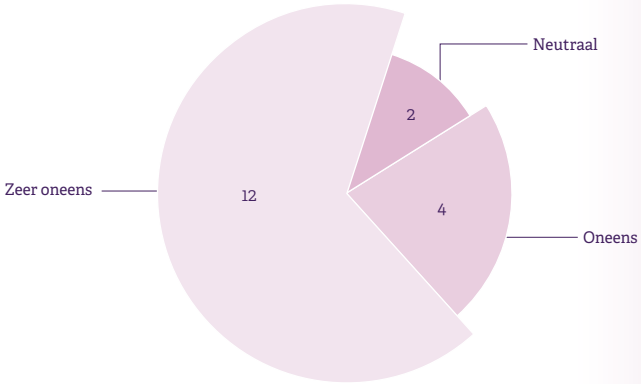
Vraag 4. (Huidige) wetgeving is voldoende om algoritmische discriminatie te voorkomen?



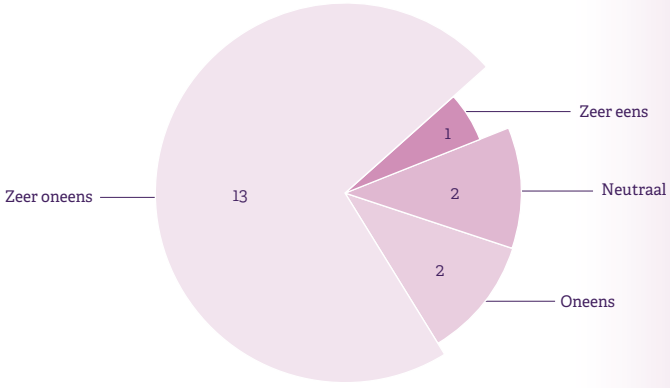
Vraag 5. De overheid moet meer onderzoek verrichten naar de algoritme-ervaringen van burgers en daar vervolgens actie op ondernemen.



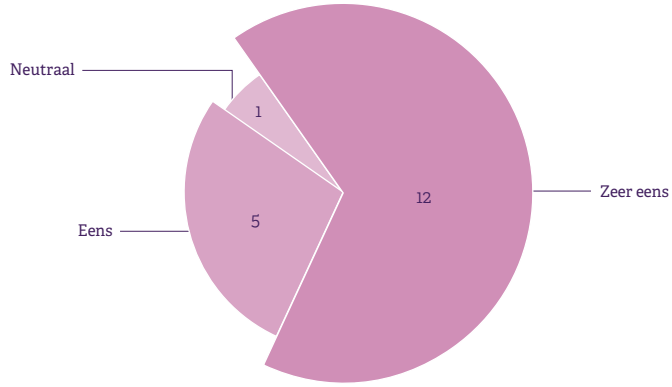
Vraag 6. De representatie van verschillende groepen binnen de samenleving is voldoende en wordt goed gebruikt door de overheid.



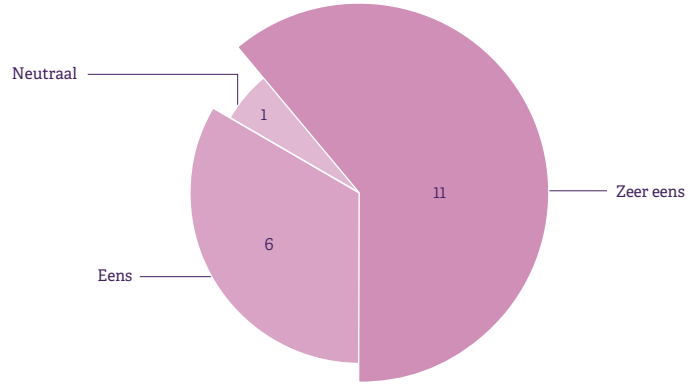
Vraag 7. Mensen weten goed waar ze terecht kunnen wanneer sprake is van algoritmische discriminatie. Er zijn voldoende alternatieven voor handen voor mensen die met algoritmische discriminatie te maken hebben om dat aan te kaarten en dat te laten beoordelen?



Vraag 8. De overheid mag geen algoritmen inzetten die een vergaande impact kunnen hebben op de levens van mensen (discriminatie) zonder onderzoek te doen naar welke groepen negatief geraakt kunnen worden en vooraf met de vertegenwoordigers uit deze groepen te praten? Een wettelijke verplichting om gebruik te maken van de juiste representatie.



Vraag 9. Gemeenschappen en maatschappelijke organisaties moeten zich meer verenigen om een sterke vuist te maken tegen discriminerende algoritmen. We hebben daarvoor ambassadeurs uit de gemeenschappen zelf nodig.



4. De logica achter relevante representatie als plicht

4.1 Gemeenschappen actief betrekken

Deze bijeenkomst maakte duidelijk dat de stemmen uit de gemeenschap er wel degelijk zijn. Er is kennis en de bereidheid tot meedenken. Het is niet alleen nodig dat deze stemmen worden gehoord, maar ook dat ze structureel actief worden meegenomen wanneer het gaat om het ontwikkelen en de inzet van algoritmische systemen. Ik zal hier in deze paragraaf dieper op ingaan en een voorstel doen voor het structureel betrekken van stemmen uit de gemeenschap door de inzet van de juiste relevante representatie.

4.2 De noodzaak van een structurele aanpak

We hebben in paragraaf 2.3 gezien dat technische oplossingen vooralsnog de plank misslaan als het gaat om het voorkomen van algoritmische discriminatie. En vervolgens in paragraaf 3.4 dat het juridisch kader door ervaringsdeskundigen als onvoldoende toereikend wordt ervaren. Uit de genoemde voorbeelden en uit de gesprekken met de deelnemers volgt dat wanneer het mis gaat met de algoritmen, de negatieve gevolgen vooral zijn voor de groepen die sociaal, economisch of institutioneel al gemarginaliseerd zijn. Op de vraag gesteld tijdens de co-creatiebijeenkomst, of de representatie van verschillende groepen binnen de samenleving voldoende is en goed wordt gebruikt door de overheid, antwoorden alle participanten negatief. Representatie vanuit de gemeenschap vinden de participanten essentieel. Er werd naar voren gebracht dat het actief betrekken van activisten, ervaringsdeskundigen en vertegenwoordigers uit gemeenschappen bij beleid en implementatie van algoritmische systemen standaard zou moeten zijn. Ook werd positief gereageerd op het aanstellen van ambassadeurs in gemeenschappen en gemeenten voor betere mobilisatie en communicatie om de representatie te stroomlijnen.

> **De ontbrekende stem van getroffen gemeenschappen is een voedingsbodem voor algoritmische discriminatie.**

Mijn stelling is dat algoritmische discriminatie niet enkel ontstaat door technische tekortkomingen, dan wel door het aanpassen van de techniek kan worden opgelost. Daarnaast stel ik dat het huidige juridisch kader onvoldoende toereikend is om deze vorm van discriminatie tegen te gaan. Algoritmische discriminatie ontstaat ook door uitsluiting van diverse perspectieven. Anders gezegd er is mijns inziens sprake van een structureel gebrek aan de juiste relevante representatie waardoor discriminatie in de kaart wordt gespeeld. En juist deze perspectieven zijn essentieel om op een duurzame wijze algoritmische discriminatie tegen te gaan. Het is niet alleen wenselijk maar ook noodzakelijk om de juiste relevante representatie in wetgeving te gieten met het daarbij horende toezicht. Het is de waarborg om ervoor te zorgen dat de input van de juiste relevante representatie echt effectief kan zijn.

Op dit moment zijn we in Nederland bezig met de implementatie van de AI ACT verordening. Daar is ruimte om nationaal nog keuzes te maken, de zogenaamde discretionaire ruimte. Volgens mij is dit dan ook *het* momentum om algoritmische discriminatie verder aan te pakken.

4.3 Een Europese lobby voor verplichte relevante representatie

Niet alleen de groep ervaringsdeskundigen en ikzelf zijn de mening toegedaan dat het verplicht consulteren van ervaringsdeskundigen

en vertegenwoordigers uit deze groepen een goed idee is; ook voor het Europees Parlement (EP) was dit een belangrijk punt. Tijdens de onderhandelingen voor de totstandkoming van de AI ACT stelde het EP via een amendement voor om een representatieverplichting van mensen die geraakt konden worden door AI-systemen en maatschappelijke organisaties op te nemen in de AI ACT bij technische audits. Het amendement luidde:

Amendment 286
Proposal for a regulation Article 84 - paragraph 6
6. *In carrying out the reviews referred to in paragraphs 1 to 4 the Commission shall take into account the positions and findings of the Board, of the European Parliament, of the Council, of equality bodies and of other relevant bodies or sources and shall consult relevant external stakeholders, in particular those potentially affected by the AI systems, organisations representing their interests, academia, the social partners and civil society.*

Dit voorstel bevatte de verplichting om in het geval van hoog risicosystemen, zoals bijvoorbeeld gebruikt in het sociale zekerheid domein, externe belanghebbenden, waaronder mensen die geraakt worden door AI en maatschappelijke organisaties, bij het beoordelingsproces van een dergelijk systeem te betrekken.

In de laatste fase van de onderhandelingen werd deze verplichting uit het artikel van de AI ACT geschrapt. Als gevolg daarvan hebben maatschappelijke organisaties en mensen geraakt door AI, geen directe, juridisch bindende manier om bij te dragen aan de beoordelingen over welke negatieve effecten een dergelijk systeem zou kunnen hebben. Dit betekent ook dat gebruikers en producenten niet verplicht zijn om externe belanghebbenden, waaronder het maatschappelijk middenveld en mensen die te maken hebben met AI, dus relevante representatie, bij het beoordelingsproces te betrekken. Er is wel de ruimte gelaten om deze belangrijke actie vrijwillig in te zetten. Dit voorstel voor een verplichte betrokkenheid van maatschappelijke organisaties en mensen geraakt door AI in de AI ACT doelde vooral op betrokkenheid bij het uitvoeren van (technische) audits. Dat neemt niet weg dat een vergelijkbare verplichting als voorwaarde, voor de inzet van risicovolle technologie - niet alleen als audit maar gedurende het gehele proces - een oplossing kan bieden bij het beperken van algoritmische discriminatie door de overheid.

4.4 Het belang van een langetermijnbesef

Het is ook de voortdenderende trein waarmee de overheid algoritmes in gebruik neemt die mijns inziens vraagt om een juridisch verankerde verplichting.[26] Eén die juridisch afdwingbaar is én waar toezicht op is. Nu het er niet op lijkt dat de overheid een stapje terug doet wat betreft de optimistische kijk op nieuwe technologie, biedt juist deze voorgestelde verplichting een duurzame en langetermijnoplossing tegen algoritmische discriminatie. De huidige manier waarop de juiste stakeholders worden betrokken laat nog wat te wensen over. Wanneer de participatie van belanghebbenden niet goed wordt uitgevoerd mondt dat uit in een ethische wasbeurt; een manier om oppervlakkig

26. https://www.tno.nl/nl/newsroom/2024/06/kunstmatige-intelligentie-inzet-overheid/.

het gebruik van algoritmische systemen te certificeren die nog steeds zeer problematisch zijn. Dus niet slechts voor de vorm en eveneens niet om input ongemotiveerd ter zijde te leggen, maar om daadwerkelijk als hoogkwalitatieve input mee te nemen. Getroffen gemeenschappen moeten daarom worden versterkt zodat zij op een zinvolle manier betrokken kunnen worden bij beslissingen die hun leven beïnvloeden. Een wettelijke verplichting gepaard gaande met het toezicht daarop als voorwaarde voor de inzet van risicovolle technologie is duurzaam en heeft aandacht voor de lange termijn.

4.5 "Voices In, Voices Out"[27]

Wanneer we willen voorkomen dat algoritmische discriminatie het vertrouwen in de overheid schaadt en de kloof van ongelijkheid tussen groepen vergroot, moeten we op een betere manier met technologie omgaan. Want hoe komen we tot het gebruik van technologie die voor iedereen voordelen biedt, wanneer niet de meest relevante en getroffen partijen daar een stem in hebben?

Een juiste en relevante representatie vereist wettelijke verankering en stevig toezicht om echt effectief te zijn.

Er zijn minstens drie redenen om deze groepen op basis van een wettelijke verplichting te betrekken bij het gebruik van algoritmes in de samenleving.

1. Ten eerste worden daarmee blinde vlekken in beleid en algoritmisch ontwerp verkleind, doordat ervaringskennis en culturele context worden meegenomen. Dit is *de* kans voor de overheid om sociaal-maatschappelijke inzichten in structurele discriminatie te vergroten en daarmee het risico op blinde vlekken - ook bij indirecte discriminatie - te verminderen. Margot Kaminski noemt dit "*effectively involve impacted stakeholders as a means of identifying and mitigating hard-to-quantify harms*".[28]
2. Een tweede reden is simpelweg een invulling van het democratische argument dat mensen zich betrokken weten. Niet alleen bij het testen van systemen, maar ook al in de ideeënfase en de evaluatiefase. Hierdoor kan er worden gebouwd aan het vergroten van maatschappelijk vertrouwen, hetgeen de morele en juridische legitimiteit van besluitvorming versterkt.
3. Ten derde werkt het preventief tegen discriminatie, omdat uitsluiting of bias eerder wordt herkend in de ontwerpfase. Toen de Belastingdienst dacht dat het een goed idee was om een systeem op te tuigen waarbij het algoritme de ruimte kreeg om mensen op basis van nationaliteit te markeren zijn er mogelijk ambtenaren geweest die hun wenkbrauwen hebben opgetrokken. De eerlijkheid gebiedt daaruit de conclusie te trekken dat degenen die hierover uiteindelijk besluiten namen, niet

27. Margot et al. stellen in "Voices In, Voices Out: Impacted Stakeholders and the Governance of AI" dat AI-besluitvorming een democratisch legitimiteits-probleem kent, juist omdat mensen die het zwaarst worden getroffen door deze technologieën structureel worden uitgesloten van de ontwikkel- en besluitvormingsfase.

28. M. Kaminski, Voices In, Voices Out: Impacted Stakeholders and the Governance of AI, 2024, https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2647&context=faculty-articles.

voldoende kennis van zaken hadden, dan wel interne signalen naast zich neer hebben gelegd, om deze maatschappelijke gevolgen, namelijk discriminatie op grote schaal, in te schatten. Ook kunnen we, gelet op de grote betrokkenheid van ervaringsdeskundigen achteraf, in alle redelijkheid aannemen dat zich in de groep getroffen ouders zeker mensen bevonden die deze sociaal-maatschappelijke gevolgen *wel* vooraf hadden kunnen duiden. Evenals de betrokken adviesgroep bij Slimme Check die al in een vroeg stadium aangaf dat het project afstevende op weer een mogelijk nationaal schandaal.

Dat de betrokkenheid van degenen die door de algoritmen worden beïnvloed noodzakelijk is, bepleit ook Hildebrandt. Deze groep in staat stellen om betrokken te raken en zelfs om hen te leren hoe deze systemen werken zal volgens deze auteur leiden tot een beter begrip over hoe zij kunnen bijgedragen aan betere besluitvorming. Bijvoorbeeld over de vraag of en zo ja, hoe systemen in specifieke domeinen of contexten moeten worden geïmplementeerd.

5. Aanbevelingen en conclusie

5.1 Hoe dan?

De plicht om deze groepen op basis van een wettelijke verplichting te betrekken bij het gebruik van algoritmes in de samenleving zal in de praktijk niet kunnen voorkomen dat data nog bias bevatten, dat algoritmen nog discriminerende uitkomsten genereren en dat er altijd goed geluisterd zal worden naar deze groepen. Desondanks zal wel de onderliggende structurele ongelijkheid in de samenleving meer centraal gesteld worden, juist doordat de respondenten die daarmee te maken hebben dichter op het vuur zitten.
Een wettelijke juiste relevante representatie gepaard gaande met het toezicht daarop als voorwaarde voor de inzet van risicovolle technologie zal een langetermijnbesef ontwikkelen om algoritmische discriminatie te kunnen tegengaan. De ruimte in dit essay staat een in detail uitgewerkt conceptwetsvoorstel niet toe. Daarnaast vind ik het een absolute noodzakelijkheid dat deze uitwerking tot stand komt in samenspraak met de te betrekken groepen. Niettemin neem ik een schot voor de boeg en geef ik hier enige richting waarmee een begin gemaakt kan worden.

Verlaag structurele drempels

Uit de co-creatiebijeenkomst volgde dat er structurele drempels zijn, vooral voor gemarginaliseerde groepen. Daarom is capaciteitsopbouw essentieel, stelt ook Hildebrandt. Het lost misschien niet alle problemen op, maar zonder capaciteitsopbouw is de kans klein dat participatie van belanghebbenden zinvol of effectief zal zijn. Maak daarom financiën vrij uit het budget voor de verdere ontwikkeling van AI in Nederland om ervaringsdeskundigen en maatschappelijke organisaties op dit punt te ondersteunen. Zorg daarnaast als overheid ook voor een effectieve informatiestroom richting de groepen die mogelijk benadeeld kunnen worden en dus betrokken moeten worden.

Neem input serieus
Voorkom '*ethics-washing*' en zorg voor regelgeving die zowel effectieve, transparante en betekenisvolle sancties oplegt in gevallen waarin voorbij wordt gegaan aan de input uit deze groepen.[29] Zo moet het op advies van betrokkenen een serieuze optie zijn om een algoritmisch systeem niet te ontwikkelen of in te zetten en het plan van tafel te vegen.

Onderzoek een wettelijke verankering
Betrek de gemeenschappen bij het doen van onderzoek om helder te krijgen hoe een juiste relevante representatie op een goede structurele manier en vooral kwalitatief inhoudelijk kan plaatsvinden. Onderzoek ook hoe dit wettelijk verankerd kan worden.

Een goed voorbeeld is de *Accessible Canada Act* (ACA). Een wet die in 2019 is aangenomen om Canada per 1 januari 2040 barrièrevrij te maken. Een barrière is alles wat mensen met een beperking ervan weerhoudt om volledig en gelijkwaardig deel te nemen aan de Canadese samenleving. De ACA verplicht overheidsinstanties en een aantal publieke en private organisaties om personen met een beperking actief te betrekken bij de ontwikkeling, evaluatie en verbetering van hun toegankelijkheidsbeleid. De wet verplicht niet alleen dat overheidsorganisaties personen met een beperking moeten raadplegen bij het opstellen van hun voortgangsrapporten, maar ook hoe die consultatie heeft plaatsgevonden en hoe hun input is verwerkt. Daarnaast moeten organisaties jaarlijks voortgangsrapportages publiceren en een formeel feedbackmechanisme inrichten waarmee burgers structureel opmerkingen of klachten kunnen indienen. Deze verplichtingen worden gecontroleerd door de *Accessibility Commissioner*, die sancties kan opleggen bij niet-naleving. Daarmee maakt de ACA participatie niet vrijblijvend maar juridisch afdwingbaar, en borgt zij dat kwetsbare groepen structureel worden betrokken.[30]

Dit kan al op korte termijn, in het kader van de nog te nemen beslissingen op de invoeringswet van de AI ACT. Op dit moment is daar volle aandacht voor. Een wettelijke bepaling voor de juiste relevante representatie kan hierbij aansluiten, daar waar het gaat om de aangewezen hoogrisicosystemen. Een voordeel om aan te sluiten bij deze procedure is dat een verplichting al direct ingezet kan worden als pilots in het kader van de door de AI ACT voorgestelde *sandboxen* waarin geëxperimenteerd kan worden. Bekijk ook goed in welke mate deze verplichting eveneens kan aansluiten door een aanpassing in bestaande grondslagen en regelgeving. Bijvoorbeeld bij de gelijkheids- en non-discriminatie wetgeving. Maar bijvoorbeeld ook bij het vereiste van een zorgvuldige voorbereiding en belangenafweging uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) artikel 3.2.1, dat handelt over de vergaring van kennis omtrent relevante feiten en omstandigheden en de af te wegen belangen.

Handhaving en de afdwingbaarheid
Belangrijke elementen zijn hierbij nog de handhaving en de afdwingbaarheid van een dergelijke wettelijke maatregel. Deze kan gelegen zijn in de sanctie dat niet-naleving kan leiden tot onrechtmatigheid van besluiten, het opleggen van boetes of aanwijzingen. Burgers of

29. Vergelijk M. Hildebrandt, 'Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning', *Theoretical Inquiries in Law* maart 2019.

30. Accessible Canada Act (S.C. 2019, c. 10), via https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-0.6/FullText.html.

maatschappelijke organisaties kunnen de mogelijkheid krijgen om een klacht of bezwaar in te dienen als zij van mening zijn dat geen gebruik is gemaakt van wettelijk verankerde juiste relevante representatie.

Een comité van belangrijke stemmen
Stel een comité samen van toezichthouders bestaande uit ervaringsdeskundigen en maatschappelijke organisaties die toezicht houden op de totstandkoming van deze wettelijke verplichting en de daaropvolgende uitvoering. Biedt ruimte aan dit comité om voorstellen te maken over hoe een dergelijke juiste relevante representatie eruit moet zien. Daarnaast kan het ook voorwaarden stellen voor de wijze waarop gegeven input gemotiveerd en schriftelijk kan worden verworpen. Belangrijk is dat dit toezichtsmechanisme ook ziet op een cultuurgevoelige benadering van stemmen die moeten worden betrokken, waardoor de drempel voor representatie wordt verlaagd.

6. Conclusie

De overheid maakt steeds meer gebruik van algoritmen in de samenleving. Verschillende voorvallen laten zien dat algoritmische discriminatie geen incident is, maar veel voorkomt. De focus op technische aspecten om deze discriminatie tegen te gaan faalt keer op keer. Dit komt omdat technologie de wijze waarop discriminatie in de samenleving is verankerd weerspiegelt. Hiermee is het een sociaal probleem dat aangepakt moet worden. Mensen die eerder getroffen zijn door deze vorm van discriminatie, voelen zich uitgesloten en vinden dat het juridisch kader onvoldoende toereikend is. Mijn stelling om verplicht gebruik te maken van de juiste relevante representatie bij het ontwikkelen en de inzet van algoritmische systemen door de overheid kan alleen effectief zijn wanneer dit wordt vervat in een wettelijke verplichting. Het moment om dit te doen is tijdens de verdere implementatie van de AI ACT. Hoe deze wetgeving eruit komt te zien dient met de betrokken groepen, die de relevante representatie kunnen leveren, verder uitgewerkt te worden.

Ik besluit mijn betoog met het volgende. Er is politieke wil nodig om te onderkennen dat het huidige kader als gefragmenteerd en reactief wordt ervaren. Daarnaast dient het besef door te dringen dat algoritmische discriminatie voortkomt uit een structurele en sociale inbedding van ongelijkheid in de samenleving. Een belangrijke oplossingsrichting kan omarmd worden door in de richting te bewegen naar het juridisch verankeren van een verplichting om gebruik te maken van de juiste relevante representatie gewaarborgd door toezicht en handhaving.

Monique Steijns is jurist en is gespecialiseerd in mensenrechten, datagedreven technologie, privacy en sociale rechtvaardigheid. Zij werkte voor verschillende ministeries, de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) en is betrokken bij verschillende ngo's. Tussen 2019 en 2024 was zij als voorzitter betrokken bij het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM). Monique is daarnaast dagvoorzitter en talkshowhost.

Rajae Azaroual is jurist en is gespecialiseerd in mensenrechten, meer specifiek gelijkebehandelingswetgeving, vrouwenrechten en gendergelijkheid. Vanuit Azaroual Consultancy begeleidt en adviseert zij organisaties rondom diversiteit, inclusie en gelijkwaardigheid binnen het publieke, sociale en private domein. Daarnaast is Rajae werkzaam bij Bureau Clara Wichmann waar zij zich bezighoudt met strategische rechtszaken rondom vrouwenrechten en gendergelijkheid en is zij medeverantwoordelijk voor de Vrouwenrechtswinkel Amsterdam. Ook is Rajae Lid van de Raad van Toezicht bij het Juridisch Loket.

Preadvies 9

Recht doen bij discriminatie

Over toegang tot recht,
genoegdoening en herstel

Mr. dr. J.P. (Jan-Peter) Loof,
mr. H. (Hannah) Jans & mr. G. (Guido) Terpstra

Samenvatting

Dit preadvies bespreekt hoe slachtoffers van discriminatie betere toegang kunnen krijgen tot recht, herstel en genoegdoening. Hoewel Nederland een laagdrempelige procedure kent via het College voor de Rechten van de Mens, zijn er nog veel belemmeringen: beperkte toepassingsgebieden van de wetgeving, bewijsproblemen en een te grote nadruk op individuele klachten. Het preadvies pleit voor versterking van collectieve acties, uitbreiding van de wetgeving naar eenzijdig overheidshandelen, meer transparantie over algoritmen, en preventief toezicht om systemische discriminatie vroegtijdig te signaleren. Ook worden voorstellen gedaan om schadevergoeding toegankelijker en effectiever te maken, zoals forfaitaire bedragen voor immateriële schade en een betere opvolging van oordelen van het College. Tegelijkertijd waarschuwen de auteurs tegen overmatige juridisering, die de huidige laagdrempelige toegang kan ondermijnen. Het preadvies bepleit een evenwichtige aanpak waarin erkenning, herstel en maatschappelijke verandering centraal staan.

1. Inleiding tot en opzet van dit preadvies

Allereerst wordt het uitgangspunt van dit preadvies uiteengezet: het recht op effectieve rechtsbescherming tegen discriminatie. Daarnaast wordt ingegaan op de Europese discussie over de handhaving van het gelijkebehandelingsrecht en wordt de opzet van dit preadvies toegelicht.

1.1 Het traditionele uitgangspunt: recht op een effectief rechtsmiddel

Dit preadvies gaat over effectieve rechtsbescherming tegen discriminatie. Traditioneel vormt het recht op een effectief rechtsmiddel, zoals dat in verschillende mensenrechtenverdragen en in het recht van de Europese Unie (EU) is vastgelegd, het vertrekpunt van de bespreking daarvan.[1] In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt doorgaans een bredere benadering gehanteerd: die van *access to justice*. Dit concept omvat vijf elementen: het recht op effectieve rechtsbescherming, het recht op een eerlijke procedure, het recht op een tijdige beoordeling van de zaak, het recht op passende genoegdoening en het beginsel van efficiency en doeltreffendheid.[2]

Om effectief en efficiënt te zijn, zal de rechtsbescherming voor degene die deze inroept tot een financiële uitkomst moeten kunnen leiden die in ieder geval opweegt tegen de kosten van de procedure. De *access to justice* moet in gevallen van discriminatie bovendien elementen weerspiegelen die bijzonder relevant zijn voor slachtoffers van discriminatie. Het gaat dan bijvoorbeeld om juridische bijstand en advies in een concrete zaak, maar ook om een bredere cultuur van respect voor het feit dat individuen opkomen voor de bescherming van hun fundamentele rechten. In het kader van de toegang tot rechtsbescherming moet ook rekening worden gehouden met de diversiteit onder degenen die gediscrimineerd worden.[3] Juist voor discriminatiezaken is een inclusieve rechtsgang – die onder

1. Onder meer in art. 13 EVRM, art. 6 VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, art. 2(c) VN-Verdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, art. 47 EU-grondrechtenhandvest en art. 19 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).
2. FRA, *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities*, Luxembourg: EU Publications Office 2011, p. 14.
3. Rekening houden met diversiteit past in een bredere, mondiale, ontwikkeling: het streven naar mensgerichte stelsels van rechtsbescherming. Zie: *OECD Framework and Good Practice principles for People-Centered Justice*, Paris: OECD Publishing 2021, https://doi.org/10.1787/cdc3bde7-en.

meer rekening houdt met verschillende taalvaardigheden en andere barrières, bijvoorbeeld voor mensen met een beperking – cruciaal.[4] Effectieve toegang wordt ook bevorderd door mogelijkheden voor collectieve klachten of een collectieve schadevergoeding. De mogelijkheid tot collectieve procedures vermindert de kans op stigmatisering van individuele klagers en verhoogt vaak de effectiviteit van klachten.

In de gelijkebehandelingsrichtlijnen van de EU zijn specifieke bepalingen over rechtsbescherming en rechtsmiddelen opgenomen.[5] In lijn met de bovengenoemde vijf elementen van *access to justice* vereisen enkele van de gelijkebehandelingsrichtlijnen dat de lidstaten een orgaan (of organen) aanwijzen. Zo'n nationaal gelijkbehandelingsorgaan biedt onafhankelijke hulp aan slachtoffers van discriminatie bij het indienen van hun klachten, verricht onafhankelijke onderzoeken met betrekking tot discriminatie en publiceert onafhankelijke rapporten en aanbevelingen over elk onderwerp dat verband houdt met discriminatie. De oprichting en instandhouding van deze nationale gelijkebehandelingsorganen staat derhalve nadrukkelijk in de sleutel van de verbreding en vereenvoudiging van de toegang tot recht en rechtsbescherming.[6]

1.2 Europese discussie over de (gebrekkige) handhaving van het gelijkebehandelingsrecht

Dit preadvies is geschreven tegen de achtergrond van een voortdurend Europees debat over de handhaving van het gelijkebehandelingsrecht. Al ruim tien jaar staat het onderwerp 'sancties in discriminatiezaken' op de agenda van Equinet, het samenwerkingsverband van de nationale gelijkebehandelingsorganen van de EU-lidstaten. Ook heeft dit onderwerp aandacht gekregen van verschillende EU-organen. Daarbij vallen onder sancties zowel herstelmaatregelen als vormen van genoegdoening. De algemene opinie is dat het in de rechtsstelsels van veel EU-lidstaten ontbreekt aan passende sancties om discriminatie effectief tegen te gaan.

In veel EU-lidstaten ontbreekt het aan passende sancties om discriminatie effectief tegen te gaan.

Nu kan in het algemeen worden gesteld dat een sanctieregime doeltreffend of effectief is als dit bijdraagt aan het doel dat men met de sanctie wil bereiken. Doorgaans worden in de context van discriminatiezaken vier verschillende doelen onderscheiden:[7]

- Compensatie: het bieden van herstel voor individuele slachtoffers van discriminatie (door de situatie terug te brengen in de stand voorafgaand aan de discriminatoire gedraging of door vergoeding van de ontstane schade);
- Bestraffing: het opleggen van een straf aan de overtreder;
- Preventie: het voorkomen van verdere discriminatie door de overtreder;

4. FRA, *Access to justice in cases of discrimination in the EU. Steps to further equality*, Luxembourg: EU Publications Office 2012, p. 11.
5. Bv. art. 17 van Richtlijn 2006/54/EG, art. 6 van Richtlijn 79/7/EEG, art. 7 van Richtlijn 2000/43/EG, art. 9 van Richtlijn 2000/78/EG en art. 8 van Richtlijn 2004/113/EG.
6. O.m. art. 20 van Richtlijn 2006/54/EG.
7. Katrin Wladasch, *The sanctions regime in discrimination cases and its effects*, Brussels: Equinet, p. 5.

- Maatschappelijke verandering: het tegengaan van discriminatie en het bereiken van grotere gelijkwaardigheid tussen mensen in de samenleving.

Met deze doelen voor ogen zijn in het Europese debat drie centrale gedachten inzake sancties naar boven gekomen. Ten eerste is de ineffectiviteit van de herstel- en genoegdoeningsmogelijkheden die de huidige nationale rechtsstelsels bieden van invloed op de bereidheid van slachtoffers om discriminatiezaken aan te brengen.[8] De tweede centrale gedachte is dat de sanctieregimes in het gelijkebehandelingsrecht moeten omschakelen van een op individuele genoegdoening gericht model naar een model dat een sterker afschrikkend effect heeft. Dat is bijvoorbeeld een systeem van punitieve schadevergoedingen of punitieve bestuurlijke sancties. Want rechtsherstel bij discriminatie gaat niet slechts om compensatie van het slachtoffer, maar ook om een aantasting van de rechtsorde die hersteld moet worden door bestraffing van de overtreder. De derde centrale gedachte is dat er een handhavings- en sanctiemodel ontwikkeld moet worden dat minder afhankelijk is van individuele klachten en reeds effect kan ressorteren voordat de discriminatie plaatsvindt (dus een sterker preventief effect heeft) en meer gericht is op de bredere groep die hinder en nadeel ondervindt van een bepaalde vorm van discriminatie.[9] In verband met dat laatste wordt het van groot belang geacht dat het rechtsstelsel de mogelijkheid biedt voor belangenorganisaties en/of nationale gelijkebehandelingsorganen om zaken over discriminatie aan te brengen bij de rechter.[10] Deze drie gedachten zullen op verschillende plaatsen in deze bijdrage terugkeren.

1.3 Opzet van dit preadvies

Het eerste deel van dit preadvies (hoofdstuk 2-5) concentreert zich op de toegang tot de rechtsbescherming. Ook daarbij wordt een brede benadering gehanteerd die meer omvat dan de loutere toegang tot rechtsmiddelen. Niet voor niets spreken wij in de titel van dit preadvies van 'toegang tot recht'. Wij bespreken hoe de rechtsbescherming tegen discriminatie in Nederland op dit moment is vormgegeven (hoofdstuk 2). Daarbij concentreren wij ons op de specifieke procedures zoals die geregeld zijn in de gelijkebehandelingswetgeving, maar werpen wij ook een korte blik op de rechtsbescherming die geboden kan worden door de strafrechter, de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. In hoofdstuk 3 signaleren wij vervolgens diverse belemmeringen die mensen kunnen ondervinden als zij gebruik willen maken van de openstaande rechtsbeschermingsprocedures. In hoofdstuk 4 staan we vervolgens stil bij mogelijke oplossingen voor die belemmeringen en bij de stappen die nodig zouden zijn om die oplossingen te realiseren. In hoofdstuk 5 voegen wij daar nog enkele oplossingsrichtingen aan toe vanuit het brede perspectief van toegang tot recht: welke andere dingen kunnen helpen om de rechtsbescherming effectiever te maken? Wij richten ons daarbij specifiek op aspecten binnen het gelijkebehandelingsrecht. Verbetering van rechtsbeschermingsmogelijkheden kan ook bewerkstelligd worden door versterking van de sociale advocatuur en aanpassingen van de gefinancierde rechtshulpverlening. Maar die aspecten vallen buiten de reikwijdte van dit preadvies.

8. EU Fundamental Rights Agency, *Equality in the EU. 20 years on from the initial implementation of the Equality Directives*, FRA Opinion – 1/2021, Vienna: 30 April 2021, p. 52.

9. Vincenzo Tudisco & Emma Lantscher, *Preventing and Reacting to Discrimination through Sanctions and Remedies*, Brussels: Equinet 2022, p. 13; Marta Pompili, *The other side of the law: Enforcement of anti-discrimination legislation* (Conference Sythesis Report), Equinet: Brussels 12 October 2023, p. 3 en 5.

10. Tudisco & Lantscher 2022 (*supra* noot 9) , p. 30-31 en 68. Zie hierover ook: UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General recommendation No. 36 (2020) on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials*, UN Doc. CERD/C/GC/36, par. 57.

In het tweede deel (hoofdstuk 6-9) gaat het dan over het sluitstuk van de rechtsbescherming, namelijk over de mogelijkheden tot genoegdoening en herstel. In hoofdstuk 6 geven wij eerst weer welke eisen het EU-recht momenteel in het algemeen stelt aan sancties en welke uitgangspunten in de jurisprudentie van het HvJ zijn geformuleerd met betrekking tot schadevergoeding in discriminatiezaken. In hoofdstuk 7 beschrijven wij de huidige situatie in Nederland rondom sancties in discriminatiezaken. In hoofdstuk 8 inventariseren wij verschillende mogelijkheden voor verbetering van het sanctieregime in discriminatiezaken zoals die in het bovengenoemde Europese debat naar voren zijn gebracht. Met onze aanbevelingen in hoofdstuk 9 bezien wij welke van die mogelijkheden een meerwaarde zouden kunnen hebben in Nederland en welke nadelen aan sommige van die mogelijkheden kleven.

2. De huidige rechtsbescherming tegen discriminatie in Nederland

In deze paragraaf wordt beschreven hoe de rechtsbescherming tegen discriminatie in Nederland is vormgegeven. Daarbij komen de procedures bij het College voor de Rechten van de Mens, de strafrechter, de burgerlijke rechter en de bestuursrechter aan bod.

2.1 Een laagdrempelige rechtsgang bij het College voor de Rechten van de Mens

Kwesties over discriminatie kunnen in Nederland op verschillende manieren aan de rechter worden voorgelegd. Zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter kunnen toetsen aan de gelijkebehandelingswetgeving. Naast deze rechterlijke toetsingsmogelijkheden is er ook een laagdrempelige, gratis, rechtsgang bij het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College).[11] Verzoekers kunnen zelfstandig, zonder verplichte procesvertegenwoordiging, een verzoek om een oordeel indienen bij het College. Bij het indienen van dat verzoek kunnen zij – eveneens gratis – hulp krijgen van een antidiscriminatievoorziening (ADV).[12] Ook is voorzien in vormen van collectieve actie. Verzoeken om een oordeel kunnen niet alleen worden ingediend door individuele slachtoffers van discriminatie, maar ook door ondernemingsraden en vergelijkbare medezeggenschapsorganen en door verenigingen of stichtingen die de belangen behartigen van (groepen) mensen die gediscrimineerd worden (waaronder de al genoemde ADV's).[13]

De oordelende taak van het College is gerelateerd aan de discriminatiegronden genoemd in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en de artikelen over gelijke behandeling bij arbeidsovereenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek (BW). Sinds 2022 staan ook in de Wet arbeid en zorg (WAZO) en de Wet flexibel werken enkele bepalingen die het mogelijk maken om klachten in te dienen bij het College. Het College kan dus alleen oordelen over zaken waarin één of meer van de discriminatiegronden genoemd in deze wetten aan de orde zijn.[14] Bovendien hebben de genoemde wetten een beperkt toepassingsbereik: ze gelden

11. Art. 10-13 WCRM.

12. De Wet op de gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen verplicht ertoe dat in elke gemeente ingezetenen toegang hebben tot een antidiscriminatievoorziening die o.m. tot taak heeft onafhankelijke bijstand te verlenen aan personen bij de afwikkeling van hun klachten over discriminatie.

13. Zie art. 10 lid 2, onder d en e, WCRM.

14. De discriminatiegronden die in deze wetten en bepalingen genoemd worden zijn: geslacht, handicap of chronische ziekte, ras, leeftijd, godsdienst, nationaliteit, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, levensovertuiging, politieke overtuiging, arbeidsduur (voltijd of deeltijd), het soort arbeidscontract (tijdelijk of vast), Wazo-verlof (benadeling vanwege het opnemen van bijvoorbeeld zorg- of ouderschapsverlof) en arbeidsinvulling (benadeling vanwege het gebruik van de mogelijkheden van de Wet flexibel werken).

niet voor alle terreinen van het maatschappelijk leven.[15] Deze beperkte reikwijdte van de gelijkebehandelingswetten betekent bijvoorbeeld dat 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 andere wettelijke discriminatiebepalingen daarop van toepassing zijn, zoals die in het Wetboek van Strafrecht (zie verderop in dit hoofdstuk).

Het College streeft ernaar om de oordelenprocedure binnen een half jaar na de indiening van het verzoek af te ronden met een oordeel. In de oordelenprocedure geeft het College een gezaghebbend juridisch oordeel over de vraag of al dan niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld. De oordelen worden gepubliceerd op de website van het College, vergezeld van een samenvatting. Bij belangrijke oordelen wordt ook een persbericht verspreid. Bij de publicatie van het oordeel wordt in het algemeen de naam van de verwerende partij gepubliceerd.

Indien het College tot het oordeel komt dat in strijd met die wetgeving is gehandeld, wordt in de zogenoemde follow-up procedure aan de verwerende partij gevraagd welk gevolg er aan dit oordeel wordt gegeven. Op die manier kan het College een beeld krijgen van de effectiviteit van zijn oordelen. In de Monitor Discriminatiezaken rapporteert het College jaarlijks onder meer over de opvolging van zijn oordelen. Uit die rapportages blijkt dat het percentage waarin een verwerende partij positieve opvolging geeft aan een oordeel al jaren rond de 80% ligt.[16] Feit is echter dat er grote verscheidenheid is tussen de genomen maatregelen: de bandbreedte loopt van excuses of een gesprek met verzoeker, tot schadevergoedingen en wijziging van beleid om toekomstige gevallen van discriminatie te voorkomen. Dat laatste komt wel zeer frequent voor in de gevallen die daartoe aanleiding geven. Kanttekening hierbij is dat het College de verweerder momenteel slechts eenmalig, op vrijwillige basis, vraagt te delen welke stappen ondernomen worden naar aanleiding van een oordeel. Er is geen verdere controle of er daadwerkelijk uitvoering wordt gegeven aan hetgeen in de follow-up procedure aan het College wordt gemeld.

In zo'n 80% van de gevallen leidt een oordeel van het College voor de Rechten van de Mens tot positieve opvolging door de verwerende partij.

Het College kan geen strafsancties opleggen of schadevergoeding toekennen. Voor schadevergoeding moet een discriminatieslachtoffer zich wenden tot de burgerlijke rechter, waarbij het oordeel van het College over de discriminatievraag veel gewicht in de schaal legt. De rechter mag volgens Hoge Raad slechts gemotiveerd afwijken van het oordeel van het College.[17]

15. Zie o.m. art. 3 en 5-7a AWGB.

16. In 2018: 77%, in 2019: 86%, in 2020: 78%, in 2021: 88%, in 2022: 74%.

17. HR 13 november 1987, *NJ* 1989/698 (St. Bavo/Gielen). In r.o. 3.4 van dit arrest overweegt de Hoge Raad dat een rechter slechts deugdelijk gemotiveerd mag afwijken van een oordeel van de toenmalige CGB (tegenwoordig het College RvdM).

2.2 Het bredere mandaat van het College

Dat de oordelende rol van het College beperkt is tot de in de gelijkebehandelingswetgeving opgesomde discriminatiegronden en tot de door die wetten bestreken toepassingsterreinen betekent niet dat het College kwesties over discriminatie die daarbuiten vallen volledig aan zich voorbij moet laten gaan. In de eerste plaats geeft het College niet alleen oordelen over individuele discriminatieklachten. Het College kan bij vermoedens van stelselmatige discriminatie binnen een bepaald bedrijf of een bepaalde sector ook uit eigen beweging een onderzoek starten dat uitmondt in een oordeel of er sprake is van ongelijke behandeling.[18] Ook kunnen organisaties en bedrijven hun (voorgenomen) beleid laten toetsen door het College om te bepalen of dat niet ingaat tegen de gelijkebehandelingswetgeving.[19]

In de tweede plaats heeft het College ook als taak om onderzoek te doen naar de bescherming van de rechten van de mens (waaronder het verbod van discriminatie), te rapporteren en aanbevelingen te doen, advies te geven (bijvoorbeeld over nieuwe wetgeving ter bestrijding van discriminatie), voorlichting te geven en om onderwijs over de rechten van de mens en discriminatie te stimuleren en te coördineren.[20] Het College kan zich dus via adviezen, onderzoeksrapporten, *position papers* en dergelijke ook uitlaten over andere discriminatiegronden en andere maatschappelijke terreinen. Bovendien heeft het College goede onderzoeksbevoegdheden. In die zin is het College een toezichthouder op de naleving van het discriminatieverbod met een breed mandaat.

Het College voor de Rechten van de Mens is een toezichthouder met een breed mandaat.

2.3 Strafrechtelijke bescherming tegen discriminatie

In het strafrecht zijn verschillende discriminerende handelingen strafbaar gesteld. Daarbij gaat het om uitingsdelicten (137c, 137d en 137e Sr), een verbod om (strafbare) discriminerende activiteiten geldelijk of stoffelijk te steunen (137f Sr), en om 'uitsluitingsdelicten' (art. 137g en 429quater Sr), gericht op discriminatie in sociaal-economisch opzicht.[21] Veroordeling voor een van deze delicten kan leiden tot een vrijheidsstraf en/of een geldboete.

Het strafrecht en het gelijkebehandelingsrecht kunnen elkaar overlappen in die zin dat bepaalde opzettelijke gedragingen zowel tot een geslaagd beroep op de AWGB kunnen leiden als tot een in beginsel strafbaar discriminatiedelict. Dit is duidelijk in artikel 137g en 429quater Sr. Maar ook strafbare uitingen op bijvoorbeeld de werkvloer kunnen onder de AWGB vallen.[22] Omgekeerd is echter niet elke vorm van verboden onderscheid in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving strafbaar; de lat bij de

18. Art. 10 lid 1, laatste volzin, WCRM.
19. Art. 10 lid 2(b) WCRM.
20. Art. 3 WCRM.
21. S.J. De Ruijter & P.C. Velleman, *Handboek Strafbare Discriminatie*, Den Haag: Openbaar Ministerie / Boom Juridisch 2023, p. 193.
22. Zie voor een voorbeeld van deze overlap: Commissie gelijke behandeling 1 januari 2002, Oordeel 2002-193 en Rechtbank Assen 1 december 2004, ECLI:NL:RBASS:2004:AR8103.

genoemde strafrechtelijke delicten ligt hoger. In tegenstelling tot het gelijkebehandelingsrecht is *opzet* vereist om aan de strafrechtelijke delictsomschrijvingen te voldoen (artikel 429quater Sr vormt hierop een uitzondering). Verder geldt voor de uitingsdelicten dat deze *in het openbaar* moeten zijn gedaan.

Personen die aangifte willen doen van discriminatie kunnen bijstand en advies krijgen van een ADV, waarmee iemand die aangifte wil doen er niet alleen staat. Vanuit de invalshoek van rechtsbescherming en herstel valt echter op dat de strafrechtelijke delicten niet ontworpen zijn als delicten tegen het individu, maar als delicten tegen de openbare orde. Het voorkomen van discriminatie in de samenleving staat als doel voorop. De wetsgeschiedenis van artikel 137c Sr geeft aan dat het verbod op groepsbelediging primair de openbare orde dient, secundair groepen met de genoemde persoonskenmerken bescherming biedt en pas 'in de derde plaats en indirect' bescherming geeft aan individuele personen.[23] Artikel 137d, 137e en 137f Sr zijn ingevoerd ter implementatie van artikel 4 van het Internationaal verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR), dat de verdragsstaten verplicht om het verspreiden van rassenhaat en racistische ideologie in de samenleving strafbaar te stellen.[24] De gedachte is dat discriminerend gedachtegoed de samenleving als geheel schaadt en dat een discriminerende openbare uiting tegen een individu een hele groep mensen kan krenken en bedreigen.

Het strafrecht biedt vanwege het eigen karakter en de zwaardere consequenties van bestraffing potentieel een krachtiger afschrikwekkender signaal dan het gelijkebehandelingsrecht. En dat lijkt passend als opzettelijk en openlijk gekrenkt wordt vanwege een wezenlijk persoonskenmerk. Of het strafrecht in die gevallen op dit moment daadwerkelijk als effectieve remedie tegen discriminatie functioneert, valt echter te bezien. In 2024 leidden alle zaken die op basis van de genoemde artikelen werden aangebracht tot 57 rechterlijke veroordelingen en 27 strafbeschikkingen van het Openbaar Ministerie (OM); deze aantallen passen in het meerjarig beeld.[25] Afgezet tegen het aantal meldingen bij de politie en de waar te nemen online discriminatoire uitingen, lijken de bestrafte gevallen een spreekwoordelijk topje van de ijsberg. Voor een deel liggen hier beleidskeuzes aan ten grondslag. Hoewel discriminatiedelicten geen klachtdelicten zijn, maar een kwestie van openbare orde, hanteert de Aanwijzing discriminatie als richtlijn voor het OM dat discriminatie in beginsel niet ambtshalve maar (slechts) op basis van gevallen van aangifte wordt vervolgd.[26] Deze beleidslijn is niet goed te verklaren vanuit de wetsgeschiedenis of -systematiek; delicten tegen de openbare orde indiceren immers juist ambtshalve vervolging.

2.4 Civielrechtelijke bescherming tegen discriminatie

Kwesties over schending van de gelijkebehandelingswetgeving kunnen, ook zonder procedure bij het College, worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Daarnaast kan bij de burgerlijke rechter (en de bestuursrechter) tegen discriminatie worden opgekomen met een beroep op artikel 1 van de Grondwet of op de discriminatieverboden uit mensenrechtenverdragen.[27]

23. Zie S.J. De Ruijter & P.C. Velleman, *Handboek Strafbare Discriminatie*, Den Haag: Openbaar Ministerie / Boom Juridisch 2023, p. 21 en 22 en verwijzingen naar de wetsgeschiedenis aldaar.

24. Ibid. p. 97, 137. Bij implementatie is gekozen deze artikelen ook uit te breiden naar andere gronden dan 'ras'.

25. Strafbare discriminatie in beeld 2024 - Overzicht van de discriminatiecijfers van het Openbaar Ministerie, OM 2024.

26. Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2018, 68988.

27. In het bijzonder artikel 14, EVRM, artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM of artikel 26 IVBPR.

De burgerlijke rechter heeft op het gebied van rechtsbescherming veel te bieden; de rechter kan middels een verklaring voor recht bindend vaststellen wat de rechtsverhouding tussen partijen is en eventueel ook een schadevergoeding toekennen. Tegelijkertijd vraagt de procedure ook veel. Er moet griffierecht betaald worden. Een al dan niet verplichte advocaat moet gevonden en betaald worden. En men loopt het risico op het betalen van de kosten van de andere partij.

Een procedure bij de burgerlijke rechter brengt kosten en risico's met zich mee.

Het is dan ook geen verrassing dat het merendeel van de beroepen op discriminatie voorkomt in het arbeidsrecht, waar de financiële belangen bij het starten van een procedure vaak groter zijn. Daarbij kan de rechter ook de beëindiging van een arbeidsovereenkomst vernietigen, als die in strijd is met het discriminatieverbod. Een voorbeeld daarvan is de situatie waar een arbeidsovereenkomst onterecht ontbonden is vanwege het 'verzwijgen' van een beperking door de werknemer.[28] Waar een verzoeker geen voortzetting van de arbeidsovereenkomst wenst, of dit om andere redenen niet mogelijk is, kan de rechter de werkgever gelasten tot het betalen van een schadevergoeding. De rechtsgang bij de burgerlijke rechter kan dan ook een krachtige aanvulling zijn op de rechtsbescherming bij het College, maar in de praktijk is dit de uitzondering op de regel. Voor zover wij kunnen achterhalen, werd van de 68 zaken waarin het College in 2024 oordeelde dat sprake was van discriminatie,[29] slechts in drie gevallen een procedure gestart bij de burgerlijke rechter.

Discriminatiezaken die aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd betreffen vaak kwesties die het individuele belang overstijgen. Zo wordt met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie met regelmaat geprocedeerd over zogenoemde aftopping van stimuleringspremies in sociale plannen bij reorganisaties.[30] Ook zien we wel procedures over cao-bepalingen die discriminerend uitwerken.[31]

2.5 Bestuursrechtelijke bescherming tegen discriminatie

Tegen besluiten van bestuursorganen die directe of indirecte discriminatie opleveren kan worden geprocedeerd bij de bestuursrechter. De rechtsgang op basis van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is bedoeld als een 'burgervriendelijke' en laagdrempelige procedure, waarin geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, de griffierechten relatief laag zijn en de kans voor burgers om veroordeeld te worden in vergoeding van de proceskosten van het overheidsorgaan waartegen zij procederen zeer gering is. Uit allerlei onderzoek blijkt echter dat de ingewikkeldheid van de bestuursrechtelijke normstelling die laagdrempeligheid van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedures vermindert. Zonder goed ingevoerde advocaat staat een burger in de procedure bij de

28. Zie voor een recent voorbeeld van dat laatste: Gerechtshof 's Hertogenbosch 20 maart 2025, ECLI:NL:GHSHE:2025:747.

29. College voor de Rechten van de Mens, *Monitor discriminatiezaken 2024*, te raadplegen via: https://www.mensenrechten.nl/monitor-discriminatiezaken-2024/oordelen-2024.

30. Zie bijv. ECLI:NL:GHAMS:2024:510; ECLI:NL:GHAMS:2024:1518; ECLI:NL:RBNHO:2024:12100.

31. O.m. Hoge Raad 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:320: regeling die ligt besloten in art. 8.1 lid 10 cao-MBO, dat zwangerschaps- en bevallingsverlof niet wordt gecompenseerd in geval van samenloop met overige vrije dagen, in strijd is met art. 7:646 lid 1 BW en art. 5 lid 1, aanhef en onder e, AWGB.

bestuursrechter op flinke achterstand, hoe zeer de bestuursrechter ook gericht is op het bieden van ongelijkheidscompensatie.

Dit neemt echter niet weg dat de bestuursrechter, met name door toetsing aan internationale discriminatieverboden, een belangrijke bijdrage kan bieden aan de rechtsbescherming tegen discriminatie. Door beroep in te stellen tegen een besluit kan de burger tot wie dat besluit is gericht niet alleen laten beoordelen of dit concrete besluit wellicht discriminatie oplevert, maar ook de wettelijke regel waarop het betreffende besluit gebaseerd is laten toetsen aan het discriminatieverbod (zogenoemde exceptieve toetsing). Indien in die wettelijke regel een bepaald onderscheid wordt gemaakt, bijvoorbeeld omdat daarin criteria worden vastgelegd waaraan iemand moet voldoen om in aanmerking te komen voor een bepaalde voorziening, kan dus door de bestuursrechter worden beoordeeld of een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het onderscheid dat uit die criteria voortvloeit. Via deze route is in het verleden bijvoorbeeld onderscheid tussen mannen en vrouwen in de socialezekerheidswetgeving als strijdig met artikel 26 IVBPR geoordeeld.[32] Recenter werd een verschil tussen de wettelijke regels over de berekening van het dagloon (dat bepalend is voor de hoogte van de uitkering) onder de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en die onder de Werkloosheidswet beoordeeld als discriminatie op grond van handicap.[33] Ook kan het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie wegens normovertreding of niet-naleving van verplichtingen (wat in het socialezekerheidsrecht veel voorkomt) met succes worden aangevochten, als het bewijs voor de overtreding is verkregen aan de hand van onderzoek op basis van een discriminerend selectiecriterium.[34]

Overigens komt het ook wel voor dat de bestuursrechter toetst aan een van de gelijkebehandelingswetten. Dat zien we vooral in de sfeer van het onderwijs, met betrekking tot besluiten over het al dan niet toekennen van door studenten verzochte doeltreffende aanpassingen.[35]

3. Belemmeringen in het gebruik van de rechtsbescherming

Hiervoor zijn verschillende juridische mogelijkheden om discriminatie aan te kaarten besproken, waaronder de laagdrempelige rechtsgang bij het College voor de Rechten van de Mens. Mensen die menen slachtoffer te zijn van discriminatie kunnen echter verschillende belemmeringen ondervinden om hiervan gebruik te maken. Deze worden hieronder in kaart gebracht.

3.1 Doorzettingsvermogen vereist

Uit Europees onderzoek blijkt dat de mensen die een discriminatieklacht indienen bij een nationaal gelijkebehandelingsorgaan slechts het topje van de ijsberg vormen.[36] Slachtoffers van discriminatie '*are often reluctant to report their cases for various reasons, such as fear of victimisation, costs and lengthiness of legal procedures, lack of legal aid, and uncertainty about the prospects of success*'.[37] Uit het recentste kwantitatieve onderzoek naar discriminatie-ervaringen van het Sociaal en Cultureel Planbureau blijkt dat gemiddeld slechts een op de vijf mensen die discriminatie ervaart ergens een melding doet (bij een belangenorganisatie, een ADV of bij het

32. CRvB 5 januari 1988, ECLI:NL:CRVB:1988:AM9869, *RSV* 1988, 199; CRvB 30 januari 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:ZB3307, *RSV* 1991, 182.

33. CRvB 30 juli 2024, ECLI:NL:CRVB:2024:1523. Zie voor een ander geval waarin discriminatie op grond van handicap door strikte wetstoepassing werd vastgesteld: CRvB 18 april 2025, ECLI:NL:CRVB:2025:746.

34. Zie bijv. Rechtbank Noord-Holland, 19 maart 2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:1629, of CRvB 21 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4068.

35. Zie bijv. ECLI:NL:RVS:2024:3484, ECLI:NL:RVS:2024:1154 en ECLI:NL:RVS:2024:3410.

36. EU Fundamental Rights Agency, *Equality in the EU. 20 years on from the initial implementation of the Equality Directives*, FRA Opinion – 1/2021, Vienna: 30 April 2021, hoofdstuk 3.

37. Wladasch 2015 (*supra* noot 7), p. 38. Zie over de drempels om als individu te procederen ook: T. Havinga, A.G.M. Böcker & C.A. Groenendijk, 'De sociale werking van gelijke-behandelingswetgeving in Nederland, *Recht der Werkelijkheid* 2000, p. 1-23.

College).[38] Alleen hieruit blijkt al dat, met al zijn laagdrempeligheid, de procedure bij het College er dus nog steeds een voor de doorzetters is.[39] En als dat voor de procedure bij het College al geldt, geldt dat nog in sterkere mate voor een procedure bij de rechter, waaraan bovendien veelal kosten zijn verbonden.

> **Slechts heel weinig slachtoffers van discriminatie starten een procedure bij het College voor de Rechten van de Mens of de rechter.**

3.2 Beperkte reikwijdte van de gelijkebehandelingswetten

Een belangrijke belemmering om toegang te krijgen tot de laagdrempelige rechtsbescherming die de gelijkebehandelingswetgeving in Nederland biedt, wordt gevormd door de beperkte reikwijdte van die wetgeving. Hierboven kwam al aan de orde dat de gelijkebehandelingswetten niet alle terreinen van het maatschappelijk leven bestrijken. Daarnaast zijn die wetten in de meeste gevallen niet van toepassing op zogenoemd eenzijdig overheidshandelen,[40] dat wil zeggen op beslissingen van overheidsorganen op basis van een aan het betreffende orgaan toegekende wettelijke bevoegdheid of gedragingen van overheidsfunctionarissen in de uitoefening van hun wettelijke taak.[41] Indien iemand een melding doet over discriminatie op een terrein dat duidelijk buiten het toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetten ligt, zal de melder door de front office van het College worden verteld dat het doen van een verzoek om een oordeel geen zin heeft. Wel rest dan vaak nog de gang naar de burgerlijke rechter, maar die is – zoals opgemerkt – omgeven met verschillende drempels.

3.3 Bewijsproblemen in het algemeen

Belemmeringen in toegang tot de rechtsbescherming kunnen ook voortvloeien uit bewijsproblemen. Juist bij discriminatiekwesties ontbreekt het vaak aan expliciet bewijs. In de sfeer van de arbeid gaat het bijvoorbeeld vaak om de bewijsbaarheid van motieven achter beslissingen om iemand wel of niet uit te nodigen voor een (sollicitatie)gesprek, iemand aan te nemen of het al dan niet geven van promotie of loonsverhoging. In de sfeer van het aanbieden van of de toegang tot goederen en diensten kan het achterhalen van de 'ware' motieven tot het weigeren van toegang tot een uitgaansgelegenheid soms ingewikkeld zijn (te vol, ledenavond, etc.).

De Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen en enkele Nederlandse gelijkebehandelingswetten kennen daarom de constructie van de 'gedeelde bewijslast', waarin een slachtoffer slechts feiten hoeft aan te dragen die het vermoeden van discriminatie *kunnen* vestigen en het vervolgens aan de verwerende partij is om te bewijzen dat geen discriminatie heeft plaatsgevonden.[42] Ook met deze bewijslastverdeling is

38. I. Andriessen, J.H. Dijkhof, A. van der Torre & K. Putters, *Ervaren discriminatie in Nederland II*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2020.

39. In de jaren 2017 tot en met 2022 ontving het College jaarlijks gemiddeld 3462 vragen over en meldingen van discriminatie. Zie College voor de Rechten van de Mens, *Monitor Discriminatiezaken* 2022, Utrecht 2023, p. 12 en 22.

40. Zie preadvies 4 over 'eenzijdig overheidshandelen' van Arriën Kruyt en Kees Groenendijk in deze bundel.

41. Achtergrond hiervan is dat tegen de genoemde beslissingen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstaat. En over de genoemde gedragingen kan geklaagd worden bij de Nationale ombudsman of een gemeentelijk equivalent.

42. Zie o.m. art. 10 lid 1 AWGB.

het echter voor verzoekers soms toch nog heel lastig om het vermoeden van discriminatie te vestigen. De enkele stelling dat iets is gezegd of gedaan of dat een bepaalde gebeurtenis heeft plaatsgevonden, is onvoldoende als dat door de wederpartij wordt ontkend en verder bewijs (bijvoorbeeld via getuigenverklaringen) ontbreekt.[43] Incidenteel is door een rechtbank aanvaard dat, als vaststaat dat een bepaalde gebeurtenis heeft plaatsgevonden, het gegeven dat de persoon die door die gebeurtenis is benadeeld een bepaalde buitenlandse nationaliteit heeft reeds voldoende is om het vermoeden van discriminatie te vestigen.[44] Een dergelijke benadering versterkt de 'bewijspositie' van de betrokkene, maar afgewacht moet worden of dit vonnis in hoger beroep standhoudt. In de oordelen van het College is een enkele keer aanvaard dat het niet willen geven van een reden voor het weigeren van dienstverlening aan een persoon van Surinaamse afkomst – in de specifieke omstandigheden van het betreffende geval – voldoende was om een vermoeden van discriminatie op grond van ras te vestigen.[45] Dit speelde ook in een recent oordeel over het handelen van de Belastingdienst/Toeslagen. De Belastingdienst/Toeslagen kende een code voor risico-indicatie toe die duidde op de verblijfsstatus van de betrokken toeslagenouder, terwijl de betreffende persoon de Nederlandse nationaliteit had en er door de dienst geen verdere verklaring kon worden gegeven voor het toekennen van die code. Hier heeft het College geoordeeld dat het toekennen van die code bijdroeg aan het vestigen van een vermoeden van discriminatie op grond van de Turkse afkomst van de betreffende ouder en aan het niet weerlegd worden van dat vermoeden.[46]

Bij discriminatiekwesties ontbreekt het vaak aan expliciet bewijs.

3.4 Extra grote bewijsproblemen bij indirecte discriminatie

In het bijzonder in zaken van indirecte discriminatie kampt de verzoekende partij meer dan eens met problemen. Om aan te tonen dat een bepaalde groep in het bijzonder wordt getroffen door onderscheid dat voortvloeit uit een neutraal (niet aan een discriminatiegrond refererend) criterium is in de praktijk vaak een cijfermatige onderbouwing nodig die alleen met behulp van statistische data of andere onderzoeksgegevens geleverd kan worden. Wanneer statistische gegevens over de individuele zaak moeilijk toegankelijk of niet beschikbaar zijn, mag dit op basis van Europese jurisprudentie niet aan verzoeker worden tegengeworpen. Algemene statistische gegevens zijn dan voldoende om het vermoeden van onderscheid te vestigen.[47] De verzoeker moet dan echter alsnog data of onderzoek aanleveren en bovendien in staat zijn om het door verweerder geleverde tegenbewijs te interpreteren en daarop te reageren. Dit is in het algemeen bij indirecte discriminatie een probleem, maar in het bijzonder bij intersectionele en algoritmische discriminatie. In beide gevallen is weinig algemeen onderzoek beschikbaar.[48]

43. Zie bijvoorbeeld: College voor de Rechten van de Mens 28 maart 2022, Oordeel 2022-29 en 20 augustus 2024, Oordeel 2024-70. Een uitzondering is oordeel 2025-16 van 17 februari 2025.

44. Rechtbank Oost-Brabant 5 juni 2025, ECLI:NL:RBOBR:2025:3159 (plots ontslag in proeftijd van Iraanse wetenschapper door TU Eindhoven). Tegen de uitspraak is hoger beroep ingesteld.

45. College voor de Rechten van de Mens 29 juli 2021, Oordeel 2021-105.

46. College voor de Rechten van de Mens 3 juli 2025, Oordeel 2025-62, overweging 6.15.

47. HvJ EU 3 oktober 2019, C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828 (Schuch-Ghannadan).

48. Zie Preadvies 1 over structurele en institutionele discriminatie van Rikki Holtmaat en Zahra Achouak el Idrissi in deze bundel.

Statistische gegevens kunnen voldoende zijn om het vermoeden van discriminatie te vestigen. Maar het achterhalen van zulke gegevens is lastig.

Bij algoritmische discriminatie is eveneens informatie nodig over het effect van het algoritme, waartoe een ervaring op individueel niveau zelden voldoende is. Dat is ook te zien in de zaken over een algoritme die het College de afgelopen jaren behandelde. Zowel de zaak over een door de Vrije Universiteit gebruikt gezichtsdetectiealgoritme (onderdeel van fraudebestrijding bij online tentamens),[49] als de zaak over het door Facebook gebruikte advertentiealgoritme,[50] zijn (mede) gevoerd door professionele procespartijen met kennis van het benodigde onderzoek. In het geval van de zaak tegen Meta had een van de verzoekers zelf onderzoek verricht. Een ander voorbeeld zijn de zaken over de kinderopvangtoeslag waarover het College oordeelde. In bijna alle gevallen waarin het College oordeelde dat sprake was van discriminatie bij de toekenning en controle van de kinderopvangtoeslag, stoelde die conclusie op het uitgebreide vooronderzoek dat het College zelf gedaan heeft naar de persoonlijkheidskenmerken van de aanvragers van de toeslagen.[51]

3.5 Het blootleggen van discriminatoire handelingspatronen vraagt om informatie die het individuele geval te boven gaat

De handhaving van het gelijkebehandelingsrecht 'leunt' nu vooral op het indienen van individuele klachten. Bij moderne vormen van discriminatie, zoals algoritmische discriminatie, functioneert dit handhavingsmechanisme nauwelijks, omdat het slachtoffer geen weet heeft van de techniek van het algoritme. Als een burger bijvoorbeeld een besluit krijgt toegezonden van de sociale dienst dat een uitkering wordt stopgezet of teruggevorderd, omdat is geconstateerd dat hij in strijd heeft gehandeld met de regels van de Participatiewet, dan zal dat besluit wel de overtreden regels vermelden, maar geen uitleg bevatten over de manier waarop of de reden waarom deze burger is geselecteerd voor de controle die deze regelovertreding aan het licht bracht.[52] Hierboven wezen wij er al op dat het vermoeden van discriminatie in de toeslagenzaken die door het College werden beoordeeld vrijwel alleen kon worden gevestigd door het uitvoerige vooronderzoek dat het College uit eigen beweging verrichtte. De slachtoffers van het toeslagenschandaal die bij het College een verzoek om een oordeel indienden, deden dit pas nadat in de media berichten waren verschenen over mogelijke discriminatie door de Belastingdienst/Toeslagen. Voor die mediapublicaties had geen van de toeslagenouders zelfs maar een melding gedaan bij het College van mogelijke discriminatie.[53] Dit laat zien dat de (mogelijke) discriminatie die optreedt bij risicoprofilering vaak pas zichtbaar wordt op het collectieve

49. College voor de Rechten van de Mens 7 december 2022, Oordeel 2022-146 en 17 oktober 2023, Oordeel 2023-111.

50. College voor de Rechten van de Mens 18 februari 2025, Oordeel 2025-17.

51. College voor de Rechten van de Mens, *Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen*, Utrecht: september 2022. Uitzondering hierop is tot nu toe enkel College voor de Rechten van de Mens 4 juli 2025, Oordeel 2025-62.

52. Zie hierover o.m. J.P. Loof, 'Bestuursrecht(spraak) en het blootleggen van discriminatoire overheidspraktijken', *NTB* 2021, p. 153-154.

53. Zo is gebleken uit een intern (niet gepubliceerd) onderzoek van het College waarvan de auteurs kennis hebben.

niveau en bij alle afzonderlijke individuele besluiten voor de betrokkenen buiten het zicht blijft.

3.6 Individuele rechtsbescherming weegt onvoldoende op tegen grootschalige discriminatierisico's

In het verlengde van het bovenstaande kan worden opgemerkt dat een extra probleem bij rechtsbescherming tegen algoritmische toepassingen is dat het huidige rechtsbeschermingssysteem (behoudens de mogelijkheid van het vragen om een zogenoemd 'oordeel eigen handelen')[54] er hoofdzakelijk op gericht is om achteraf en in individuele gevallen schade te repareren. Dat geldt zeker ook voor de zaken waarin sprake is van indirecte discriminatie, omdat voor het aantonen van onderscheid makende effecten van het gebruik van neutrale criteria de praktijkeffecten moeten worden afgewacht en gemeten. Aangezien algoritmen juist worden gebruikt in (computer)systemen die bedoeld zijn voor herhaalde grootschalige toepassing, doet zich bij een discriminerend gevolg van de toepassing die algoritmen automatisch een *multiplier*-effect voor: heel veel mensen kunnen erdoor geraakt worden.

In een dergelijke situatie – en ook bij fenomenen als systemische discriminatie en institutioneel racisme – schiet de individuele rechtsbescherming zoals die nu centraal staat in de gelijkebehandelingswetgeving als remedie tekort.[55] Die moet worden aangevuld met andere, preventieve, vormen van rechtsbescherming. In hoofdstuk 5 zullen wij daar nader op ingaan.

Individuele rechtsbescherming schiet tekort bij grootschalige discriminatierisico's.

4. Aanbevelingen ter oplossing van de gesignaleerde belemmeringen

De in het vorige hoofdstuk geïnventariseerde belemmeringen vragen om enkele bespiegelingen en aanbevelingen over mogelijke oplossingen. Voor een deel biedt het huidige rechtsstelsel daar reeds mogelijkheden voor. Zo kan het doorzettingsvermogen dat het doen van een verzoek om een oordeel van het betrokken individu vergt voor een deel worden ondervangen door collectieve klachten. Voor een ander deel zijn reeds stappen aangekondigd. Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving. En ook voor de bewijsproblemen zijn er op deelterreinen van het gelijkebehandelingsrecht al oplossingsrichtingen ontwikkeld. Bovendien zijn ook binnen het bestuursrecht reeds ontwikkelingen in gang gezet die kunnen helpen om bewijsproblemen te verminderen.

54. Zie art. 10 lid 2, onder b, WCRM.

55. H. van Eijken, J. Mink & L. Senden, 'Waarom het recht geen grip krijgt op institutionele discriminatie op grond van godsdienst: Van individuele casuïstiek naar institutioneel bewustzijn in wetgeving, rechtspraak en beleid', *Tijdschrift voor religie, recht en beleid* 2025, nr. 2, p. 7-25.

4.1 Meer gebruik van collectieve discriminatieklachten

Als een van de oplossingen voor het probleem van het vereiste doorzettingsvermogen van het individuele slachtoffer van discriminatie wordt in internationaal en Europees verband veelal gewezen op een mogelijkheid van collectieve klachten door belangenorganisaties. Die mogelijkheid biedt de Wet College voor de rechten van de mens (WCRM) al en met name ADV's maken van die mogelijkheid gebruik, maar dat zou nog wel vaker kunnen. De wet geeft het College ook de bevoegdheid om uit eigen beweging een onderzoek in te stellen dat uitmondt in een oordeel. Deze mogelijkheid staat open indien er aanleiding is om te denken dat sprake zou kunnen zijn van stelselmatige discriminatie.[56] Daarnaast biedt de wet de mogelijkheid aan het College om bij de rechter te vorderen dat een discriminerende gedraging onrechtmatig wordt verklaard, wordt verboden of dat een bevel wordt gegeven om de gevolgen van die gedraging ongedaan te maken.[57] Van deze beide mogelijkheden zou het College wellicht vaker gebruik kunnen maken. Discriminatiekwesties kunnen op grond van artikel 3:305a BW overigens ook aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd door rechtspersonen met een ideële doelstelling zoals Amnesty International of Bureau Clara Wichmann.[58]

4.2 Eenzijdig overheidshandelen binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving

In maart 2023 hebben de Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme (NCDR), het College en de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (staatscommissie) gezamenlijk aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geadviseerd om eenzijdig overheidshandelen onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving te brengen. Als redenen voor die stap werden genoemd: het toegenomen risico op (grootschalige) discriminatie door overheidsorganen als gevolg van het toepassen van geautomatiseerde besluitvorming, algoritmes, risicoprofilering en kunstmatige intelligentie en het maatschappelijk onbegrip over het feit dat de laagdrempelige klachtprocedure bij het College wel geldt bij (vermeende) discriminatie door private actoren, maar niet bij overheidsorganen of overheidsfunctionarissen.[59] In april 2025 heeft de minister laten weten de meerwaarde in het uitbreiden van de AWGB met eenzijdig overheidshandelen in te zien en stappen te zetten om verder uit te werken hoe deze uitbreiding eruit zou moeten komen te zien en in welke vorm deze gegoten wordt.[60]

4.3 Transparantieverplichtingen rondom ongelijke beloning

Naast de in hoofdstuk 3 al genoemde verdere verlichting van de bewijslast bij statistische gegevens, zijn er in het gelijkebehandelingsrecht nog andere specifieke regels om het verzoekers makkelijker te maken een vermoeden van onderscheid aan te tonen. Zo is er bij zaken over gelijke beloning het middel van de maatman: als een vrouw één mannelijke collega weet te vinden die bij haar werkgever gelijk of gelijkwaardig werk doet, maar een hoger salaris verdient dan zij, dan is het vermoeden van discriminatie op grond van geslacht gevestigd. Het gegeven dat er wellicht ook vrouwen zijn die evenveel verdienen als deze mannelijke collega doet dan niet ter zake.

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

57. Art. 13 lid 1 WCRM.

58. Zie daarover bijvoorbeeld de conclusie van de procureur-generaal in ECLI:NL:PHR:2024:1074.

59. Brief van 20 maart 2023, te raadplegen via: https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/681d38bc-498b-4ba1-b1f2-838d254df9db. Zie hierover ook de bijdrage van Groenendijk en Kruyt in deze bundel.

60. *Kamerstukken II* 2024/25, 30 950, nr. 455.

Omdat het doorgaans niet zo makkelijk is om aan salarisgegevens van collega's te komen wordt in een nieuwe EU-richtlijn de positie van vrouwen die zich beroepen op ongelijke beloning verder versterkt doordat werkgevers worden verplicht tot loontransparantie.[61] Deze richtlijn geeft werknemers onder meer het recht om (rechtstreeks of via werknemersvertegenwoordigers of het nationale gelijkebehandelingsorgaan) informatie op te vragen over hun individuele loonniveau en het gemiddelde loonniveau, uitgesplitst naar geslacht, voor categorieën werknemers die hetzelfde werk doen als zij of werk van gelijke waarde als hun werk. Dit is een belangrijke stap om rechtsbescherming in zaken over mogelijke ongelijke beloning te vergemakkelijken.

Loontransparantie vergemakkelijkt de rechtsbescherming tegen ongelijke beloning.

4.4 Transparantieverplichtingen rondom algoritmegebruik

Met betrekking tot de bewijsproblemen rond algoritmische discriminatie valt op te merken dat, voor zover er in algoritmen of risicoprofielen gebruik zou worden gemaakt van criteria die direct onderscheid maken, deze problemen in belangrijke mate ondervangen kunnen worden door transparantieverplichtingen. Als de transparantie op orde is, is direct onderscheid door algoritmen relatief makkelijk te traceren. Het door de rijksoverheid in gang gezette algoritmeregister kan daarbij een belangrijke rol vervullen.[62] In juni 2023 publiceerde het College voor de Rechten van de Mens een *position paper* waarin – in aanvulling op dat algoritmeregister – werd opgeroepen tot invoering van een wettelijke verplichting tot transparantie over algoritmegebruik bij besluiten die burgers rechtstreeks raken. Deze verplichting zou een plaats moeten krijgen in de Awb en vormt deels ook een specifieke uitwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur die nu reeds in de Awb te vinden zijn, zoals het motiveringsbeginsel. De verplichting tot transparantie zou, naast technische informatie over onder meer de broncode van het gebruikte algoritme in het algoritmeregister, ook moeten omvatten dat in elk concreet tot een burger of bedrijf gericht besluit (elke beschikking) door het bestuursorgaan op een begrijpelijke manier zal moeten worden uitgelegd hoe het toegepaste algoritme in het algemeen werkt en hoe dit in het concrete geval voor de geadresseerde van het besluit heeft uitgepakt.[63] Een voorstel voor uitbreiding van het motiveringsbeginsel in de Awb met specifieke referentie aan algoritmische besluitvorming is inmiddels door een groep rechtswetenschappers verder geconcretiseerd en voorzien van een plan voor operationalisering.[64] Een verdere ontwikkeling in deze richting valt wat ons betreft toe te juichen.

Of transparantieverplichtingen ook voldoende zijn om de in paragraaf 3.4 gesignaleerde bewijsproblemen bij indirecte discriminatie te ondervangen

61. Richtlijn (EU) 2023/970 betreffende het versterken van het beginsel van gelijke beloning voor gelijk of gelijkwaardig werk van mannen en vrouwen door middel van transparantie van de beloning en handhavingsmechanismen. De richtlijn moet uiterlijk op 7 juni 2026 door de lidstaten in nationaal recht zijn omgezet.

62. Te vinden op https://algoritmes.overheid.nl/nl.

63. College voor de rechten van de mens, *In alle openheid: transparant algoritmegebruik door de overheid*, Utrecht: juni 2023, te raadplegen via: https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/bf15558a-1b17-43d7-a60e-df9ff8847491.

64. O.A. al Khatib, M.H.A.F. Lokin, R.J.H. Bruggeman & A.C.M. Meuwese, 'De A is van algoritme: hoe de Awb op dit vlak te versterken', *NJB* 2024/426.

valt te betwijfelen. Zoals reeds aangegeven vergt het aantonen van indirect onderscheid bij algoritmische besluitvorming of risicoprofilering zicht op de effecten van de gehanteerde (selectie)criteria en toegang tot statistische gegevens. Hoogstens kunnen via transparantieverplichtingen zogenoemde *proxy's* (neutrale criteria die een door een zeer sterke correlatie met verdachte gronden in sterke mate indirect onderscheid maken) in beeld komen. Bekende *proxy's* zijn: postcode voor de discriminatiegrond ras en '(on)onderbroken carrière' voor de grond geslacht. Het tegengaan van het risico op indirecte discriminatie in de context van algoritmische besluitvorming en risicoprofilering vergt dan ook aanvullende vormen van rechtsbescherming en toezicht, waarop wij in hoofdstuk 5 nader ingaan.

5. Enkele extra aanbevelingen vanuit het brede perspectief van toegang tot recht

Toegang tot recht is meer dan alleen toegang tot rechtsbescherming en rechtsbescherming is meer dan het bieden van een rechtsgang. Vanuit het brede perspectief van toegang tot recht doen wij hier nog enkele aanbevelingen die deze toegang kunnen verbeteren of vereenvoudigen.

5.1 Minder complexiteit in de gelijkebehandelingswetgeving gewenst

Een laagdrempelige rechtsgang is slechts één onderdeel van toegang tot het recht. Ook de toegankelijkheid en overzichtelijkheid van de wettelijke normstelling maken daar deel van uit. Praktische rechtsbescherming begint met wetgeving die voor burgers te begrijpen is. Zij moeten laagdrempelig in kaart kunnen brengen wat hun rechtspositie is. Die overzichtelijkheid ontbreekt in Nederland. Er is sprake van een lappendeken aan gelijkebehandelingswetten, met telkens een ander toepassingsbereik en andere non-discriminatiegronden. Dat draagt niet bij aan de toegankelijkheid: het ondermijnt de kenbaarheid van de normen voor slachtoffers van discriminatie en voor degenen die zich aan die normen moeten houden.[65] Het zorgt ook voor juridische complexiteit. Het toepassingsbereik van de verschillende wetten is niet altijd eenvoudig af te bakenen.[66] Ook kunnen per wet verschillende bewijsregels gelden[67] en zijn in sommige gevallen normen ondergebracht in wetten op aanverwante maar te onderscheiden rechtsgebieden.[68] Verder kunnen bij eventueel geconstateerd onderscheid per wet verschillende wettelijke uitzonderingen en mogelijkheden tot het aanvoeren van objectieve rechtvaardigingen van toepassing zijn.[69]

> **Nederland kent een lappendeken aan gelijkebehandelingswetten, met telkens een ander toepassingsbereik.**

In zijn evaluatie van de gelijkebehandelingswetgeving over de periode 2017-2022 merkt het College voor de Rechten van de Mens hierover op dat het voor een coherente ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht

65. Zie ook Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake het ontwerpwetsvoorstel voor een Integratiewet op verzoek van de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties*, CGB-advies 2005/04 en Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake concept-wetsvoorstel Integratiewet*, CGB-advies 2010/3.

66. Zo is het alleen voor juridische experts duidelijk wanneer respectievelijk de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 7:646 van toepassing is op een situatie die onderscheid op grond van geslacht betreft.

67. Voor onderscheid op grond van arbeidsduur geldt bijvoorbeeld niet de verlichte bewijslast.

68. Zoals in de Wet arbeid en zorg: artikel 1:6 en 1:7.

69. De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid laat het bijvoorbeeld toe om direct onderscheid objectief te rechtvaardigen.

behulpzaam zou zijn wanneer dergelijke verschillen inzichtelijk in één regeling zouden zijn neergelegd. Het College pleit er dan ook voor om het oude idee van een Integratiewet gelijke behandeling af te stoffen en opnieuw te overwegen.[70] Dat pleidooi ondersteunen wij van harte.

5.2 Effectieve rechtsbescherming omvat ook preventieve (toezichts) mechanismen

Het is de ervaring van het College voor de Rechten van de Mens dat discriminatie dikwijls geen kwestie is van rationele of beredeneerde beslissingen op basis van heldere of bijvoorbeeld expliciet racistische opvattingen.[71] Discriminatie is veel vaker het resultaat van impliciete stereotypen en vooroordelen die zich bewust, maar ook onbewust, in ons brein kunnen bevinden. Het onbewuste en onrechtstreekse karakter van de achterstelling maakt juist dat institutionele vormen van discriminatie zo lastig te herkennen en aan te pakken zijn. Ze blijven in eerste instantie onzichtbaar en dat maakt dat ze lang kunnen voortbestaan, ondanks de wettelijke verbodsnormen. Een klachtgestuurde, op individuele rechten gebaseerde, aanpak schiet tekort om algoritmische of andere systemische discriminatie en institutioneel racisme effectief te kunnen bestrijden. Deze aanpak dient daarom te worden aangevuld met andere, meer op preventie gerichte, toezichtstrategieën.[72]

Uit verschillende mensenrechtenverdragen vloeit al een positieve verplichting voort voor de overheid om preventieve maatregelen ter voorkoming van discriminatie te nemen.[73] Tot die preventieve maatregelen kan ook behoren het instellen van bestuursrechtelijke toezichtvormen ter controle op en voorkoming van discriminatie. Twee elementen staan wat ons betreft centraal in dat preventieve toezicht. In de eerste plaats de verantwoordelijkheid om via een *impact assessment* te laten testen of gehanteerde criteria voor geautomatiseerde besluitvorming of risicoprofilering een gevaar op discriminatie opleveren. De door de staatscommissie ontwikkelde 'Discriminatietoets Publieke Dienstverlening' kan daarbij een waardevol instrument vormen.[74] Terecht wordt dit element door de staatscommissie ook genoemd als onderdeel van de door haar, naar Brits en Iers model, voorgestelde Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS).[75] Als tweede element moet hieraan naar ons idee, ook in de voorgestelde GPS, een soort onderzoeksplicht worden toegevoegd: een plicht om te monitoren of het hanteren van bepaalde criteria in de toepassingspraktijk wellicht (indirecte) discriminatie oplevert (bijvoorbeeld doordat leden van bepaalde bevolkingsgroepen veel vaker worden gecontroleerd dan anderen). Als in een specifiek domein of bij een specifieke organisatie aanwijzingen bestaan van onevenredige achterstanden van of nadelen voor groepen op grond van bijvoorbeeld ras of handicap waarvoor geen voor de hand liggende verklaring of rechtvaardiging aanwezig is, dan moet worden nagegaan wat precies de oorzaak daarvan is en mag deze achterstelling niet simpelweg voor lief worden genomen.[76]

70. College voor de Rechten van de Mens, *Toekomstbestendige gelijke behandeling? Evaluatie gelijkebehandelingswetgeving 2017-2022*, Utrecht: oktober 2023, p. 5.

71. College voor de Rechten van de Mens, *Bestrijding van racisme en discriminatie in Nederland*, Position paper 27 november 2020, https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/48eddde1-d357-4665-9299-7d64271243b8.

72. College voor de Rechten van de Mens, *Institutioneel racisme. Naar een mensenrechtelijke aanpak*, Utrecht, december 2021, https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/61b872965d-726f72c45f9e5b, p. 19.

73. Art. 14 EVRM en art. 26 IVPBR kunnen in bepaalde omstandigheden de verplichting opleveren om rassendiscriminatie te voorkomen. Art. 2 IVUR bevat een expliciete positieve verplichting voor de verdragsstaten om rassendiscriminatie te voorkomen. *Idem.*, p. 14.

74. Zie daarover: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Voortgangsrapportage - Discriminatie in dienstverlening. Ervaringen en lessen om discriminatie in publieke dienstverlening te voorkomen en te bestrijden*, Den Haag: februari 2025.

75. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Gelijkheidsplicht Publieke Sector (GPS). Naar wettelijke verankering van een proactieve aanpak van discriminatie door de overheid*, Den Haag: september 2025.

76. Zie voor een meer gedetailleerde uitwerking van deze voorzorgsverplichtingen: College voor de Rechten van de Mens, Toetsingskader risicoprofilering. Normen tegen discriminatie op grond van ras en nationaliteit, Utrecht januari 2025, https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/4093c026-ae41-4c1d-aa78-4ce0e205b5de, hoofdstuk 4.

Er is steviger preventief toezicht nodig ter voorkoming van discriminatoire praktijken.

Het sluitstuk van het preventieve toezicht wordt gevormd door een bestuursorgaan dat over handhavings- en controlebevoegdheden beschikt om naleving van de eerder genoemde verplichtingen te bewerkstelligen. Een voorbeeld is te vinden in de context van *artificial intelligence* (AI), waar ook consensus lijkt te bestaan over het feit dat individuele burgers vanwege complexiteit en gebrek aan transparantie onvoldoende toegerust zijn om zich tegen algoritmische vormen van discriminatie te verweren. De AI-verordening verplicht EU-lidstaten daarom te voorzien in toezichtinstanties om de grondrechten van burgers te beschermen.[77] Vooralsnog ziet het er naar uit dat het College als een van de grondrechtentoezichthouders onder de AI-verordening zal gaan fungeren.[78] En het College heeft ervoor gepleit dat het grondrechtentoezicht op AI proactief moet worden aangepakt: niet alleen reactief toezicht bij meldingen, maar ook voorlichting, bewustwording, risicosignalering, onderzoek en advisering.[79] Ook de in 2024 in de Eerste Kamer ternauwernood gesneuvelde Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie, was een voorbeeld van het instellen van toezicht (door de Arbeidsinspectie) en preventie als remedie tegen discriminatie, als aanvulling op individuele rechtsbescherming op grond van de AWGB en WCRM.[80]

6. Herstel en genoegdoening: Europeesrechtelijke eisen aan sancties in discriminatiezaken

In deze paragraaf wordt uiteengezet welke eisen het Europese recht stelt aan sancties in discriminatiezaken. Daarbij wordt ingegaan op de betekenis van schadevergoeding als vorm van herstel, genoegdoening en afschrikking.

6.1 Doeltreffend, evenredig en afschrikkend

Al in 1984 oordeelde het Hof van Justitie (HvJ) dat het niet mogelijk is om daadwerkelijke kansengelijkheid te verwezenlijken zonder een passend systeem van sancties.[81] Louter preventieve maatregelen zijn niet voldoende. In die zin kunnen sancties gezien worden als het sluitstuk van de toegang tot recht en rechtsbescherming.

De gelijkebehandelingsrichtlijnen verplichten de EU-lidstaten om vast te leggen welke sancties gelden voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijnen vastgestelde nationale bepalingen. Zij verplichten de lidstaten ook de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat deze sancties daadwerkelijk worden toegepast en bepalen dat deze sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' moeten zijn.[82]

77. Verordening (EU) 2024/1689 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie, artikel 77.

78. Brief van de minister van Economische Zaken en de Staatssecretarissen van BZK en JenV van 19 november 2024, *Kamerstukken II*, 2024/25, 22112, nr. 3979.

79. College voor de Rechten van de Mens, Briefadvies met betrekking tot het inrichten van grondrechtentoezicht voor Artificiële Intelligentie (AI), Utrecht 18 oktober 2024, https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/d1430e6b-b33a-4e08-ac43-cf72b1fe4e65.

80. *Kamerstukken I*, 2023/24, 35673, nr. 2.

81. HvJ EG 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson & Kamann/Land Nordrhein-Westfalen).

82. Zie art. 15 Richtlijn 2000/43/EG; art. 17 Richtlijn 2000/78/EG; art. 14 Richtlijn 2004/113/EG; art. 25 Richtlijn 2006/54/EG.

De manier waarop het begrip sancties in de gelijkebehandelingsrichtlijnen wordt gebruikt maakt duidelijk dat dit begrip ruim geïnterpreteerd moet worden. Het omvat zowel herstelmaatregelen als vormen van genoegdoening voor de slachtoffers van discriminatie.[83] Sancties kunnen zich dus zowel richten op bestraffing van de normovertreder, als op het bieden van genoegdoening aan het slachtoffer. Daarover is in een tweetal richtlijnen nog een aparte bepaling opgenomen die verplicht 'om te zorgen voor reële en effectieve compensatie of reparatie (…) van de schade geleden door een persoon als gevolg van discriminatie (…), op een wijze die afschrikkend is en evenredig aan de geleden schade'.[84] De EU-richtlijnen zeggen verder echter nauwelijks iets over de aard van de sancties of over de nationale instantie die deze sancties op zou moeten leggen. Dat wordt allemaal overgelaten aan de nationale wetgever. Die moet bepalen wat 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' is.[85]

Sancties op overtreding van het discriminatieverbod moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

De HvJ-jurisprudentie geeft echter enige richting. Zo moet de opgelegde sanctie een daadwerkelijk afschrikkend effect hebben op de overtreder[86] en moet de zwaarte ervan proportioneel zijn aan de ernst van de discriminatie.[87] Een louter symbolische sanctie is niet doeltreffend.[88] De nationale praktijk met betrekking tot het toepassen van sancties in discriminatiezaken mag niet zodanig terughoudend zijn dat mensen daardoor worden afgeschrikt om gebruik te maken van hun recht op rechtsbescherming.[89]

De *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) stelt in haar *General Policy Recommendation No. 7* uit 2017 dat sancties '*should include the payment of compensation for both material and moral damages to the victims*'.[90] In de toelichting merkt ECRI dan verder nog op dat een sanctie ook zou kunnen bestaan uit '*the restitution of rights that have been lost*' en dat ook niet-financiële vormen van herstel (zoals publicatie van de uitspraak of beslissing waarin de discriminatie wordt vastgesteld) van belang zijn.[91]

6.2 HvJ-jurisprudentie over schadevergoeding als sanctie

Een financiële schadevergoeding kan in theorie verschillende van de in paragraaf 1.2 genoemde sanctiedoelen dienen – compensatie, bestraffing en preventie – maar alleen als de schadevergoeding hoog genoeg is. Uit de HvJ-jurisprudentie valt af te leiden dat als het nationale rechtsstelsel voorziet in rechtsherstel in financiële vorm, het moet gaan om maatregelen die de geleden daadwerkelijke (materiële) schade volledig compenseren.[92] In die volledige compensatie moeten dan ook de kosten die het slachtoffer heeft moeten maken om het recht op

83. Zie hierover o.m. Christa Tobler, *Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law: Effective, Proportionate and Dissuasive National Sanctions and Remedies, with Particular Reference to |Upper Limits on Compensation to Victims of Discrimination*, Brussels: European Commission-Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities 2005; Romanita Iordache & Iustina Ionescu, 'Discrimination and Its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-Discrimination Law', European Anti-Discrimination Law Review 2014, no. 19, p. 12; Wladasch 2015 (*supra* noot 7), p. 4.

84. Art. 18 Richtlijn 2006/54/EG; art. 10 Richtlijn 2010/41/EU.

85. Uit Richtlijn 2006/54/EG, preambule overweging 33, wordt enkel opgemerkt dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie naar voren komt dat het beginsel van gelijke behandeling, om effectief te zijn, 'impliceert dat de vergoeding die voor een inbreuk wordt toegekend in verhouding moet staan tot de geleden schade'.

86. Ibid. Zie tevens HvJ EU 25 april 2013, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 (Asociaţia Accept), punt 63.

87. HvJ EU 25 april 2013, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 (Asociaţia Accept), punt 63.

88. Idem., punt 64 en 69.

89. Idem., punt 67.

90. ECRI, *General Policy Recommendation No. 7* (revised) on national legislation to combat racism and racial discrimination, 7 December 2017, par. 12.

91. Idem., par. 31 en 33.

92. HvJ EU 17 december 2015, C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (Camacho), punt 37.

gelijke behandeling af te dwingen (gerechts- en advocaatkosten) worden meegenomen.[93] Het is echter niet noodzakelijk dat ook zogenoemde '*punitive damages*' kunnen worden toegekend als vergoeding voor immateriële schade.[94]

Wel wordt in de HvJ-jurisprudentie het belang van een vastgesteld verband tussen de discriminatie en de opgelegde sanctie onderstreept. In het arrest *Braathens Regional Aviation*[95] oordeelde het Hof dat een nationale wettelijke regeling in strijd komt met het EU-recht als die een rechter belet een geval van discriminatie te onderzoeken wanneer de verweerder bereid is een gevorderde schadevergoeding te betalen. Met andere woorden: het mag niet zo zijn dat een discriminerende werkgever of andere organisatie wegkomt met het betalen van een schadevergoeding zonder de discriminatie te erkennen of zonder dat die discriminatie is vastgesteld door een rechterlijke of administratieve instantie.

Onze afdronk van de HvJ-jurisprudentie is dat bij individualiseerbare en meetbare schade een sanctie in de vorm van schadevergoeding in ieder geval voor de hand ligt. Bij afwezigheid van meetbare individuele schade én bij louter of voornamelijk immateriële schade kunnen de andere hierboven genoemde doelen een prominentere rol spelen en een grondslag vormen voor het opleggen van de sanctie.

7. De huidige situatie in Nederland rondom sancties in discriminatiezaken

Het College heeft niet de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen of een sanctie op te leggen in geval van discriminatie. Daarvoor moeten slachtoffers naar de burgerlijke rechter.[96] Nu is de ervaring bij het College dat personen die een verzoek om een oordeel indienen zelden financiële motieven hebben. Zij wensen erkenning van het feit dat er in strijd met de wet is gehandeld en ze willen voorkomen dat ditzelfde gebeurt ten opzichte van anderen.[97] Erkenning dat de wet is overtreden en het gegeven dat het oordeel wordt gepubliceerd is in dit soort gevallen de belangrijkste vorm van genoegdoening.[98]

Voor kwesties waarin door discriminatie materieel (individualiseerbaar en meetbaar) nadeel is opgetreden biedt het civiele schadevergoedingsrecht een procedure en zijn de uitgangspunten zoals neergelegd in afdeling 6.1.10 Burgerlijk Wetboek bepalend voor de berekening van de omvang van de schade.[99] Voor vergoeding van immateriële schade kent het Nederlandse civiele recht geen speciale procedure of wettelijk vastgelegde uitgangspunten. De Nederlandse rechter is niet scheutig met het toekennen van schadevergoeding voor immateriële schade. Niet in het algemeen en zeker ook niet in discriminatiezaken. De juridische vaststelling dat sprake is geweest van discriminatie, soms gecombineerd met de overweging dat de materiële schade is gecompenseerd en dat de uitspraak waarin de discriminatie is vastgesteld is gepubliceerd, wordt menigmaal beschouwd als voldoende genoegdoening.[100] Vaak loopt een verzoek om vergoeding van immateriële schade ook spaak omdat de rechter dit onvoldoende onderbouwd acht.[101]

93. HvJ EU 14 september 2023, C-113/22, ECLI:EU:C:2023:665 (DX/INSS & TGSS), punt 62.

94. HvJ EU 17 december 2015, C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (Camacho), punt 43.

95. HvJ EU 15 april 2021, C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269 (Braathens Regional Aviation), punt 59.

96. Indien de zaak betrekking heeft op overheidshandelen op het terrein van de sociale bescherming zou het ook de bestuursrechter kunnen zijn.

97. Wladasch 2015 (*supra* noot 7), p. 27.

98. Tudisco & Lantscher 2022 (*supra* noot 9), p. 13.

99. In het arbeidsrecht is er daarnaast nog de figuur van de gefixeerde schadevergoeding die betaald moet worden door de partij die de arbeidsovereenkomst eerder opzegt dan wettelijk gezien mogelijk is. Deze is geregeld in art. 7:672 lid 11 BW.

100. CRvB 5 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW7531.

101. Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Oost-Brabant 5 juni 2025, ECLI:NL:RBOBR:2025:3159 (plots ontslag in proeftijd van Iraanse wetenschapper door TU Eindhoven) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 juni 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1892 (onrechtmatig handelen gemeente door geen reëel zicht te geven op het verkrijgen van een woonwagenstandplaats).

De rechter is niet scheutig met het toekennen van schadevergoeding voor immateriële schade, ook niet in discriminatiezaken.

Ook in arbeidsrechtelijke discriminatiezaken lopen de door de rechter toegekende schadevergoedingen sterk uiteen en wordt een aparte vergoeding van immateriële schade wegens het feit dat er gediscrimineerd is slechts zelden toegekend. Wel lijkt er in arbeidsrechtzaken sinds 2019 een ontwikkeling gaande te zijn van een stijgende hoogte van toegekende schadevergoedingen. Gezien het aantal gepubliceerde zaken en het geringe onderzoek naar deze kwestie in Nederland is echter slechts een zeer voorzichtige conclusie mogelijk.[102]

8. Opvattingen over sancties en schadevergoeding uit het Europese debat

In deze paragraaf worden opvattingen besproken die in het Europese debat over sancties en schadevergoeding naar voren zijn gebracht. Daarbij wordt aandacht besteed aan buitenlandse voorbeelden en mogelijke verbeteringen voor de Nederlandse praktijk.

8.1 Overzicht van het Europese debat

In een in 2015 door Equinet gepubliceerd onderzoek werden de verschillende sanctiesystemen geïnventariseerd. Uit de opinies van de nationale gelijkebehandelingsorganen kwam naar voren dat vooral het opleggen van administratieve boetes en het publiceren van de beslissingen/uitspraken over discriminatiezaken als effectieve sancties werden beschouwd. Publicatie werd belangrijk geacht omdat dit zowel een bestraffend als een preventief doel heeft en het daarnaast kan bijdragen aan maatschappelijke verandering.[103]

Als andere effectieve sancties of remedies werden genoemd:

- de verplichting om een discriminatoire praktijk/structuur/handelwijze te beëindigen;
- de verplichting tot het betalen van schadevergoeding die voldoende afschrikkend is of die de financiële positie van de klagers daadwerkelijk kan verbeteren;
- de verplichting om omstandigheden terug te brengen in de situatie voordat de discriminatie plaatsvond;
- de verplichting voor een werkgever om antidiscriminatiebeleid op te stellen en te implementeren om zo verandering op de werkvloer te bewerkstelligen.[104]

102. Een van de weinige publicaties waarin hierop wordt ingegaan is: A. Hoogenboom & H. Jans, *Zwangerschapsdiscriminatie bij de rechter: kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Leiden: NTM/NJCM-Bull.* 2023/48, p. 144-145.

103. Wladasch 2015 (*supra* noot 7), p. 26.

104. Idem., p. 26-27.

In 2022 werd er in opdracht van Equinet opnieuw een rapport over dit onderwerp opgesteld: *Preventing and Reacting to Discrimination through Sanctions and Remedies*.[105] Daarin wordt onderstreept dat het gewenste afschrikkende effect niet door een enkel type sanctie te bereiken valt, maar eerder zal ontstaan uit een combinatie van sanctiemogelijkheden. In dat verband wordt dan wel gesignaleerd dat, voor zover er in EU-lidstaten verschillende sancties vanwege discriminatie mogelijk zijn, hiervoor vaak afzonderlijke juridische procedures moeten worden gevoerd.[106] Het beroep dat gedaan wordt op het uithoudingsvermogen van de klagers is dan dus ook extra groot. Het rapport concludeert dat '*[l]egislation should alleviate as much as possible the burden on the victim to approach more than one authority in order to achieve a set of sanctions that can be considered effective, proportional, and dissuasive*' en beveelt aan dat '*tribunal type equality bodies*', zoals het College, de bevoegdheid zouden moeten krijgen om bindende beslissingen te nemen en om sancties op te leggen.[107]

Een ander punt dat in dit rapport onderstreept wordt, is de behoefte aan '*forward looking sanctions*'.[108] Daarmee wordt dan enerzijds gedoeld op de bevoegdheid om specifieke positieve verplichtingen op te leggen aan een overtreder van het discriminatieverbod, zoals onder meer de Britse *Equality Tribunals* die hebben (zie paragraaf 8.2).[109] Aan het opleggen van dit soort positieve verplichtingen kan dan een rapportageplicht worden gekoppeld die de betrokken werkgever of dienstverlener dwingt om periodiek verslag te doen aan de toezichthouder van de voortgang in de uitvoering van de opgelegde positieve verplichting. Anderzijds worden ook maatregelen die grotere dwang opleveren om toekomstige herhaling van de discriminatie uit te bannen tot deze '*forward looking sanctions*' gerekend.[110] Daarbij wordt dan gedacht aan een verbod op het uitoefenen van bepaalde activiteiten of het niet langer in aanmerking komen voor overheidssubsidies of -contracten.

In Europees verband is ook al verschillende keren gepleit voor het opzetten van nationale mechanismen waarin data worden verzameld over het niveau van sancties en schadevergoedingen in discriminatiezaken. Systematische en uitgesplitste gegevensverzameling van de soorten en niveaus van de sancties en schadevergoedingen die in discriminatiezaken worden opgelegd, zou het mogelijk maken de rechtsbescherming tegen discriminatie te evalueren in het licht van de beginselen van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikking. Ook zouden deze gegevens kunnen worden gebruikt voor bewustmaking van rechthebbenden, overheidsfunctionarissen en rechters.

8.2 Buitenlandse modellen voor toekenning van (immateriële) schadevergoeding in discriminatiezaken

In het Europese debat wordt frequent verwezen naar landen die gestandaardiseerde schadevergoedingsbedragen toepassen in discriminatiezaken.

105. Tudisco & Lantscher 2022 (*supra* noot 9).

106. Idem., p. 29.

107. Idem., p. 68-69.

108. Idem., p. 29.

109. Idem., p. 67.

110. ECRI, *General Policy Recommendation No.* 7 (revised) on national legislation to combat racism and racial discrimination, 7 December 2017, par. 34.

België

In het Belgische arbeidsrecht is in 2007 een systeem ingevoerd dat voorziet in toekenning van een forfaitaire schadevergoeding in het geval van discriminatie.[111] Invoering van deze forfaitaire schadevergoedingen diende enerzijds om te voorkomen dat via een strafrechtelijke route schadevergoedingsclaims zouden worden ingediend en anderzijds om via deze gestandaardiseerde schadevergoeding tot een groter afschrikkingseffect te komen. Tot dan toe waren de Belgische rechters veelal slechts bereid tot het toekennen van symbolische schadevergoedingen voor 'morele schade' als gevolg van discriminatie.

Verschillende Europese landen kennen gestandaardiseerde vergoedingen voor immateriële schade door discriminatie.

Het gaat om forfaitaire bedragen van € 1.950,- en € 3.900,-. Het eerste bedrag wordt toegepast indien de verwerende partij heeft kunnen aantonen dat de nadelige behandeling ook zou hebben plaatsgevonden in afwezigheid van discriminatie, het tweede indien de verwerende partij dat niet heeft kunnen aantonen. Hoewel de invoering van deze forfaitaire schadevergoedingen op constitutionele en grondrechtelijke gronden is aangevochten, heeft het Grondwettelijk hof uiteindelijk geoordeeld dat de invoering van deze gestandaardiseerde bedragen gerechtvaardigd kon worden geacht vanwege de 'bijzondere bewijsproblemen die de slachtoffers van discriminatie ondervinden, niet alleen wat het vaststellen van de discriminatie zelf betreft maar ook ten aanzien van de schade, alsook in de bijzondere problemen om een vastgestelde discriminatie te doen ophouden'.[112]

In de Belgische rechtspraak wordt deze forfaitaire schadevergoeding soms nog gecombineerd met het recht op een schadevergoeding dat op grond van een andere juridische titel bestaat, zoals de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag of de beschermingsvergoeding voor ontslag vanwege zwangerschap.[113]

Groot-Brittannië

Ook in het Britse arbeidsrecht is een vorm van standaardisering van de punitieve schadevergoedingen wegens discriminatie tot ontwikkeling gekomen. In de zaak *Vento v. Chief Constable of West Yorkshire Police*[114] uit 2002 overwoog het Court of Appeal van Engeland en Wales dat bij de berekening van schade voor krenking van gevoelens (immateriële schade vanwege discriminatie op de werkvloer) drie categorieën met bijpassende schadevergoedingsbedragen konden worden onderscheiden: incidentele discriminatie in een geïsoleerd geval (maximaal £ 6.000,-); langdurige of systematische discriminatie (tussen £ 18.000,- en £ 30.000,-); tussenliggende situaties (tussen £ 6.000,- en £ 18.000,-). In de meest

111. Zie voor uitleg hierover: Unia, *Analyse van rechtspraak over de schadevergoeding voor discriminatie in de arbeidsbetrekkingen, en de cumul ervan met andere schadevergoedingen (oktober 2024)*, op https://www.unia.be/nl/analyse-van-rechtspraak/schadevergoeding-discriminatie-werk-2024 (laatst geraadpleegd op 17 juli 2025).

112. Grondwettelijk Hof 12 februari 2009, arrest nr. 17/2009, r.o. B.33.4.

113. Zie Unia 2024 (*supra* noot 111).

114. England and Wales Court of Appeal 21 December 2002, EWCA Civ 1871.

ernstige discriminatiezaken zou er volgens het Hof ruimte moeten zijn voor het toekennen van meer dan £ 30.000,- punitieve schadevergoeding. In de loop der jaren hebben de in *Vento* genoemde bedragen een inflatiecorrectie ondergaan, maar aan de categorieën als zodanig is niets veranderd.[115]

Een ander onderdeel van de Britse arbeidsrechtelijke praktijk dat aandacht verdient is het volgende. In Engeland, Schotland en Wales worden klachten over discriminatie op het terrein van de arbeid behandeld door de *Employment Tribunals*.[116] Deze *Employment Tribunals* kunnen een werkgever verplichten tot een '*remedy*' indien sprake is geweest van discriminatie van een werknemer. Daartoe behoort ook het toekennen van materiële en immateriële schadevergoeding. Daarnaast kan een *Employment Tribunal* ook een 'dwingende aanbeveling' doen aan de werkgever waarin deze wordt verplicht een specifieke actie te ondernemen, binnen een bepaalde termijn, om de negatieve effecten op de werkvloer van de aangetoonde discriminatie weg te nemen of te verminderen. Dergelijke aanbevelingen worden vooral van belang geacht indien de klagende werknemer al weg is bij de betreffende werkgever (waardoor een individuele aanbeveling geen zin meer heeft).[117] Als een werkgever geen uitvoering geeft aan een dergelijke aanbeveling, kan een *Employment Tribunal* als ultiem dwangmiddel deze werkgever verplichten tot het betalen van een schadevergoeding of de reeds opgelegde schadevergoeding verhogen.

Spanje

In 2022 is in Spanje een nieuwe gelijkebehandelingswet ingevoerd die wat betreft rechtsherstel ervan uitgaat dat bij bewezen discriminatie altijd sprake is van immateriële schade vanwege de verontrusting bij het betrokken slachtoffer en de aantasting van de maatschappelijke orde die discriminatie oplevert. Vergelijkbaar met de bovengenoemde '*Vento*-categorieën' definieert de Spaanse wet enkele bandbreedtes van boetebedragen die kunnen worden opgelegd aan overtreders van de wet. Voor de meest ernstige overtredingen ligt het boetebedrag tussen de € 40.001,- en € 500.000,-. De punitieve sanctie heeft in het Spaanse stelsel dus niet het karakter van een punitieve schadevergoeding, maar van een bestuurlijke boete die wordt opgelegd door een administratieve autoriteit. De Spaanse onafhankelijke gelijkebehandelingsautoriteit kan als belanghebbende optreden in de procedure waarin deze administratieve autoriteit tot haar besluit over het opleggen van zo'n bestuurlijke boete komt.[118]

8.3 Een roep om toezichthouders met zware onderzoeks- en sanctiebevoegdheden

Vanuit de wens om te komen tot een sanctieregime dat meer gericht is op preventie is er in het Europese debat een luide roep om de nationale gelijkebehandelingsorganen om te vormen tot bestuurlijke toezichthouders zoals die ook bekend zijn in het Europese dataprotectierecht en consumentenbeschermingsrecht. Dit zou de controle op de naleving van het gelijkebehandelingsrecht minder afhankelijk maken van het indienen van individuele klachten door slachtoffers. De toezichthouder zou dan ook onderzoeks-, handhavings- en sanctiebevoegdheden moeten krijgen die

115. Zie hierover: Emily Jennett-Pupil, Assessing Quantum in Discrimination Cases: An Analysis of the Vento bands, weblog van 11 maart 2025, https://becket-chambers.co.uk/articles/assessing-quantum-in-discrimination-cases-an-analysis-of-the-vento-bands/.

116. De hieronder vermelde informatie is ontleend aan: Equality and Human Rights Commission, *Discrimination cases at the Employment Tribunal*, Manchester 19 February 2019, te raadplegen via: https://www.equalityhumanrights.com/guidance/dealing-discrimination-employer/discrimination-cases-employment-tribunal.

117. Voorbeelden van dit soort aanbevelingen zijn: het invoeren van een gelijkekansenbeleid, het effectiever handhaven van de normen tegen (seksuele) intimidatie op de werkvloer, het inrichten van een klachtencommissie die klachten over ongelijke behandeling of intimidatie onderzoekt, het opnieuw opleiden van personeel, het publiceren van de criteria aan de hand waarvan bepaald wordt of een medewerker in aanmerking komt voor promotie.

118. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Te raadplegen via: https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15/con.

vergelijkbaar zijn met die uit beide genoemde rechtsterreinen. Wat sancties betreft hebben we het dan over bestuurlijke boetes en andere punitieve sancties, waaronder het gedwongen stilleggen van een onderdeel van een bedrijf. Om het juiste afschrikkende effect te bereiken zouden bestuurlijke boetes of punitieve schadevergoedingen gerelateerd moeten worden aan de omzet van de onderneming die de gelijkebehandelingswetgeving heeft geschonden. Ook wordt wel gedacht aan het opleggen van een dwangsom in geval een organisatie die de gelijkebehandelingswetgeving heeft overtreden haar beleid of praktijk niet aanpast teneinde te voorkomen dat de discriminatie opnieuw plaatsvindt.[119]

In Europa klinkt een roep om gelijkebehandelingsorganen om te vormen tot toezichthouders met zware sanctiebevoegdheden.

9. De Europese opvattingen vertaald naar de Nederlandse context

In deze paragraaf worden de Europese opvattingen toegepast op de Nederlandse context. Daarbij wordt besproken welke stappen al mogelijk zijn, welke aanpassingen wenselijk zijn en hoe de balans kan worden bewaard tussen effectiviteit en laagdrempeligheid.

9.1 Er kan al het nodige

Als we de verschillende onderdelen van de aanbevelingen uit het Europese debat over sancties in het gelijkebehandelingsrecht langslopen, dan moet als eerste worden opgemerkt dat een heel aantal van de punten die in dat debat naar voren zijn gekomen nu reeds mogelijk zijn of praktijk zijn in Nederland:

- Het College beschikt reeds over onderzoeksbevoegdheden om een rol als toezichthouder te kunnen uitoefenen;[120]
- Alle oordelen van het College worden gepubliceerd[121] op de website van het College en daarbij wordt de naam van de verwerende partij bekendgemaakt, in die zin is dus al sprake van een praktijk van *naming and blaming* met een zeker punitief effect (voor rechterlijke uitspraken ligt dit anders, want die worden (nog) niet allemaal gepubliceerd op rechtspraak.nl);
- Het College kan aan een oordeel aanbevelingen toevoegen,[122] die concrete aanwijzingen kunnen bevatten voor de verwerende partij over te zetten stappen om herhaling van de discriminatie te voorkomen.

119. Tudisco & Lantscher 2022 (*supra* noot 9), Chapter 4.

120. Deze zijn geregeld in art. 6 WCRM.

121. Dit is geregeld in art. 8 lid 1 WCRM.

Verschillende onderdelen van de Europese aanbevelingen zijn in Nederland al mogelijk.

Met betrekking tot dat laatste kan worden opgemerkt dat deze aanbevelingen inhoudelijk heel goed kunnen lijken op de positieve verplichtingen van de Britse *Employment Tribunals*. Zij hebben echter niet hetzelfde dwingende karakter. De in paragraaf 8.2 besproken uitspraakbevoegdheden van de Britse *Employment Tribunals* laten zien dat een eventuele (verhoging van de) schadevergoedingsverplichting kan fungeren als dwangmiddel om die positieve verplichtingen na te komen. Nu ontbeert het College de bevoegdheid om een schadevergoedingsverplichting op te leggen (en zoals verderop zal blijken bepleiten wij die ook niet), maar denkbaar is dat op andere manieren meer druk wordt gezet op de naleving van aanbevelingen. In de volgende paragraaf gaan wij daar op in.

9.2 Follow-up na een Collegeoordeel

In hoofdstuk 2 van deze bijdrage stonden wij al stil bij de follow-up procedure na een Collegeoordeel. Hoewel het percentage positieve follow-up na een oordeel waarin tot verboden onderscheid is geconcludeerd goed is, onderstreepten wij dat die follow-up procedure geheel op vrijwillige basis plaatsvindt. Als een eerste stap in de richting van de in Europees verband voorgestane grotere afschrikkendheid van sancties in discriminatiezaken achten wij een verdere versterking van de controle op de opvolging van Collegeoordelen wenselijk. De in 2024 aangenomen Europese richtlijnen met *Standards for Equality Bodies* ondersteunen dit.[123]

Deze nieuwe richtlijnen met minimumstandaarden voor gelijkebehandelingsinstanties[124] bepalen dat niet-bindende adviezen passend moeten worden opgevolgd, bijvoorbeeld door verweerders feedbackverplichtingen op te leggen.[125] Een voor de hand liggende versterking zou dan ook zijn om het rapporteren over de genomen maatregelen na een oordeel van het College verplicht te maken. Een interessant voorbeeld is zichtbaar bij onze zuiderburen: de Geschillenkamer van het in 2023 opgerichte Vlaams Mensenrechteninstituut publiceert de opvolging van de oordelen standaard op de website, als bijlage bij de oordelen.[126] Daardoor wordt voor de buitenwereld inzichtelijk of, en zo ja welke, maatregelen verweerders nemen naar aanleiding van een oordeel, en wordt de *naming and blaming* van de oordelen uitgebreid naar de opvolging daarvan. Het Vlaams Mensenrechteninstituut combineert dit met duidelijke structurele en individuele aanbevelingen in elk oordeel, zodat voor verweerders helder is wat zij moeten ondernemen om het oordeel na te leven.

122. Zie art. 11 lid 2 WCRM.

123. Richtlijn (EU) 2024/1499 en Richtlijn (EU) 2024/1500 van de Raad van 7 mei 2024.

124. Zie punt 2 van de Richtlijnen.

125. Artikel 9, tweede lid, van Richtlijn 2024/1499 en Richtlijn 2024/1500.

126. Zie de website van het instituut via https://www.vlaamsmensenrechteninstituut.be/geschillenkamer/oordelen.

Een wat verdergaande stap, wat meer in de richting van de praktijk van de Britse *Employment Tribunals*, zou eruit kunnen bestaan dat het College in geval van het niet-naleven van aanbevelingen gebruik maakt van zijn bevoegdheid om de discriminatiekwestie waarover het heeft geoordeeld voor te leggen aan de burgerlijke rechter.[127] Ook dat kan extra druk opleveren om aanbevelingen op te volgen.

9.3 Forfaitaire vergoedingen voor immateriële schade en data-verzameling over de hoogte van schadevergoedingstoekenningen

De Belgische en Britse praktijk van gestandaardiseerde bedragen voor punitieve schadevergoeding en de recente Spaanse wet die voorziet in categorieën van bestuurlijke boetes voor discriminatie worden in het samenwerkingsverband van de gelijkebehandelingsorganen van de EU-lidstaten doorgaans als een *best practice* aangemerkt. Gezien de in hoofdstuk 7 beschreven praktijk van schadevergoedingstoekenning door de Nederlandse rechter zou invoering van een systeem van forfaitaire bedragen als vergoeding voor immateriële schade voortvloeiend uit discriminatie het overwegen waard zijn. Dit zou in ieder geval meer lijn brengen in de nu nog zeer divergerende rechtspraak.

Bij gebrek aan forfaitaire bedragen en gegeven de divergentie in de rechtspraak ondersteunen wij de in paragraaf 8.3 genoemde Europese roep om uitvoeriger dataverzameling over (de hoogte van) opgelegde sancties in discriminatiezaken. In hoofdstuk 7 kwam al aan de orde dat dergelijke gegevens in Nederland niet op een structurele manier worden bijgehouden en geanalyseerd. Voor zover dit laatste incidenteel gebeurt, is het in publicaties van wetenschappers. Onzes inziens zou het College voor de Rechten van de Mens het voortouw kunnen nemen, waar nodig in samenwerking met wetenschappelijke instituten, om een dergelijke registratie vorm te geven en periodiek hierover te rapporteren om zo relevante actoren bewust te maken van de ontwikkelingen op dit vlak in de Nederlandse rechtspraak (of van het eventuele gebrek daaraan). Daarmee kan ook een initiatief om te komen tot een keuze voor forfaitaire bedragen verder worden ondersteund.

Overweeg een systeem van forfaitaire vergoedingen voor immateriële schade in discriminatiezaken.

9.4 Het gevaar van juridisering

Als tegenwicht tegen de Europese tendens in het denken over sancties in gelijkebehandelingszaken, vinden wij het belangrijk om te onderstrepen dat een eventuele ontwikkeling in Nederland in deze richting niet ten koste zou mogen gaan van de laagdrempelige rechtsgang die nu geboden wordt in de oordelenprocedure bij het College. Bij gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de AWGB concludeerde Loenen dat deze wet en de

127. Dat is overigens wel een dure optie voor het College, want dan moet het een advocaat inhuren om het College in die procedure te vertegenwoordigen.

oordelenprocedure bij de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en later het College een flexibel handvat heeft geboden om de reikwijdte van de gelijkebehandelingsnormen en de werking daarvan tussen burgers onderling nader in te vullen. Zij voegde daaraan toe dat het ontbreken van bindende kracht van de oordelen daarbij eerder een kracht dan een zwakte van het systeem is gebleken.[128]

Het belang van de oordelenprocedure bij het College is er met name in gelegen dat door het oordelen over concrete gevallen zaken aan het licht en onder de aandacht komen die anders nooit zichtbaar gemaakt zouden zijn. Een bestuurlijke toezichthouder zal om reden van efficiëntie zijn aandacht niet richten op een 'klein' op zichzelf staand discriminatie-incident dat heeft plaatsgevonden in de dienstverlening door een eenmanszaak. Maar juist dat soort 'kleine' incidenten zijn bepalend voor de gevoelens van discriminatie bij de betrokken individuen en bevolkingsgroepen. De oordelenprocedure bij het College is onmisbaar om minder dominante groepen en individuen die geen connecties hebben met een ondersteunende niet-gouvernementele organisatie (ngo) of belangenorganisatie ook toegang te geven tot het recht. En de relatief grote aantallen oordelen (in de laatste vijf jaar zo rond de 150 oordelen per jaar) over een diversiteit aan 'kleine' en 'grotere' kwesties vormen nu juist de basis voor de verdere rechtsontwikkeling.[129]

De Collegeoordelen geven ook de rechter meer inzicht in de achterliggende problematiek, zodat deze beter in staat is een afweging te maken tussen de verschillende belangen in zaken waarbij het discriminatieverbod in het geding is. En dat was ook de gedachte van de wetgever bij de totstandkoming van de AWGB: de CGB zou het gelijkheidsbeginsel conceptualiseren en met dat concept zou de rechter geëquipeerd moeten zijn om waar nodig een integrale toetsing tot stand te brengen.

Bovendien moet niet vergeten worden dat discriminatie bestrijden meer vergt dan het stellen van een norm en het opleggen van sancties als die norm overtreden wordt, hoe belangrijk dit ook is. Juist door de sterk persoonlijke ervaringen van discriminatie, is het belangrijk om ruimte te geven aan individuele verhalen. Hoewel er systemische discriminatie in onze samenleving bestaat,[130] wat veroorzaakt wordt door gezamenlijke stereotypen en geschiedenissen, is iedere kwestie anders. Slachtoffers hebben telkens een eigen perspectief op wat hen overkomen is. Het horen van die individuele perspectieven is mogelijk via individuele en laagdrempelige procedures, zoals ADV's en het College die kunnen bieden. Daarbij is het ook belangrijk om niet puur door de juridische lens naar situaties te kijken, maar juist ook een meer ethisch en maatschappelijk perspectief te hanteren. Slachtoffer en dader moeten immers verder in de samenleving, en vaak ook met elkaar. Een relatief informele procedure kan daar rekening mee houden. Hoewel het slechts anekdotisch bewijs is, is onze ervaring dat menig partij gefrustreerd de zittingszaal van het College binnenkomt. Vaak verlaten zij de zaal milder en met meer begrip voor elkaars standpunt. Omdat discriminatie zo vaak gelegen is in onbewuste

128. M.L.P. Loenen, '25 jaar AWGB: juridische en sociale werking in soorten en maten', *NTM/NJCM-Bull.* 2020/19, p. 235-237.

129. Loenen 2020, p. 237.

130. Zie voor een verzameling van de literatuur bijvoorbeeld: H. Felten e.a., *Institutioneel racisme in Nederland – Literatuuronderzoek naar de aanwijzingen voor institutioneel racisme op de domeinen arbeidsmarkt, woningmarkt, onderwijs en politie*, Utrecht: Movisie maart 2021.

vooroordelen en sociale normen, is het belangrijk dat mensen vanuit een ander perspectief naar het eigen handelen kijken. Die uitwisseling van perspectieven, en een onafhankelijke overheidsinstantie die werkelijk naar de pijnlijke ervaringen van mensen luistert, is in onze opvatting net zo belangrijk bij het bestrijden van discriminatie als een passende sanctie.

Pas op voor juridisering van de oordelenprocedure bij het College voor de Rechten van de Mens.

9.5 Schadevergoedings- of sanctiebevoegdheden voor het College?

Vanuit het perspectief van de bestrijding van algoritmische en andere vormen van systemische discriminatie onderschrijven wij de behoefte aan preventief toezicht ter voorkoming van discriminatie. Een bestuurlijk toezichthouder met handhavings- en sanctiebevoegdheden vormt daarbij het sluitstuk (zie al onze aanbeveling in paragraaf 5.2). Voor zover die toezichthouder ook allerlei zware punitieve sancties als bestuurlijke boetes of punitieve schadevergoedingen zou moeten kunnen opleggen merken wij echter op dat zo'n rol zich niet of nauwelijks laat combineren met de rol van het College als oordelende instantie over discriminatieklachten.

Allereerst omdat het heel verschillende rollen zijn. Het geven van een onafhankelijk en onpartijdig oordeel over een geschil tussen partijen is iets fundamenteel anders dan het verrichten van handhavingsonderzoeken en (vooral) het opleggen van sancties vanwege regelovertreding. Het vergt een andere deskundigheid, andere vaardigheden en een andere organisatiestructuur.

Daar komt bij dat de beslissing tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie een belastend besluit is. Tegen belastende besluiten moet beroep openstaan op de bestuursrechter. Een oordeel van het College is nu nog een besluit waartegen op grond van de Awb geen beroep openstaat.[131] Een constructie waarin het oordeel van het College bindend zou zijn en eventueel zelfs zou kunnen uitmonden in het opleggen van een (punitieve) sanctie zou dus betekenen dat de procedure met het oordeel van het College niet afgelopen kan zijn.[132] De vraag die daarbij rijst is of het vanuit het perspectief van een laagdrempelige procedure wenselijk is dat de burger die bij het College een verzoek om een oordeel doet, de kans loopt om als het ware meegezogen te worden in een procedure bij de bestuursrechter omdat de verwerende partij het oordeel van het College aanvecht vanwege de sanctie die onderdeel is van het oordeel? Een tweede vraag die daarbij rijst is wat de praktische gevolgen zullen zijn voor de zittingen bij het College. Indien de verwerende partij het risico loopt dat het oordeel van het College uitmondt in een sanctie met financiële gevolgen of in een te betalen schadevergoeding, dan zal dat allicht iets betekenen voor de houding en opstelling ter zitting. Een te verwachten

131. Dit vloeit voort uit art. 8:5 lid 1 Awb, in samenhang met art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak.

132. Deze consequentie zou zich overigens ook reeds voordoen als de oordelen van het College juridisch bindend gemaakt zouden worden.

effect is dat de verwerende partij vaker een advocaat zal inschakelen en dat de discussie in de zittingszaal wordt 'gejuridiseerd'. Dat gaat ten koste van de individuele verzoeker die het meestal zonder professionele rechtsbijstand moet stellen.

Schadevergoedings- of sanctie-bevoegdheden voor het College voor de Rechten van de Mens zijn moeilijk te combineren met het oordelenproces.

Een grondrechtelijke complicatie die optreedt als een oordeel van het College ook het opleggen van een punitieve sanctie zou kunnen inhouden is dat uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) eisen voortvloeien voor het bewijs dat aan zo'n sanctie ten grondslag wordt gelegd. Die eisen aan de bewijsvoering staan hoogstwaarschijnlijk in de weg aan het hanteren van de constructie van gedeelde bewijslast zoals die nu in de gelijkebehandelingswetgeving is neergelegd. Die constructie houdt immers in dat de discriminerende gedragingen niet bewezen hoeven te worden, maar dat slechts feiten hoeven te worden aangedragen die het vermoeden van discriminatie vestigen, waarna het aan de verweerder is om die feiten te weerleggen en te bewijzen dat niet is gediscrimineerd. Aangezien het opleggen van een punitieve bestuurlijke sanctie wordt beschouwd als een vorm van strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM, zal ook rekening gehouden moeten worden met de onschuldpresumptie. Een situatie waarin een verwerende partij moet bewijzen dat zij niet heeft gediscrimineerd komt daarmee in strijd.

Het vormgeven van een toezichthouder op het terrein van de discriminatiebestrijding is dus eigenlijk alleen goed denkbaar als die toezichthoudende rol en de daarbij behorende (sanctie)bevoegdheden geheel los staan van het oordelenproces.[133] Het zijn twee wegen die elk hun waarde hebben in de bestrijding van discriminatie, maar die elkaar niet moeten doorkruisen.

Hoewel wij oog hebben voor de in het Europese debat gesignaleerde belemmering die uitgaat van het feit dat het verkrijgen van een schadevergoeding na een Collegeoordeel een afzonderlijke procedure bij de rechter vergt, zijn wij er vooralsnog geen voorstander van om het College zelf bevoegd te maken dit soort schadevergoedingen toe te kennen. De in deze en de vorige paragraaf genoemde argumenten en waarschuwingen gelden ook voor deze situatie en de voordelen wegen naar ons oordeel niet op tegen de nadelen.

133. Zie in dit verband Loenen 2020, p. 237.

9.6 Bestuurlijke (punitieve) sancties in het gelijkebehandelingsrecht?

In het Europese debat wordt met gretigheid gekeken naar de zware sanctiemogelijkheden die bestaan in het dataprotectierecht. Daarbij wordt onder meer gefilosofeerd over de mogelijkheid om een onderneming (deels) stil te leggen als die (herhaaldelijk) in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld. Wij bepleiten terughoudendheid op dit punt.

De vraag is of zich buiten de sfeer van discriminerende dataverwerking, die al bestreken wordt door het dataprotectierecht, snel situaties voor zullen doen waarin de discriminatie zo ernstig en grootschalig is dat een dergelijke sanctie gepast zou kunnen zijn. Wellicht dat beleid van een werkgever dat resulteert in structurele ongelijke beloning van vrouwen een voorbeeld zou kunnen vormen. Bij het bepalen van de proportionaliteit van een discriminatiesanctie moet echter ook gekeken worden naar de effecten van die sanctie voor derde-betrokkenen, denk aan de personeelsleden van een onderneming of organisatie die zich schuldig heeft gemaakt aan discriminatie. Hoe proportioneel is het dat hun inkomenspositie wellicht geraakt zou worden door het (deels) stilleggen van een bedrijf of organisatie?

De gelijkebehandelingsorganen van de EU-lidstaten ervaren de behoefte aan zwaardere bestuurlijke sancties of hogere schadevergoedingstoekenningen met name in relatie tot discriminerend overheidshandelen, denk aan situaties waarin bestuursorganen discriminerende risicoselecties hebben gemaakt bij de uitoefening van hun spontane bevoegdheid tot controle op normovertreding. In zo'n soort situatie kan een schadevergoeding of bestuurlijke (punitieve) sanctie inderdaad gepast zijn.

Wees terughoudend met het incorporeren van bestuurlijke (punitieve) sancties in het gelijkebehandelingsrecht.

De praktische vormgeving en uitvoering daarvan in onze nationale rechtsorde levert echter wel wat hoofdbrekens op. Van een relatief eenvoudige situatie is sprake wanneer een bestuursorgaan een overtreding heeft geconstateerd dankzij een onrechtmatige selectie voor controle. Volgens vaste jurisprudentie is een handhavingsbesluit vernietigbaar voor zover de feitelijke constateringen die aan het besluit ten grondslag lagen voortkomen uit een discriminatoire controle.[134] In aanvulling op zo'n vernietiging is dan denkbaar dat, door de bestuursrechter, een punitieve schadevergoeding wordt toegekend ter vergoeding van de immateriële schade. In paragraaf 9.3 pleitten wij reeds voor een systeem, naar Belgisch en Brits voorbeeld, met gestandaardiseerde schadevergoedingsbedragen.

134. Zie bijv. CRvB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:4329.

Minder eenvoudig is het antwoord op de vraag welke sanctie gepast is of op welke remedie burgers recht hebben als zij onderworpen zijn aan een controle die niet heeft geresulteerd in een besluit waarin een overtreding is geconstateerd. Er valt dan dus geen handhavingsbesluit te vernietigen en van direct nadeel bij de betrokken burger is dan ook geen sprake. Op zich zou in dit soort gevallen ook gedacht kunnen worden aan een forfaitaire punitieve schadevergoeding voor de belasting die de controle opleverde. Dat roept echter de vraag op of dat dan betekent dat er niets hoeft te gebeuren wanneer de burger zelf niets heeft gemerkt van de nadere administratieve controles waaraan zij of hij onderworpen was.

Het punt dat hier speelt is dat de essentie van het probleem van discriminerende controles niet is dat de controle onrechtmatig is richting de betrokken burger, maar dat een bevolkingsgroep die overmatig wordt gecontroleerd als geheel benadeeld wordt. Een relatief te hoog aantal geconstateerde overtredingen onder een specifieke bevolkingsgroep straalt negatief af op diezelfde groep als geheel. Het financieel compenseren van ieder lid van de overgecontroleerde bevolkingsgroep, zal in veel gevallen echter lastig uitvoerbaar zijn.

In een dergelijk geval zal het accent bij de toepassing van de sanctie dus niet zozeer moeten liggen op de genoegdoening van de slachtoffers, maar op bestraffing van de overtreder. Dan lijkt het instrument van de bestuurlijke boete of dwangsom gepaster. Daarbij merken wij dan echter op dat een boete voor de uitvoeringsinstantie die uiteindelijk uit overheidsmiddelen[135] zal moeten worden opgebracht en betaald moet worden aan een andere overheidsinstantie, namelijk de toezichthouder, bij de betreffende bevolkingsgroepen vermoedelijk al snel aanleiding zal geven tot enig cynisme. In de al eerder aangehaalde Spaanse gelijkebehandelingswet uit 2022 is getracht dit te ondervangen door te bepalen dat de geïnde bestuurlijke boetes moeten worden geïnvesteerd in activiteiten ter bevordering van gelijkheid en non-discriminatie, vergroting van bewustzijn over discriminatie en bestrijding van intolerantie. Dat is een sympathieke constructie. Wij sluiten echter niet uit dat die in de praktijk op de nodige uitvoerbaarheidsproblemen zal stuiten.[136]

135. Zie bijv. de boete die de AP oplegde aan de Belastingdienst: www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/actueel/boete-belastingdienst-voor-zwarte-lijst-fsv.

136. Er is op het moment van schrijven nog niets bekend over de Spaanse uitvoeringspraktijk.

Jan-Peter Loof is raadsheer (in opleiding) bij de Centrale Raad van Beroep. Tot oktober 2023 was hij ondervoorzitter van het College voor de Rechten van de Mens en tot juni 2024 docent en -onderzoeker bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Hannah Jans is stafjurist bij de afdeling Oordelen van het College voor de Rechten van de Mens.

Guido Terpstra is senior-beleidsadviseur bij de afdeling Onderzoek en Advies van het College voor de Rechten van de Mens.

NUR 823

ISBN: 978-9-08361-245-4

9 789083 612454

De Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme is een éénmalig adviescollege dat voor vier jaar, op verzoek van de Tweede Kamer, is ingesteld op 1 mei 2022. De staatscommissie doet wetenschappelijk onderzoek naar de aard, omvang, oorzaken en aanpak van discriminatie en racisme in de Nederlandse samenleving.

Samenstelling staatscommissie
Dr. J.J. (Joyce) Sylvester (voorzitter)
Prof. dr. M. (Mirko) Noordegraaf (vicevoorzitter)
Prof. dr. S. (Sennay) Ghebreab
Prof. dr. H (Halleh) Ghorashi
Prof. dr. P.L.H. (Peer) Scheepers
Drs. E.F. (Errol) Stoové
Prof. dr. L. (Linnet) Taylor
Dr. mr. A. (Alexandra) Timmer

Dr. M.E. (Mirjan) Bouwman (secretaris)

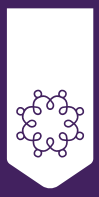
Aan dit rapport is meegewerkt door:
Dr. mr. E. H. (Esther) Janssen (wetenschappelijk medewerker)
Mr. R. G. H. (Rosie) van Timmeren (projectmedewerker)
Dr. S. (Sarah-Jane) Koulen (wetenschappelijk medewerker)
Office manager: Drs. M.Y.M. (Young-Min) Bouman
Communicatieadviseur: R.A.J. (Renée) Schut-Verkuijlen

Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme
Rijnstraat 50
2515 XP Den Haag
info@staatscommissietegendiscriminatieenracisme.nl

Publicatie 2025-07
© Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme
Den Haag, 2025

De inhoud van deze publicatie mag (gedeeltelijk) worden gebruikt en overgenomen voor niet-commerciële doeleinden. De inhoud mag daarbij niet veranderen. Citaten moeten altijd aangegeven zijn, bij voorkeur als: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme (2025), Titel rapport, publicatienummer, Den Haag: Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme.
U kunt deze publicatie ook downloaden via onze website
www.staatscommissietegendiscriminatieenracisme.nl

Deze publicatie is gemaakt door:
Grafisch ontwerp: Studio Duel
Drukwerk: Opmeer Drukkerij
Deze publicatie is CO_2-neutraal ontworpen en gedrukt en met bio-inkt gemaakt.



Staatscommissie
tegen Discriminatie
en Racisme

Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme
Rijnstraat 50
2515 XP Den Haag
info@staatscommissietegendiscriminatieenracisme.nl