

Positieve
discriminatie

Preadviezen van

prof. mr. B.P. Slood

mr. J.E. Goldschmidt

mr. W.J.P.M. Fase

ISBN 90 271 3010 8

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Sloot, B.P.

Positieve discriminatie/preadocties van B.P. Sloot, J.E. Goldschmidt, W.J.P.M. Fase. — Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink. — (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging; 1989, jrg. 119, dl. 1)

ISBN 90-271-3010-8

SISO 315 UDC 342.722/.724:331.5 NUGI 691

Trefw.: positieve discriminatie.

ALGEMENE INHOUD

Preadviczen over het onderwerp: *Positieve discriminatie*

VOORWOORD, V

PREADVIES PROF. MR. B.P. SLOOT

Over positieve actie en positieve discriminatie, 1

PREADVIES MR. J.E. GOLDSCHMIDT

*Staats- en bestuursrechtelijke
aspecten van positieve actie, 57*

PREADVIES MR. W.J.P.M. FASE

Positieve actie en het arbeidsrecht, 119

Het bestuur van de Nederlandse Juristenvereniging deed wederom een goede greep toen, ongeveer twee jaar geleden, positieve discriminatie als onderwerp voor deze Algemene ledenvergadering werd voorgesteld, een onderwerp waarvan de actualiteit in de afgelopen tijd bevestigd is. Het besluit van het Amsterdams gemeentebestuur om uitsluitend vrouwen te laten solliciteren naar de functie van rector van één der stedelijke gymnasia leidde tot veel aandacht voor en evenzovle opvattingen over het onderwerp. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vroeg eind 1987 de Sociaal Economische Raad en de Emancipatieraad om advies over de beleidsnota 'Positieve Actieprogramma's voor vrouwen in arbeidsorganisaties'. Beide adviezen zullen in het voorjaar 1989 verschijnen.

De SER bracht advies uit over werkgelegenheidsbeleid etnische minderheden. En zo zijn er meer ontwikkelingen op internationaal en nationaal niveau te signaleren. Een fundamentele discussie over het onderwerp komt in Nederland echter pas langzaam op gang. Bij gebrek aan diepgaandere kennis over positieve actie en voorkeursbehandeling of positieve discriminatie wordt het debat gedomineerd door weerstanden en achterdocht en is het eerder als een ideologisch dan als zakelijk debat te karakteriseren.

Onder deze omstandigheden hebben de preadviezen een wat globaler en rechtspolitekker karakter dan gebruikelijk is. Niet zozeer het aandragen van concrete oplossingsmogelijkheden als wel het aangeven van lijnen waarlangs de juridische discussie zou kunnen verlopen staat centraal.

De discussie over het onderwerp wordt bemoeilijkt door de veelheid aan termen en begrippen die gehanteerd worden. Positieve discriminatie, voorkeursbehandeling, positieve actie, worden in verschillende betekenissen gebruikt. Wij hebben getracht om onderling overeenstemming te bereiken over de meest wenselijke terminologie, doch hebben moeten constateren dat de keuze voor een bepaalde terminologie mede wordt bepaald door het analytisch kader dat wordt gehanteerd en door de breedte van aanpak van het onderwerp.

In de verschillende preadviezen zal door elk van ons de keuze voor en betekenis die men toekent aan bepaalde termen toegelicht worden.

De veelheid van facetten die een rol spelen bij de effectuering van gelijke behandeling laat slechts zeer algemene normen toe met betrekking tot het onderhavige onderwerp. De wetgevende taak is daarmee bescheiden. Door deze omstandigheid en door het globale richtinggevende karakter van de preadviezen hebben de vraagpunten niet alleen betrekking op de wenselijke rol van de wetgever maar ook op rechter en bestuur en op andere maatschappelijke actoren zoals de sociale partners.

De volgorde van de preadviezen is van algemeen naar meer specifiek. Sloot biedt aan de hand van een rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwing een inleiding op het thema positieve discriminatie zoals dat zich in Nederland heeft ontwikkeld. Goldschmidt behandelt het onderwerp vanuit het rechtsstaatsperspectief en Fase verkent de mogelijkheden die het arbeidsrecht biedt.

I. OVER POSITIEVE ACTIE EN POSITIEVE DISCRIMINATIE

Preadvies prof. mr. B.P. Slood

- I. INLEIDING, 3
1. *Onderwerp en opbouw van het betoog*, 3
 2. *De negentiende-eeuwse discussie*, 4
 3. *'Positieve discriminatie' van katholieken in de vorige eeuw?*, 6
- II. HET REDENEERPATROON TER LEGITIMERING VAN POSITIEVE DISCRIMINATIE, 9
4. *Achterstand en achterstelling*, 9
 5. *Evenredigheid als beginsel*, 12
 6. *Verbreding van de toepassing van het beginsel van evenredigheid*, 13
- III. BEGRIPSVORMING, MODALITEITEN EN TERMINOLOGIE, 14
7. *Het probleem van positieve discriminatie*, 14
 8. *Het verbod op discriminatie als distributief beginsel*, 17
 9. *Discriminatie en de gelijkheid van kansen*, 19
 10. *Het begrip en de modaliteiten van positieve discriminatie*, 21
 11. *Quotering en streefcijfers*, 25
 12. *De kwestie van het Amsterdamse Barlaeus Gymnasium*, 27
 13. *De terminologie: positieve actie en positieve discriminatie*, 30
 14. *Vrouwen en etnische groepen*, 31
- IV. RECHTSVERGELIJKENDE AANTEKENINGEN, 32
15. *Inleidende opmerkingen*, 32
 16. *De Verenigde Staten van Amerika*, 33
 17. *Het Verenigd Koninkrijk*, 44
 18. *De Bondsrepubliek Duitsland*, 45
 19. *Frankrijk*, 49
 20. *Overige lidstaten der Europese Gemeenschap*, 51
- V. BESLUIT, 53
21. *Karakterisering van positieve discriminatie in Nederland*, 53

*Over positieve actie en positieve discriminatie**

I. INLEIDING

1. *Onderwerp en opbouw van het betoog*

Dit preadvies is gewijd aan het vraagstuk van positieve actie en positieve discriminatie ten behoeve van vrouwen en etnische groepen met betrekking tot de verdeling van schaarse goederen, in het bijzonder van betaalde arbeid (1). De centrale vraag in deze beschouwing is welke maatregelen, die onderscheid maken naar sekse en etniciteit, toelaatbaar of geboden zijn om de ondervertegenwoordiging van deze groepen in het beroepsleven weg te nemen. Mijns inziens spitst de huidige controverse zich daar namelijk op toe. Dit betekent een inperking in twee opzichten.

Ten eerste besteed ik geen aandacht aan de achterstelling en achterstand van andere sociale groepen, zoals gehandicapte of oudere werknemers. Ten tweede ligt de nadruk op de voorkeursbehandeling bij werving, promotie en ontslag. De zogenaamde beschermende

* Bij het schrijven van dit preadvies werd de auteur op amicale wijze gestimuleerd door mr. Karin Iest en mr. Frans Kusters. Van hun commentaar alsmede dat van prof. mr. C.A. Groenendijk (KUN) en prof. mr. F.A.M. Stroink (OU) op (een deel van) een eerste versie van dit preadvies heeft hij dankbaar gebruik gemaakt.

(1) De aanduiding 'etnische groepen' is een globale aanduiding van wat wellicht preciezer omschreven zou kunnen worden als 'allochtone etnische en raciale groepen'. Overigens zijn verschillende termen in omloop, die bovendien nog de tendens vertonen na verloop van tijd op grond van een verondersteld malafide karakter in onbruik te raken. Zo was de aanduiding 'zwarten' vóór het begin van de jaren 1960 een beledigende aanduiding voor 'negers'; thans is het omgekeerde het geval.

'Blanke' wordt in sommige kringen als een beladen term beschouwd: de voorkeur wordt daar gegeven aan 'witte'. Vgl. de termen gastarbeider, buitenlander, migrant, (culturele) minderheden; en de lelijke termen 'mede-lander' en 'minoriteiten'. Zie hierover A.J.F. Köbben, 'Etnische minderheden': de lusten en lasten van een term, in *De geconstrueerde samenleving*, J.W. de Beus en J.A.A. van Doorn (red.), Meppel, 1986, pp. 155 - 166.

maatregelen ten behoeve van vrouwen bij nachtarbeid of het ontbreken van een militaire dienstplicht voor vrouwen blijven hier bij voorbeeld buiten beschouwing.

In dit inleidende deel I wordt het thema positieve discriminatie in een historisch perspectief geplaatst. De rechtspolitieke discussie die in de vorige eeuw werd gevoerd over de achterstand en achterstelling van rooms-katholieken in Nederland laat zien dat het onderwerp niet van vandaag of gisteren dateert. In deel II schets ik de belangrijkste elementen van het redeneringspatroon zoals toen en thans met betrekking tot positieve discriminatie te berde worden gebracht. In deel III wordt het begrip 'positieve discriminatie' nader gespecificeerd en ga ik in op de verschillende vormen of modaliteiten van positieve discriminatie. Het zal immers duidelijk zijn dat de rechtvaardiging van positieve discriminatie nauw zal moeten samenhangen met de modaliteit waarin deze verschijnt. Een 'zware' modaliteit, bijvoorbeeld een verplichte quotumregeling, vereist een dwingender rechtvaardiging dan een 'zwakke' modaliteit, bijvoorbeeld het 'bij gelijke geschiktheid' voorrang mogen geven aan een vrouw. In samenhang daarmee ga ik vervolgens in op de vraag naar de meest bruikbare terminologie. Het daarop volgende deel IV is rechtsvergelijkend van aard. Ik ga na of, en zo ja, in hoeverre de wetgeving van een aantal andere landen positieve discriminatie mogelijk maakt of zelfs gebiedt om de sociale ongelijkheid van vrouwen en etnische groepen te redresseren. In het afsluitende deel V probeer ik de Nederlandse wetgeving vervolgens in dit rechtsvergelijkend perspectief te plaatsen.

Deze beschouwing heeft vanzelfsprekend niet de pretentie van volledigheid. Het doel is slechts om in hoofdlijnen enkele thema's van de problematiek rondom positieve actie en positieve discriminatie te beschrijven.

2. De negentiende-eeuwse discussie

Bijna honderd jaar geleden op 11 december 1889, vroeg het liberale kammerlid Gleichman tijdens de algemene beraadslagingen over de begroting voor het jaar 1890 aandacht voor een kwestie die ook tevoren herhaaldelijk tot heftige debatten had geleid.

'Niet dan met groote aarzeling' bracht hij deze zaak – 'een eenigszins teer punt, waarbij groote kieschheid moet worden betracht' – naar voren: 'Het is mij voorgekomen, niet uit enkele, maar uit ettelijke mededeelingen, dat zich in ons land de meening zou kunnen

gaan vestigen, alsof zij die tot een bepaald kerkgenootschap – en wel tot het Rooms-Katholieke – behooren, bij benoemingen veelal de voorkeur zouden genieten van deze Regeering. (. . .) Let de Regeering bij hare benoemingen uitsluitend op bekwaamheid, op talent, op karakter, en, wanneer het pas geeft, natuurlijk ook op anciënniteit? Is de Regeering met mij van gevoelen, dat bij benoemingen de vraag: tot welk kerkgenootschap men behoort, den doorslag niet mag geven?’ (2)

Nog voordat Mackay, die als Minister van Binnenlandse Zaken verantwoordelijk was voor vele overheidsbenoemingen, kon antwoorden, stelde het katholieke kamerlid Schaepman een tegenvraag die naar mijn mening qua strekking ook heden ten dage nog vaak hout zal snijden als het gaat om (vermeende) voorkeursbehandeling: ‘(I)k zou den heer Gleichman een verzoek willen doen. Zou hij eens aan zijne verschillende correspondenten uit verschillende oorden des lands deze zeer eenvoudige vraag willen stellen, hoe het komt dat hunne aandacht gevallen is op het feit dat in den laatsten tijd bij voorkeur Katholieken werden benoemd? Zou dan het antwoord op die vraag waarschijnlijk niet dit kunnen wezen, dat tot dit oogenblik toe op de Katholieken als benoembare burgers in Nederland geen acht werd geslagen?’ (3)

Uit het antwoord van de regering bij monde van Minister Mackay bleek dat zij van de voorzichtige schrede op het pad naar erkenning van voorkeursbehandeling, dat enkele decennia tevoren leek te zijn ingeslagen, terugkwam. Het criterium, aldus de regering, mocht uitsluitend bekwaamheid zijn. Alleen voor een zeer beperkte categorie functies waarbij het vertrouwen van de cliënten in de betrokken personen van belang is – het voorbeeld van het notariaat werd genoemd – mocht godsdienstige gezindte een rol spelen (4). Om te illustreren ‘dat de Regering steeds met onpartijdigheid is te werk gegaan’ wees de minister op een drietal recente benoemingen bij de rechterlijke macht – een president en een tweetal raadsheren van een hof: ‘Al deze betrekkingen werden vervuld door Katholieken, en de nu benoemden zijn alle drie Protestanten’ (5).

Waar het in deze discussie van 1889 om ging was de claim die door ka-

(2) Handelingen II, 11 december 1889, pp. 464 - 465.

(3) Handelingen II, 11 december 1889, p. 468.

(4) Id. p. 485.

(5) Ib.

tholieken werd gelegd op functies bij de overheid met het argument: omdat wij veertig percent van de bevolking uitmaken, hebben wij recht op veertig percent van de betrekkingen bij de overheid. Tegen deze eis en redengeving is telkens heftig geprotesteerd. Het verzet richtte zich vooral tegen het hanteren van het criterium godsdienst bij benoemingsbeslissingen; dat zou in strijd zijn met artikel 166 van de Grondwet (6). Maar dat het resultaat van faire, niet discriminerende benoemingen, op den duur zou moeten leiden tot een verdeling van functies die evenredig is aan de omvang van de katholieke bevolkingsgroep, werd, zij het impliciet, ook door de tegenstanders erkend.

Dit soort argumenten klinkt ons vertrouwd in de oren. Enerzijds wordt het standpunt verdedigd dat een eerlijke procedure, vrij van discriminerende smetten, sociale rechtvaardigheid impliceert. Anderzijds wordt de positie verdedigd dat de toetssteen voor sociale rechtvaardigheid het resultaat – evenredigheid – dient te zijn. Wanneer een bepaalde sociale groep een duidelijke, aanhoudende maatschappelijke achterstand vertoont ten opzichte van andere groeperingen, zullen woordvoerders van de achterstandsgroep in toenemende mate het accent leggen op het uitblijven van een evenredige uitkomst. De claim op een inhaalmanoeuvre als eis van sociale rechtvaardigheid wordt dan – we zullen dat hieronder zien – snel gehoord.

3. 'Positieve discriminatie' van katholieken in de vorige eeuw?

De eis van de katholieke minderheid van een evenredige verdeling van overheidsfuncties was in 1889 al lang geen novum meer. Reeds in 1819 was deze naar voren gebracht; gedurende de gehele negentiende eeuw kon die roep beluisterd worden (7). In de jaren veertig had de Minister van katholieke eredienst er zelfs bij Koning Willem II op aangedrongen in de Grondwet de volgende bepaling op te nemen:

(6) Artikel 166 van de Grondwet luidde: De belijders der onderscheidene godsdiensten genieten alle dezelfde burgerlijke en burgerschapsrechten, en hebben gelijke aanspraak op het bekleeden van waardigheden, ambten en bedieningen.

(7) Zie over deze negentiende eeuwse debatten over de achterstand en achterstelling van katholieken, mijn *Grondwettelijke gelijkheid en de discriminatie van katholieken in het negentiende-eeuwse Nederland*, in E.V.M.E. Honée e.a., *Minderheden in een dominante cultuur*, Zwolle 1988, pp. 39-50. In het navolgende ontleen ik enige passages aan dit artikel.

'De Koning zie toe en zorg dat de ambten en bedieningen zoveel mogelijk in de verhouding tot de godsdienstige gezindheden vergeven worden' (8).

Typerend voor de wijze waarop over de rechtspolitieke implicaties van de achterstelling en achterstand van de katholieke minderheidsgroep in de Tweede Kamer werd gesproken, was het debat dat in het najaar van 1871 plaatsvond. Naar aanleiding van de publicatie van reeksen statistieken in het dagblad *De Maasbode*, waaruit de ondervertegenwoordiging van de katholieken in openbare functies sterk naar voren kwam, had de woordvoerder voor de katholieken in de Tweede Kamer, Van Zinnicq Bergmann, de aandacht gevestigd op 'de niet naleving, zo niet de schending van artikel 166 van de Grondwet. (. . .) Wil dat (artikel) zeggen dat men als met een goudschaaltje moet wegen opdat die evenredigheid in allen opzichten worde bewaard of dat de bestaande titularissen moeten plaats maken voor andere om dat evenwigt te herstellen? Die beperkte uitlegging zal wel niemand aannemen! Maar wanneer ik die eenzijdige uitlegging ter zijde laat, blijft de betekenis open dat men om zijne godsdienst niet behoort te worden uitgesloten, zelfs dat eene eerlijke Regeering dient zorg te dragen dat allengs eene betamelijke evenredigheid worde verkregen, waaronder, ik herhaal het, hier geene absolute dient verstaan te worden' (9). Dit kamerlid wees erop dat de afscheiding van België in belangrijke mate voortkwam uit de schending van de evenredigheid bij de verdeling van staatsfuncties en dat men daar na 1830 in Noord-Nederland een les uit had getrokken. Zo had men bij de vacatures die door de nieuwe rechterlijke organisatie waren ontstaan er – officieus? – op toegezien dat bij elk rechterlijk college minstens één katholiek werd benoemd ('de katholieke vacature') en dat in de gewesten waar de katholieken in de meerderheid waren 'ook eenige hoofdbetrekkingen aan de daartoe gerechtigde en geschikte Roomschen werden toegekend' (10). Van Zinnicq Bergmann constateerde echter dat, met uitzondering van de voordrachten voor de Hoge

(8) J.W. Cramer, *Liber Rationum*, vi, 16, geciteerd bij J.H.J.M. Witlox, *De Katholieke Staatspartij in haar oorsprong en ontwikkeling geschetst*, III, p. 148.

(9) Handelingen II, 25 september 1871, pp. 27-28. De publicatie in 1847 in het blad *De Tijd* van de resultaten van een enquête, waarin van alle ambtelijke functies was aangegeven of ze door een protestant dan wel een katholiek waren bezet, had destijds tot zoveel beroering geleid, dat de regering om stopzetting had laten verzoeken, F. de Kock, *Burgers van de tweede rang*, II, Heiloo, 1938, p. 14.

(10) Handelingen II, 25 september p. 28.

Raad die door de Kamer zelf worden opgesteld, dit stelsel van evenredigheid weer was verlaten. In heel Noord-Brabant had, in de woorden van dit kamerlid, een 'razzia' onder katholieke rechters plaatsgevonden (11).

Dit pleidooi voor evenredigheid vond tot op zekere hoogte gehoor in de Kamer en bij de regering. De grote mate van achterstand van katholieken – het kamerlid Haffmans sprak zelfs van een 'kolossale onevenredigheid' (12) – werd ronduit erkend. De constatering van het kamerlid Van der Does de Willebois 'dat er niemand in deze Vergadering is, die, ook zonder eenige tabel of statistiek, het *feit* zou willen ontkennen dat inderdaad het verschil zoo groot is dat er eene wanverhouding bestaat' werd niet serieus bestreden (13).

Het beleidsstandpunt ten aanzien van de onevenredigheid dat door de regering bij monde van de Minister van Justitie Jolles werd geformuleerd en dat door verschillende leden van de Kamer werd gesteund kwam hier op neer: in de eerste plaats moet worden gelet op ervaring en geschiktheid en in de tweede plaats kan onder bepaalde omstandigheden de vraag of de kandidaat protestant of katholiek is enigermate in aanmerking worden genomen. De omstandigheden waarop gedoeld werd hadden evenwel geen betrekking op de algehele evenredig geringe aanwezigheid van katholieken bij de rechterlijke macht, maar op de geringe aanwezigheid van katholieke rechters in de kantons en arrondissementen waar veel katholieken woonden (14). Sommige katholieke kamerleden gingen deze beleidslijn niet ver genoeg; zij vonden dat te veel de nadruk op de geschiktheid werd gelegd. Idealiter moet de geschiktheid de doorslag geven, maar, aldus de al eerder genoemde Haffmans, 'wij bevinden ons in een abnormaalen toestand en in een abnormaalen toestand moet abnormaal gehandeld worden' (15). Het kamerlid wees niet alleen op het feit dat 'geschiktheid' een rekbaar begrip is, maar merkte tevens op dat 'het uitsluitend letten op de geschiktheid niet tot herstel der grief kan leiden. (. . .) Wanneer men eenmaal ten achteren is, dan blijft men, bij ge-

(11) Ib.

(12) Handelingen II, 18 november 1871, p. 263.

(13) Id., p. 269; het kamerlid Van Akerlaken produceerde enige tegenvoorbeelden waaruit zou moeten blijken dat 'de bezwaren omtrent buitensluiting der Rooms-katholijken overdreven zijn, veel te breed uitgemeten en ongegrond', maar vormde daarmee een uitzondering, id. p. 266.

(14) Handelingen II, 25 september 1871.

(15) 4 Handelingen II, 18 november 1871, p. 262.

lijke krachten, steeds ten achter. Wanneer men dus uitsluitend let op de geschiktheid der kandidaten, dan wordt de onevenredigheid die thans bestaat, ten eeuwigen dage bestendig' (16). Hij vatte zijn ideeën over de opheffing van de achterstand van katholieken niet alleen bondig samen, hij deed dat bovendien op een wijze die anno 1989 nog modern aandoet: 'Ik resumeer: de wanverhouding is onbetwistbaar. Waardoor is die ontstaan? Doordat men in der tijd op de godsdienst gelet heeft.

Hoe zal men ze opheffen? Door wederom op den godsdienst te letten. Er is geen ander middel (17). Wanneer men bij de bestaande ongelijkheid abstractie maakt van de godsdienst, dan komt er nooit evenredigheid en dan wordt art. 166 (van de Grondwet, *bps*) nooit waarheid (18).'

II. HET REDENEERPATROON TER LEGITIMERING VAN POSITIEVE DISCRIMINATIE

4. *Achterstand en achterstelling*

Met het in herinnering roepen van dit debat over 'positieve actie' en positieve discriminatie avant la lettre wil ik niet slechts aangeven dat dat onderwerp eerder op de Nederlandse rechtspolitieke agenda heeft gestaan. Ook de gebezigde argumenten en de feitelijke omstandigheden waarop ze betrekking hadden, vertonen een patroon dat overeenkomt met de situatie die we heden ten dage kunnen waarnemen ten aanzien van etnische groepen en vrouwen.

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de roep om positieve discriminatie zich telkens zal voordoen bij groepen met een collectieve identiteit die is gevormd door historische en actuele ervaring van achterstelling, maar wier sociale achterstand in kwantitatieve zin niet of slechts zeer langzaam wordt weggenomen. Het redeneerpatroon dat ter ondersteuning van 'bijzondere' maatregelen wordt gehanteerd laat zich als volgt samenvatten.

(16) Ib.

(17) Vgl. de opmerking van Opperrechter Blackmun van het U.S. Supreme Court in *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 406 (1978) 'I suspect that it would be impossible to arrange an affirmative action program in a racially neutral way and have it succesful. To ask that this to be so is to demand the impossible. In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way.'

(18) Handelingen II, 18 november 1871.

Het vertrekpunt is het zichtbaar maken van de grote sociale achterstand door middel van statistische cijfers waarbij expliciet een vergelijking wordt gemaakt met de dominante groepering. De maatstaf die daarbij wordt aangelegd is – uiteindelijk – de evenredigheid naar de bevolking. Vervolgens wordt op grond van de geconstateerde wanverhouding geconcludeerd dat er wel sprake moet zijn van bedoelde of onbedoelde achterstelling. Beklemtoond moet worden dat het bij etnische groepen en vrouwen evenals destijds bij de katholieke minderheid niet gaat om zo maar een achterstand: de achterstand is kolossaal. Er is telkens sprake van een gapende discrepantie met de dominante groep; een discrepantie die bovendien vaak gepaard gaat met nauwelijks verholten actuele achterstelling.

Mijns inziens is het juist deze combinatie van achterstand én achterstelling die de ammunitie levert voor een krachtige claim op evenredigheid.

Het tegenargument, dat zich uit de kring van de ondervertegenwoordigde groep geen of onvoldoende geschikte kandidaten aanbieden, wordt op den duur niet langer geaccepteerd en gepareerd met het argument dat een zuivere toepassing van rekkelijke criteria als geschiktheid en ervaring door de dominante groep niet te verwachten valt. Het vormt de dankbare voedingsbodem voor de eis dat de criteria voor de selectie van kandidaten zo ondubbelzinnig mogelijk van te voren moeten worden vastgelegd en daarna niet meer mogen worden veranderd (19). Dit wantrouwen in de zuiverheid van selectieprocedures vormt tevens de reden voor het verbod om 'de beste' kandidaat te nemen, maar om te volstaan met een 'voldoende geschikte' of 'nagenoeg geschikte (20)'.

Omdat met al dit geschaaf aan de wervingsprocedure op korte termijn in de ogen van de ondervertegenwoordigde groep te weinig winst wordt geboekt, worden meer op resultaat gerichte maatregelen verlangd: bij gelijke geschiktheid moet de voorkeur worden gegeven aan een lid van de minderheidsgroep. Cruciaal is de mate van maatschappelijk geduld dat kan worden opgebracht: hoe minder dat het

(19) Zie hiervoor al het eindrapport van de op 1 november 1973 door de Minister van Sociale Zaken ingestelde Commissie Selectieprocedures, Commissie Hessel, *Een sollicitant is ook maar een mens*, 's-Gravenhage, 1977.

(20) Zie bijv. Nota vrouwen in de schoolleiding van de Gemeente Amsterdam, *Gemeenteblad*, 1987, bijlage o.

geval is, des te meer zal het accent op het minderheidskenmerk in plaats van geschiktheid worden gelegd.

Een belangrijke schakel in de weergegeven redenering is de tussenconclusie dat een grote maatschappelijke achterstand de uitdrukking is van bedoelde of onbedoelde achterstelling. Die schakel was voor de negentiende-eeuwse interpretatie van grondwettelijke gelijkheid daarom zo belangrijk omdat 'achterstand' niet, maar 'achterstelling' wél vatbaar was voor juridische beteugeling.

In zijn befaamde commentaar op de Grondwet schreef de staatsrechtgeleerde Buys in 1886 dat een cijfermatig aangetoonde ondervertegenwoordiging van een godsdienstige groepering in het ambtenaren-corps 'zoals meermalen ook in de Staaten-Generaal werd beproefd' niets bewijst over het naleven van de Grondwet (21). 'De gedachte, welke aan deze becijfering ten grondslag ligt, als zoude het om eene evenredige verdeeling der ambten tusschen belijders der verschillende godsdiensten te doen zijn, vindt niet alleen geen steun in de Grondwet, maar is met hare blijkbare bedoeling lijnrecht in strijd. Immers die bedoeling kan geen andere zijn dan deze, dat bij de keuze van ambtenaren op de belijdenis der verschillende kandidaten niet wordt gelet (22)'.

Omdat katholieken bij deze formele grondwettelijke gelijkheidstheorie in de praktijk weinig baat bleken te hebben, zochten zij steun in een meer empirisch georiënteerd redeneerpatroon. Grote achterstand vormde voor hen het bewijs van achterstelling (23).

Mede doordat katholieken hun grief van collectieve onderbedeling in ambtelijke functies voortdurend in politieke fora ter sprake brachten, werd het formele standpunt, zoals Buys dat onder woorden bracht, rechtspolitek gesproken naar de achterhoede gedrongen. De opvatting dat de Grondwet 'blind' dient te zijn voor de ondervertegenwoordiging van belangrijke godsdienstige, levensbeschouwelijke of etnische bevolkingsgroepen lijkt thans definitief aan politieke en beleidsmatige waarde te hebben ingeboet. Hetzelfde kan voor vrouwen

(21) J. T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*. Arnhem, Tweede Deel, derde stuk, p. 502.

(22) Id. pp. 502-503.

(23) Daarom kan ik het slechts ten dele eens zijn met de door J. A. Bornewasser, *De Nederlandse katholieken en hun negentiende-eeuwse vaderland, Tijdschrift voor Geschiedenis*, 95 (1982), p. 599, verdedigde opvatting dat de negentiende-eeuwse discussie slechts 'achterstelling' en niet 'achterstand' betrof.

worden gezegd. Kortmann, commentator van de huidige Grondwet, acht het honderd jaar na Buys in ieder geval niet nodig om lang te argumenteren dat bij de verdeling van openbare functies daarop acht mag worden geslagen (24).

5. *Evenredigheid als beginsel*

Veel voorkeursbehandeling voor katholieken – zelfs die van de zwakke vorm van ‘bij gelijke geschiktheid’ – zal wel niet hebben plaatsgevonden. De reactie van Schaepman op de vragen van het kamerlid Gleichman over de veronderstelde voorkeursbehandeling van katholieken, die ik hiervoor (in nr. 2) weergaf, duidde daar al op. Het is zelfs heel goed mogelijk dat ‘de katholieke vacature’ vooral als een beklemmend quotum, als een lage bovengrens, heeft gefungeerd. Ook blijft de klacht over achterstelling tot in de twintigste eeuw gehoord (25). Belangrijker is echter dat tot in de jaren vijftig van deze eeuw gehamerd werd op de achterstand van katholieken in overheidsfuncties (26).

Steevast werd het aandeel der katholieken in de ambtenarij vergeleken met dat van de gehele bevolking (27). Juist omdat dat beginsel van de evenredigheid – het ambtenarencorps mocht in grote lijnen qua politieke en confessionele kleur de totale bevolking weerspiegelen – volgens katholieken niet werd gevolgd, werd het door hen zeer levend gehouden. Zolang de onevenredigheid aanwezig bleef, bestond er in hun ogen onrechtvaardigheid. Een dergelijk argument is zeer overtuigend en moet op den duur slagen (28).

Evenredige verdeling tussen de sociale groepen gold – en geldt – niet alleen voor door de centrale overheid te verdelen functies, maar ook voor die van lokale overheden. De formules die daarvoor werden

(24) C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer, 1987, p. 72.

(25) Met name de jurist Struycken zou dat blijven doen, zie daarover Hans Bornewasser, *In de geest van Thijm*, Baarn, 1985, p. 19.

(26) Zie hierover A. van Braam, *Ambtenaren en bureaucratie in Nederland*, Zeist, 1957, pp. 246 - 256.

(27) Id. p. 254.

(28) Aldus Arend Lijphart, *The Politics of Accommodation: pluralism and democracy in the Netherlands*, 2nd ed. rev., Berkeley, 1975, p. 128. De norm van evenredige verdeling vormde de grondslag voor de ‘pacificatie’ van 1917 terzake van het onderwijs en kiesrecht; zie daarover de in deze noot aangehaalde studie van Lijphart, m.n. pp. 127 - 129.

gebruikt konden vrij strikt zijn. Zo werd bij voorbeeld in de gemeente Sassenheim de totale loonsom voor het gemeentelijk personeel evenredig verdeeld over de verschillende 'zuilen' (29).

6. *Verbreiding van de toepassing van het beginsel van evenredigheid*

Het tanen van het gewicht dat aan godsdienstige gezindte wordt toegekend impliceert geenszins een afname van claims op evenredigheid. Eerder lijkt het omgekeerde het geval: nieuwe groeperingen dienen zich aan om 'hun rechtvaardige deel' op te eisen. Tot die groeperingen behoren vrouwen en etnische bevolkingscategorieën. Het is opvallend, maar in het licht van de verbreiding van de idee van evenredigheid zoals die zich in Nederland heeft voorgedaan begrijpelijk, dat de overheid, zodra die eis duidelijk en met enige politieke kracht naar voren werd gebracht, haar zonder veel discussie officieel heeft erkend.

Voor vrouwen kan daar zelfs een datum voor worden genoemd: 21 juni 1976. Op die datum wordt in de Tweede Kamer een motie, genoemd naar de eerste ondertekenaar, Kosto, ingediend die het officiële startsignaal genoemd mag worden voor een algemene toepassing van positieve discriminatie op het personeelsbeleid van de overheid ten behoeve van vrouwen (30). De nuchtere bewoording van de motie met haar nadruk op 'evenredigheid' zijn kenmerkend: 'De Kamer (. . .) overwegende dat het aantal vrouwelijke ambtenaren aanzienlijk lager is dan het aantal mannelijke ambtenaren; overwegende dat het aantal vrouwelijke ambtenaren kleiner wordt naarmate de functie hoger is; overwegende dat de werkgelegenheid die de overheid heeft te bieden gelijkelijk toegankelijk moet zijn voor geschikte mannen en vrouwen; nodigt de regering uit bij benoemingen en aanstellingen bij gelijkwaardig aanbod van mannelijke en vrouwelijke sollicitanten zolang de voorkeur te geven aan de vrouwelijke sollici-

(29) I. Gadourek, *A Dutch Community: Social and Cultural Structure and Process in a Bulb-Growing Region in the Netherlands*, 2nd ed. Groningen, 1961, p. 62, aangehaald in Lijphart, a.w. (noot 28), p. p. 128 - 129.

(30) Motie-Kosto, *Bijlage Handelingen Tweede Kamer*, zitting 1975/1976, 13 943, nr. 6; de mede-ondertekenaars waren allen vrouwen: Haas-Berger, Langendijk-de Jong, Epe-ma-Brugman, Barendregt en Van der Heem-Wagemakers. Voor het ambtelijke vervolg van de motie, zie mijn *Positieve Discriminatie. Maatschappelijke ongelijkheid en rechtsonwikkeling in de Verenigde Staten en in Nederland*, Zwolle, 1986, pp. 189 - 201.

tanten tot een rechtvaardige verdeling van ambten en arbeidsplaatsen over mannen en vrouwen is bereikt. . .'

Nog voordat Kosto c.s. hun motie schriftelijk hebben kunnen indienen, ontvangen ze van de Minister van Binnenlandse Zaken, De Gaay Fortmann, de verzekering dat hij zich ermee kan verenigen (31).

Voor etnische groepen werd de idee van groepsevenredigheid officieel erkend in de Minderhedennota van 1983 (32). In deze nota werd echter 'vooralsnog voorkeursbehandeling, bijvoorbeeld in de vorm van quotering' afgewezen (33). Mogelijke juridische bezwaren tegen zo'n voorkeursbehandeling op grond van het beginsel van non-discriminatie waren overigens al eerder, in 1981, weggenomen door de invoering van artikel 429 quater, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, dat expliciet positieve discriminatie toestaat (34).

III. BEGRIPSVORMING, MODALITEITEN EN TERMINOLOGIE

7. *Het probleem van positieve discriminatie*

Bij alle meningsverschil over 'positieve discriminatie' ten behoeve van vrouwen en etnische groepen zijn voor- en tegenstanders het met elkaar tenminste over één aangelegenheid eens: genoemde groepe-

(31) De Minister had naar aanleiding van een vraag over het geringe aantal vrouwen dat tot burgemeester werd benoemd al het volgende gezegd: 'Niemand zal bepleiten aan vrouwelijke sollicitanten andere eisen te stellen dan aan mannelijke sollicitanten, maar bepleit zou kunnen worden dat zolang er een verschrikkelijke onevenredigheid is in de functievervulling door mannen en vrouwen in tal, bij gelijkwaardig aanbod de Minister planmatig aan de vrouwelijke sollicitant de voorkeur geeft. Ik zou deze gedachte willen uitbreiden tot het personeelsbeleid van de overheid.' *Handelingen Tweede Kamer*, zitting 1976/1977, p. 1135. Kosto noemt dat een 'zeer stellige en positieve uitspraak', en voegt eraan toe: 'Ik hoop dat hij dit voldoende heeft doordacht.' Id., p. 1144. Op 17 april 1977 werd de motie-Kosto bij zitten en opstaan aangenomen, met slechts de Boerenpartij, de kleine christelijke partijen, de CHU, en enkele leden van de KVP tegen, Id., p. 3283.

(32) *Minderhedennota*. Tweede Kamer, zitting 1982-1983, 16 102, nrs. 20, 21, p. 17 e.v.

(33) Id. p. 19.

(34) Het tweede lid van dit artikel luidt: 'Deze bepaling (het verbod om te discrimineren in het eerste lid - *bps*) is niet van toepassing op handelingen die personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toekennen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen.'

ringen hebben een grote, ongerechtvaardigde maatschappelijke achterstand ten opzichte van blanke mannen. Over de precieze omvang, de ernst en de verklaring van deze achterstand bestaat weliswaar verschil van opvatting, maar over het gegeven van ondervertegenwoordiging van vrouwen en etnische groepen in tal van maatschappelijke sectoren wordt niet getwist. Waarover controverses bestaan, is de wijze waarop hieraan een eind kan en moet worden gemaakt.

'Positieve discriminatie' als juridisch probleem zou gewoonweg niet bestaan, als een effectieve toepassing van het verbod op discriminatie zou leiden tot een snelle toename van het aantal leden van etnische groepen en vrouwen in maatschappelijk gewaardeerde posities. Het inachtnemen van de norm van nondiscriminatie zou dan een voldoende waarborg vormen voor een toekomstige evenredige verdeling van dergelijke begerenswaardige posities tussen de verschillende groepen (35). Nu zo'n uitkomst niet in het nabije verschiep ligt, dienen de traditionele regels van maatschappelijke verdeling zo te worden bijgesteld dat dat resultaat wel in het vizier komt. Ziedaar in abstracto de redenering zoals die aan de claim van positieve discriminatie ten grondslag ligt.

De kernvraag waarvan het antwoord de discussianten over positieve discriminatie verdeeld houdt, is deze: is het toelaatbaar of zelfs geboden, en zo ja, in hoeverre, dat bij de activiteiten ter vermindering van de genoemde maatschappelijke ongelijkheid gebruik gemaakt wordt van de criteria sekse en ras?

De tegenstanders zullen de nadruk leggen op het 'verdachte' karakter van het gebruik van dergelijke criteria: heeft de hedendaagse geschiedenis ons de laatste decennia niet geleerd dat het maken van onderscheid op basis van sekse en ras verwerpelijk is (36)? De voorstan-

(35) Zo'n evenredige groepsverdeling bewijst nog niet dat er geen discriminatie plaatsvindt; zij toont uitsluitend aan dat de uitkomst van alle individuele verdelingsbeslissingen op het niveau van de verschillende groepen evenredig is. Discriminatie die mogelijkwerijs in de ene organisatie heeft plaatsgevonden, wordt dan kennelijk weer elders gecompenseerd.

(36) Cf. het bittere commentaar dat de Amerikaanse rechtsgeleerde Alexander Bickel heeft geleverd op de praktijk van 'positieve discriminatie' bij de toelating tot universiteiten in zijn land: '... (T)he lessons of contemporary history have been the same for at least a generation: discrimination on the basis of race is illegal, immoral, unconstitutional, inherently wrong and destructive of democratic society. Now this is to be unlearned and we are told that this is not a matter of fundamental principle but only a matter whose ox is gored. Those for whom racial equality was demanded are to be more equal than others.' in: A.M. Bickel, *The Morality of Consent*, 1975, p. 133.

ders, van hun kant, zullen de ernst en de onrechtvaardigheid van de sociale achterstand van vrouwen en etnische groepen beklemtonen: wordt het beginsel van nondiscriminatie niet geschonden indien het proces van toewijzing van schaarse maatschappelijke goederen, zoals banen, leidt tot een scherp onevenredige verdeling over de uiteenlopende groeperingen? Is, met andere woorden, juist het negeren van de criteria sekse en ras in een wereld waar dergelijke criteria vaak op verborgen wijze hun negatieve selectieve werking uitoefenen, niet in strijd met het beginsel van gelijke behandeling?

Positieve discriminatie, voorkeursbehandeling, positieve actie, of onder welke benaming ras- en sekse specifieke maatregelen ook gepresenteerd mogen worden (37), vormen een uitzondering op de hoofdregel van gelijke behandeling van alle mensen ongeacht hun ras of sekse (38). Deze constatering geldt voor Nederland, waar het uitzonderingskarakter van 'positieve discriminatie' expliciet in de formele wetgeving tot uitdrukking wordt gebracht (39), en voor veel andere landen waar speciale regels bestaan om de achterstand van etnische groepen en vrouwen op te heffen (40).

(37) Zie voor de terminologie nr. 13.

(38) De status van positieve discriminatie als uitzondering op de hoofdregel van gelijke behandeling wordt uiteraard betwist. De Emancipatieraad lijkt thans te pleiten, zo niet voor het omgekeerde dan toch in ieder geval voor het opheffen van de status van uitzonderingsregel. Vergelijk in dit verband het 'Advies over de Wet tegen seksdiscriminatie' van 28 november 1977 (van de Emancipatiecommissie), m.n. pp. 9-26 met het 'Advies over het Voorontwerp wet gelijke behandeling' van 7 oktober 1982, m.n. pp. 15-27.

(39) Art. 429 quater, tweede lid, Wetboek van Strafrecht; art. 1637 ij, vierde lid Burgerlijk Wetboek; art. 5 Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen; art. 1, vierde lid, onder c Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen in de Burgerlijke openbare dienst; zie ook Wetsvoorstel 19 908 (Wet tot herziening van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, dat door de Tweede Kamer op 13 september 1988 is aangenomen) en de - thans vier! - bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstellen gelijke behandeling.

(40) Aldus Donald L. Horwitz, *Ethnic Groups in Conflict*, Berkeley, 1983, p. 657: 'Virtually everywhere, policies of ethnic preference are regarded as exceptions, temporary expedients, often with a specific time limit. In a surprising number of countries that have made special provisions to enable particular ethnic groups to 'catch up,' such measures carry a heavy presumption of illegitimacy. The acknowledged norm remains equal treatment of all individuals. Provisions that depart from this norm are usually explained as distasteful concessions to the unfortunate inability of the preferred group to compete on equal terms without preferences'. Voor de formeel wettelijke regels betreffende positieve discriminatie van vrouwen in twintig landen, zie G.F. van Vleuten, *Met wettelijke middelen. Een studie over de bestrijding van sexediscriminatie met wettelijke middelen in het buitenland*. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 1986.

8. Het verbod op discriminatie als distributief beginsel

Het verbod om te discrimineren sluit goed aan bij de formulering van het gelijkheidsbeginsel: 'behandel gelijken gelijk en ongelijken naar rato van hun ongelijkheid'. De inbedding van het discriminatiebegrip in het gelijkheidsbeginsel, zoals dat ook in artikel 1 van de Nederlandse Grondwet is gebeurd, is daarvan een logisch gevolg. Discriminatieverboden zijn verbijzonderingen van het gelijkheidsbeginsel. De criteria die in de discriminatieverboden worden genoemd – godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht (41) – kunnen worden geïnterpreteerd als 'verdachte classificaties': aan de rechtvaardiging voor het gebruik van deze onderscheidingen dienen strenge eisen te worden gesteld. Waarom? Omdat enerzijds de ervaring heeft geleerd dat dergelijke criteria bij uitzondering een objectief te rechtvaardigen beslissingscriterium vormen bij de verdeling van schaarse goederen, terwijl de ervaring eveneens heeft uitgewezen dat er een sterke maatschappelijke tendens is die criteria daarbij juist wel een belangrijke rol te laten spelen. Het blijkt ook nu nog steeds in veel gevallen voordelig om bij sollicitaties een blanke man te zijn (42).

Voor discriminatie is het niet essentieel dat het onderscheidend criterium bestaat uit zichtbare kenmerken, zoals sekse of huidskleur. De criteria kunnen cultureel (godsdienst, levenswijze), sociaal (milieu, beroep van de ouders) of geografisch (geboorte-, woonplaats) zijn. Per definitie is het onmogelijk een uitputtende lijst samen te stellen van discriminerende criteria. Het zijn immers niet de criteria zelf die bepalend zijn voor de vraag of er van discriminatie sprake is, maar de nadelige gevolgen die aan het gebruik van het criterium zijn of worden verbonden. Pas indien die gevolgen niet zijn te rechtvaardigen, heeft men te maken met discriminatie. Dit betekent dat ook het *niet* rekening houden met ras, handicap, sociale achtergrond etc. onder omstandigheden discriminatie kan opleveren.

(41) Als voorbeeld neem ik die van in art. 1 van de huidige Grondwet.

(42) Zie bijv. C. Bouw en C. Nelissen, *Werken en zorgen; een vergelijkend onderzoek naar de arbeidservaringen van Turkse, Marokkaanse vrouwen en Nederlandse vrouwen*. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 's-Gravenhage 1986; P. Brassé en E. Sikking, m.m.v. J. Bakker, *Positie en kansen van etnische minderheden in Nederlandse ondernemingen, en naar hun kansen op toetreding tot deze arbeidsorganisaties*. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 's-Gravenhage 1986; G. Oosterhuis, G.P. Westert en A.C. Giebbeek, *Selectiecriteria op een rij; personeelsvoorkeuren van werkgevers voor administratieve en verkoopfuncties*. Rijksuniversiteit Groningen, 1986.

In zijn algemeenheid zal gelden dat naarmate de distributieve gevolgen van een mede op sekse of ras gebaseerde selectie groter zijn, de eisen die aan de objectieve rechtvaardiging gesteld worden, hoger zullen liggen. De reden daarvoor is dat de algehele distributie van maatschappelijk schaarse goederen, zoals banen, doorwerkt op het antwoord op de vraag of in individuele gevallen tot discriminatie kan worden geconcludeerd. Ik wil deze stelling met een paar voorbeelden toelichten. De voorkeur voor blank personeel in 'blanke' restaurants en cafés sluit in Nederland voor niet-blank horeca personeel het grootste deel van de desbetreffende arbeidsmarkt af. De uitsluiting van blanken in 'etnische' restaurants daarentegen is voor dezen slechts een relatief gering nadeel. In een land als Suriname zal de uitsluiting van blank personeel in restaurants daarentegen wel discriminatoire gevolgen hebben terwijl een voorkeur voor blank personeel in 'blanke' restaurants waarschijnlijk een soort gering nadeel voor niet-blanke Surinamers zal opleveren. Bij mijn tweede voorbeeld is het 'verdachte' criterium godsdienst. De discussie in Nederland over de vraag in hoeverre het bijzonder, confessioneel onderwijs bij de personeelsselectie de voorkeur mag geven aan kandidaten die tot dezelfde godsdienstige richting behoren als de onderwijsinstelling, komt naar mijn mening eveneens voor een belangrijk deel voort uit de ongewenste distributieve gevolgen. Zolang de confessionele identiteit nog sterk werd beleefd, kwam het nauwelijks voor dat niet-confessionele personen een functie ambieerden bij een confessionele onderwijsinstelling, en omgekeerd dachten confessionele mensen er niet aan een werkkring te zoeken bij een niet-confessionele onderwijsinstelling. Hedentendage is dat laatste echter in toenemende mate wel het geval. Omdat de confessionele instellingen vast blijven houden aan een voorkeursbehandeling voor 'eigen' mensen, heeft dit tot gevolg dat de kansen voor confessionele kandidaten op een baan in het onderwijs veel groter zijn dan die voor niet-confessionele. Voegt men daaraan toe dat de confessionele identiteit van confessionele onderwijsinstellingen, met name het hoger onderwijs, in veel gevallen aan belang heeft ingeboet, dan ligt het voor de hand dat er stemmen opgaan die deze situatie als onrechtvaardig betitelen (43).

(43) Zie hierover, I. Scholten, 'Verzuiling en bezuiniging. Ongelijke kansen op arbeid in de zero-sum hordenloop,' in *De Gids* 7 (1982), pp. 465 - 479.

9. Discriminatie en de gelijkheid van kansen

Het begrip 'discriminatie' dient aldus vooral te worden begrepen in de context van de verdeling van schaarse goederen, waarbij ik me hier beperk tot 'banen'. Als vertrekpunt kan worden gesteld dat discriminatie bij het toekennen van banen een inbreuk inhoudt op het beginsel van 'gelijke kansen'. Dat dit beginsel vatbaar is voor verschillende interpretaties is gemakkelijk in te zien wanneer we een antwoord proberen te geven op de vraag hoe we kunnen vaststellen wanneer kansen inderdaad gelijk zijn. Minstens drie in strengheid oplopende criteria kunnen daarbij worden aangelegd: formele, procedurele en substantiële.

Bij hantering van het eerste, *formele* criterium is het snelst aan de verwelijking van gelijke kansen voldaan. Het wettelijke verbod op discriminatie, waarbij ras en sekse officieel irrelevant zijn verkaart, komt in deze formele interpretatie overeen met het bestaan van een gelijkheid van kansen.

Gelijkheid voor en in de wet is daarvoor de noodzakelijke maar tevens voldoende voorwaarde.

De beperktheid van deze klassiek liberale versie van de gelijkheid van kansen is duidelijk. De erop uitgeoefende kritiek richt zich niet alleen op de omstandigheid dat het beginsel van de gelijkheid voor de wet meer met de mond werd beleden dan dat het in de praktijk werd toegepast. Protest werd vooral aangetekend – we zagen dat bij de hierboven beschreven grieven van de katholieken in de negentiende eeuw – tegen de feitelijke, kwantitatieve onderbedeling in overheidsfuncties. Dat laatste is het belangrijkste aanknopingspunt om te komen tot een *procedurele* opvatting van de gelijkheid van kansen. Als blijkt dat een bepaalde sekse of etnische groep op grond van bepaalde procedurele criteria een onevenredig klein deel ontvangt van de maatschappelijke schaarse goederen, dan is er sprake van een 'verdachte' procedure. Men redeneert dan als het ware terug: omdat een bepaalde groep (gedefinieerd door een 'verdacht' criterium) relatief ondervertegenwoordigd is, wordt geconcludeerd tot het vermoeden van discriminatie.

De eis van procedurele gelijkheid van kansen resulteert in het verbod van indirecte discriminatie.

Het kenmerkende voor 'directe' discriminatie is de restrictieve aandacht voor het hanteren van een verdachte classificatie; de gevolgen van dat hanteren zijn ondergeschikt. Bij indirecte discriminatie is het

juist omgekeerd: de primaire aandacht is gericht op de gevolgen voor de groepen, die door een 'verdachte classificatie' worden gedefinieerd. Acht men deze gevolgen voor een bepaalde groep unfair (en niet objectief te rechtvaardigen), dan moet worden nagegaan wat daarvan de oorzaak is. Die kan, in eerste instantie, al worden gevonden in het hanteren van een ogenschijnlijk neutraal criterium dat echter in meer of mindere mate correleert met een 'verdachte' classificatie.

Bekende voorbeelden zijn de criteria 'deeltijdarbeid' (44) en 'kostwinnerstoelagen' (45) die onevenredig nadelige gevolgen hebben voor vrouwen.

Nu zijn de hier gegeven voorbeelden nog betrekkelijk doorzichtig: we weten onderhand wel dat de genoemde criteria sterk samenhangen met het onderscheid naar sekse. Dat ligt anders wanneer de onevenredige verdeling niet of niet ondubbelzinnig is te herleiden tot een expliciet criterium. Allerlei verborgen, impliciete sociale regels, vanzelfsprekendheden waarvan men zich niet bewust is, kunnen onbedoeld maar systematisch telkens de balans doen doorslaan ten nadele van een bepaalde groep (46). Een begrip dat in dit verband wordt gebruikt is 'institutionele discriminatie.' Bij dit type discriminatie staat niet het gedrag van bepaalde individuen of het hanteren van een bepaald criterium centraal maar ligt het accent op het gehele complex van institutionele normen en handelingspatronen dat ten nadele werkt van een bepaalde groep.

Een betrekkelijk diffuus begrip als 'institutionele discriminatie' valt juridisch moeilijk te preciseren. Door het opstellen van 'gedragscodes' kan men proberen de informele selectieprocessen te formaliseren om deze aldus onder de hoede te brengen van het recht (47). Maar

(44) *Jenkins v. Kingsgate*, Europese Hof van Justitie, 31 maart 1981 (zaak 96/80); *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*, Europese Hof van Justitie, 13 mei 1986 (zaak 170/84).

(45) *Teuling v. Worms*, Europese Hof van Justitie, 11 juni 1987 (zaak 30/85), Raad van Beroep Amsterdam, 29 december 1987, RSV 1988, 173; zie ook de Memorie van de Commissie van de EG aan het Europese Hof van Justitie, 5 juli 1988 (zaak 102/88) naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Raad van Beroep Groningen van 28 maart 1988.

(46) Zie bijv. Aafke Komter, *De macht der vanzelfsprekendheid*, Leiden, 1985 (diss.); A.E.M. van Vianen, *Het selectie interview. Over de rol van seksuele stereotypen*, Leiden 1987 (diss.).

(47) Het opstellen van dergelijke gedragscodes is vaak een van de belangrijkste taken van instanties ter bestrijding van discriminatie. De Engelse Commission of Racial Equality (CRE) beschouwt de aanvaarding door werkgevers en vakbonden van de

wat te doen indien zulke inspanningen geen 'voldoende' resultaat opleveren voor de betrokken groepering? Wat als 'voldoende' wordt beschouwd zal vooral worden afgemeten aan de voortgang waarmee het doel van evenredige verdeling wordt bereikt. Als men daar ontevreden over is of als men kwade trouw vermoedt bij degenen die de verdelingsbeslissingen nemen, dan zal men niet langer genoegen nemen met een procedurele gelijkheid van kansen. Slechts een *substantiële* gelijkheid van kansen in de zin van gelijke uitkomsten zal in die gevallen voldoen.

Lag bij formele en procedurele gelijkheid het accent op de middelen, het wegnemen van defecten in de procedure of eventuele deficiënties bij de betrokken groepen, bij substantiële gelijkheid van kansen staat het bereiken van de gewenste uitkomst – evenredigheid – voorop. Zo spoedig mogelijk dienen vrouwen en leden van etnische groepen proportioneel over de relevante maatschappelijke posities te worden verdeeld. Desnoods met onorthodoxe, abnormale middelen.

10. Het begrip en de modaliteiten van positieve discriminatie

Positieve discriminatie is de tegenhanger van (negatieve) discriminatie*. Ter bereiking van een kwantitatief doel, namelijk een evenredige verdeling van banen in het beroepsleven, worden de leden van een voorheen achtergestelde, gediscrimineerde groep bevoorrecht. Anders gezegd, maar nu vanuit het perspectief van de benadeelden: leden van de oververtegenwoordigde groep worden achtergesteld op grond van hun getalssterkte. Als ik me in mijn voorbeelden voorlopig beperk tot seksediscriminatie, dan komt positieve discriminatie van vrouwen derhalve neer op negatieve discriminatie van mannen.

Omdat ik positieve discriminatie heb gedefinieerd als de tegenhanger van negatieve discriminatie, kan het onderscheid tussen directe en indirecte negatieve discriminatie goede analytische diensten bewijzen om te komen tot een hoofdingeling van de verschillende modaliteiten.

Indirecte positieve discriminatie vindt plaats indien het gebruik van een

door haar opgestelde Code of Practice als een van haar belangrijkste prestaties. Zie de lezing van D. McAuslan, voormalig lid van de CRE, over het werk van deze commissie, afgedrukt in 'Bestrijding van diskriminatie in Engeland', uitgave van de Werkgroep Recht & Rassendiskriminatie, Utrecht, 1986, p. 6. In Nederland heeft het Landelijk Bureau Racismebestrijding een gedragscode opgesteld voor uitzendbureaus.

* Deze paragraaf is ten dele gebaseerd op mijn a.w. (noot 30) pp. 216 - 222.

op zich zelf neutraal, onverdacht criterium of neutrale uitvoeringspraktijk tot gevolg heeft dat meer vrouwen bij het arbeidsproces worden betrokken. Een voorbeeld is het stellen van de voorwaarde van het zijn van langdurig werkloos om voor een (scholings)baan in aanmerking te komen, indien men weet dat zich onder de groep van langdurig werklozen een disproportioneel aantal vrouwen bevindt. In principe komt elk criterium dat correleert met een verdachte classificatie als middel voor indirecte positieve discriminatie in aanmerking. Het zal duidelijk zijn, dat naarmate de neutrale criteria meer zijn toegesneden op de situatie waarin vrouwen en etnische groepen zich bevinden, de indirecte positieve discriminatie doeltreffender zal zijn.

De remedie van indirecte positieve discriminatie en het tegengaan van indirecte – negatieve – discriminatie gaan vloeiend in elkaar over. Het afschaffen van overbodige functie-eisen vooral vrouwen ten goede komt, kan zowel als een vorm van indirecte positieve discriminatie als het wegnemen van indirecte negatieve discriminatie worden beschouwd. Het ‘vrouwvriendelijk’ maken van een organisatie komt neer op het slechten van indirect discriminerende hindernissen voor vooral vrouwen. Het zelfde kan het geval zijn voor het inruilen van een interne, gesloten wervingsprocedure voor externe, open manier van recruterende van nieuw personeel.

Omdat indirecte positieve discriminatie aanknoopt bij een onverdacht criterium, komen in beginsel ook leden uit de dominante groepen in aanmerking. Mede daarom zal deze vorm van positieve discriminatie, soms positieve actie genoemd, weinig weerstand oproepen (48).

Bij *directe positieve discriminatie* wordt expliciet aangeknoopt bij het ‘verdachte’ criterium: omdat iemand een *vrouw* is, krijgt zij voorrang of anderszins een voordeel. Omdat de discussie die in Nederland wordt gevoerd over positieve discriminatie vrijwel zonder uitzondering handelt over deze directe modaliteit, versta ik, tenzij ik dat vermeld, onder positieve discriminatie: directe positieve discriminatie. Het expliciet verbinden van een voordeel aan het zijn van vrouw laat

(48) Dit wordt bevestigd door A. van Doorne-Huiskes, ‘Positieve actie in Nederland: aan analyse,’ in *Beleid & Maatschappij*, 4, 1988 p. 209. De auteur leidt een bureau voor ‘organisatierecherche en positieve actie.’

de vraag open waar dat voordeel betrekking op heeft. Daarom maak ik een nadere indeling naar het *object* van positieve discriminatie.

a. Scholing

Scholingsmaatregelen die uitsluitend bedoeld zijn voor vrouwen of etnische groepen zijn zeer goed te verdedigen als ze tot doel hebben de toegang tot het beroepsleven te vergroten. De premisse hierbij is dat de algemeen toegankelijke opleidingen onvoldoende rekening houden met de achtergrond en de behoefte van bedoelde groepen, althans een deel ervan. Diversificatie van de onderwijs- en trainingsfaciliteiten kan hier de gelijkheid van kansen alleen maar vergroten. Het hoeft hierbij niet uitsluitend te gaan om bij- of nascholingscursussen van betrekkelijk eenvoudig niveau. Integendeel, opleidingen voor de hogere technische en leidinggevende beroepen komen hier bij uitstek voor in aanmerking (49). Zolang naast deze categoriale voorzieningen ook algemene scholingsmogelijkheden blijven bestaan, is deze vorm van positieve discriminatie naar mijn mening betrekkelijk onproblematisch omdat de kansen van anderen niet of nauwelijks worden aangetast.

b. Selectie voor banen

Het is zinvol onderscheid te maken tussen eenvoudige aanvangsbanen en beroepen waarvoor een zekere scholingsgraad wordt verondersteld. Voorkeursbehandeling bij aanvangsbanen is *ceteris paribus* eenvoudiger te legitimeren dan voor de laatstgenoemde banen. Aanvangsbanen behelzen immers per definitie voor een belangrijk deel 'scholing'. Overigens zal duidelijk zijn, dat het verlenen van voorkeur op basis van een 'verdacht' criterium wel degelijk de gerechtvaardigde kansen van andere sollicitanten kan aantasten. De rechten van derden stellen grenzen aan de mate waarin de voorkeursbehandeling mag worden toegepast.

c. Promotie en ontslag

Positieve discriminatie bij promotie maar vooral bij ontslag kan resulteren in een van de scherpste vormen van positieve discriminatie.

(49) De door de gemeente Rotterdam georganiseerde managementcursus voor vrouwen die een leidinggevende positie in het onderwijs ambiëren is hiervan een mooi voorbeeld omdat daarmee het aanbod van gekwalificeerde kandidaten voor vacatures min of meer zeker wordt gesteld. De draconische maatregelen die de gemeente Amsterdam voor dat doel heeft uitgevaardigd kunnen daardoor achterwege blijven.

Afhankelijk van de mate waarin dat gebeurt, worden in deze gevallen immers de verworven rechten van derden duidelijk aangetast.

Het hier gepresenteerde continuum van lichte naar zware vormen van directe positieve discriminatie naar object ontleent haar bestaansrecht vooral aan de 'locus', de plaats waar, of het moment waarop in het proces van verdeling van banen positieve discriminatie wordt toegepast. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de vormen van positieve discriminatie die aan het begin (adverteren, scholing, trainingen, stageplaatsen, aanvangsbanen) lichter zullen zijn dan die welke later in het verdelingsproces worden genomen (promotie, ontslag) (50).

Dit continuum is zeker niet het enige dat mogelijk is. Andere criteria, waarvan ik er hier drie noem, leiden tot andere oplopende schalen. Het eerste criterium betreft *kwalificaties*. De mate waarin men bereid is de kwalificatie voor de uitoefening van een beroep aan te passen ten einde het aanbod van personen uit de ondervertegenwoordigde groep groter te laten worden kan variëren van zwak naar sterk. Van een *zwakke* variant is sprake bij een voorkeursbehandeling inzake overigens gelijke kwalificaties. Een *sterke* variant doet zich voor wanneer aan leden van de ondervertegenwoordigde groep de voorkeur wordt gegeven als ze aan de gestelde minimumkwalificaties voldoen, ook al zijn ze niet gelijkelijk of beter gekwalificeerd in vergelijking met de andere kandidaten. Het bereiken van overeenstemming over de vraag welke minimumkwalificaties voor bepaalde beroepen gelden kan soms lastig zijn. Voor sommige wetenschappelijke, kunstzinnige en leidinggevende beroepen die uit de aard der zaak werken met *open ended degrees of competence* zal vooral worden gezocht naar 'de beste' kandidaat (51). Op voorhand kan en wil men zich dan niet binden aan een 'plafond' van gewenste kwalificaties, maar men zal met een betrekkelijk vage profielschets volstaan. Door het ontbreken van welomschreven functie kwalificaties zal echter misbruik in de vorm van

(50) Een bijzondere 'locus' vormen besluitvormingsorganen: ondernemingsraden adviescommissies, politieke partijen, c.d.. Het stellen van bijv. minimum quota om de deelname van vrouwen en leden van etnische groepen in deze gremia te garanderen, vanuit democratisch oogpunt van groot belang is dat alle groepen zijn vertegenwoordigd valt goed te verdedigen.

(51) Zie hierover Trudy M. van Asperen, *Gelijk of bijzonder? Argumenten voor voorkeursbehandeling*, in *Beleid & Maatschappij*, 4, 1988, p. 205.

vooral institutionele discriminatie moeilijk zijn op te sporen. Ondubbelzinnige toetsingscriteria ontbreken immers.

Het tweede criterium waaraan de verschillende modaliteiten van positieve discriminatie kunnen worden gerelateerd is de mate van *vrijwiligheid*. Is er sprake van een opgelegde en af te dwingen vorm of gaat het om vrijwillig ondernomen handelen? Aan de verplichte positieve discriminatie zullen andere, strengere juridische eisen moeten worden gesteld dan aan die welke door de sociale partners met elkaar in goed overleg zijn overeengekomen.

Naarmate de omvang en de precisie van de verplichte positieve discriminatie groter worden, zullen de juridische eisen ter bescherming van de belangen van derden dienen toe te nemen.

Een derde criterium dat ik tenslotte wil noemen is de *tijdsduur* waarvoor een maatregel van positieve discriminatie van kracht is.

Er bestaat een direct verband tussen de tijdsduur waarbinnen bepaalde doeleinden, bij voorbeeld een evenredige samenstelling, van het personeel verwezenlijkt moeten worden en de 'sterkte' van positieve discriminatie. Hoe korter de periode die men zich daarvoor gunst, des te meer gewicht zal het positief discriminerende kenmerk in de schaal dienen te leggen. Vaak wordt die periode niet gespecificeerd en wordt volstaan met het predicaat 'tijdelijk'. 'Tijdelijk' zonder nadere aanduiding stelt weinig voor. De suggestie kan dan gemakkelijk ontstaan dat een organisatie alle tijd van de wereld heeft om haar doelstelling te verwezenlijken. Anderzijds laat de dikwijls impliciete afbakening in de tijd, namelijk het moment waarop de positief gediscrimineerde groep haar evenredig aandeel in het schaarse goed heeft bereikt, veel vragen liggen. Moet of kan, wanneer de gewenste evenredigheid eenmaal is gchaald maar een bepaalde groep weer terugvalt, positieve discriminatie opnieuw van kracht worden?

II. *Quotering en streefcijfers*

Een begrip dat in verband met positieve discriminatie vaak opduikt is 'quotering'. Een quotum, dat wil zeggen het reserveren van een van te voren vastgesteld aantal of percentage banen voor vrouwen of leden van etnische groepen, hoeft echter geen positieve discriminatie te impliceren. Integendeel. Het voorheen traditionele 'er moet ook nog een vrouw bij' betekende in feite meestal 'ten hoogste één vrouw' en dus discriminatie. Het gebruik van quoteringsregelingen bij de ver-

deling van woonruimte hield meestal eveneens een beperking in: niet meer dan zoveel procent 'buitenlanders' (lees: niet-blanken) per wijk, per buurt, per straat of zelfs per trappenhuis (52). Waar het op aankomt, zijn de gevolgen van quotering. Een regeling waarbij precies 50%, niet meer én niet minder, van de functies, waar in meerderheid vrouwen werken, voor vrouwen is gereserveerd, werkt uiteraard nadelig voor vrouwen. Eenzelfde regeling voor functies bij de politie daarentegen is voor vrouwen gunstig.

Een quoteringsregeling moet daarom niet onder alle omstandigheden worden vereenzelvigd met positieve discriminatie. Zij kan gezien worden als een instrument tot positieve discriminatie waarbij getalsmatige gegevens worden gehanteerd. Dit houdt tevens in dat achter een quoteringsregeling verschillende modaliteiten van positieve discriminatie verscholen gaan. In het bijzonder is de mate van verplichting hier van belang. Gaat het bij een quotum met andere woorden om het nakomen van een getalsmatige verdeling van functies waarvan onder geen enkele voorwaarde van mag worden afgeweken of laat de toepassing van het quotum de nodige speelruimte voor afwijkingen? In dat laatste geval kan men spreken van *streefcijfers*. Op basis van een becijfering van het beschikbare aantal gekwalificeerde kandidaten wordt berekend in welke mate vrouwen en leden van etnische groepen zijn ondervertegenwoordigd. Vervolgens worden dan streefcijfers geformuleerd, een getalsmatige projectie van de gewenste samenstelling van het personeel. Streefcijfers hebben de functie de voortgang naar de nieuwe personeelssamenstelling planmatig te begeleiden.

Streefcijfers kunnen een zeer nuttige functie vervullen als toetssteen voor de naleving van het beginsel van gelijke kansen, dat aan het verbod op discriminatie ten grondslag ligt. Institutionele discriminatie zou zonder kwantitatieve beoordelingscriteria zelfs vaak onzichtbaar blijven.

(52) Zie voor een overzicht C.S. van Praag, *De woonsituatie van etnische minderheden; ontwikkelingen 1980 - 1985*, SCP, Rijswijk, 1986, pp. 49 e.v. Vooral bekend is geworden de zgn. 5%-regeling van de gemeente Rotterdam, die bij KB van 10 september 1974, *Stb.* 1974, 556, is spontaan vernietigd. In 1981 wees de president van de rechtbank Rotterdam een eis tot vernietiging van een raadsbesluit dat een 'spreidingsbeleid' van etnische groepen beoogde af. *Kort Geding*, 1980, No. 50. Onder druk van woordvoerders van de groepen die de gemeente juist met haar beleid wilde bevoordelen, die effectief de leuze 'geen apartheid onder het mom van 'voorrang'' hanteerden, besloot de gemeente echter in 1983 het 'spreidingsbeleid' te staken. Zie hierover mijn a.w. (noot 30), pp. 147 - 156.

Streefcijfers corresponderen met het criterium 'evenredigheid', dat voor het Nederlandse overheidsbeleid het officiële richtsnoer vormt voor het verminderen van de achterstelling en achterstand van vrouwen en etnische groepen.

Streefcijfers – het Nederlandse equivalent van de Amerikaanse term 'goals', waarvan het een vertaling is – zijn, zoals opgemerkt, flexibeler dan quota. De eerstgenoemde laten ruimte over voor bijstelling aan de bijzonderheden van de situatie waarin ze moeten worden toegepast. Die speelruimte ontbreekt bij quota. De soms verhitte discussie die in de Verenigde Staten al jarenlang wordt gevoerd over de vraag of 'goals' in de praktijk van hun toepassing niet zijn verworpen tot 'quota' wijst naar mijn mening op een gevaar dat ook de Nederlandse streefcijfers *kan* bedreigen: een verstarde, eenzijdige oriëntatie op kwantitatieve resultaten die ten koste gaat van procedurele waarden. De benoemingsprocedure voor een nieuwe rector van het Amsterdamse Barlaeus Gymnasium is daarvan een goed, maar gelukkig zeldzaam, voorbeeld (52a).

12. De kwestie van het Amsterdamse Barlaeus Gymnasium

De commotie rondom de benoeming van een rector aan het Amsterdamse Barlaeus Gymnasium gold vooral de stiefmoederlijke bejegening van de medezeggenschapsraad door de gemeente. De gebrekkelijke motivering waarmee het advies van die raad door de gemeentelijke autoriteiten terzijde werd geschoven, heeft bij leraren en leiding, ouders en leerlingen van het Barlaeus voor de nodige, begrijpelijke beroering gezorgd (53). Zonder nu het juridische en politieke belang van een goede inspraakprocedure te willen onderschatten, meen ik dat de gemeente Amsterdam al in een eerder stadium over de schreef is gegaan. Dat gebeurde al toen zij in oktober 1987 aankondigde dat alleen vrouwen konden solliciteren. Deze vorm van voorkeursbehandeling, waarbij bij voorbaat tegen een groep mogelijke sollicitanten wordt gezegd: u hoeft uw interesse voor de betreffende vacature niet kenbaar te maken, er zal niet naar u worden geluisterd

(52a) Zie voor (de feiten van) deze zaak het preadvies van Goldschmidt, pp. 92 e.v. en Fase, pp. 145 e.v..

(53) Ook de President van de rechtbank te Amsterdam heeft daarop in zijn vonnis van 29 november 1988 gewezen hoewel hij daarin overigens geen aanleiding zag de gemeente een nieuwe benoemingsprocedure voor te schrijven.

omdat u niet het juiste geslacht heeft, is in de gegeven omstandigheden naar mijn mening in strijd met de wet (54).

De grondslag voor de voorkeursbehandeling om uitsluitend vrouwen te werven in leidinggevende functies vindt de gemeente in de kwantitatieve achterstand van vrouwen in leidinggevende posities ten opzichte van mannen.

De belangrijkste denkfout van de gemeente betreft naar mijn mening de automatische gelijkstelling van 'achterstand' met 'achterstelling'. Dat er in veel gevallen een empirische samenhang tussen beide verschijnselen bestaat, valt niet te loochenen. Zo'n empirisch verband kan echter niet als een waarheid a priori worden aangenomen. Het blijft een (zwaarwegend) vermoeden dat voor weerlegging vatbaar dient te zijn. In plaats van 'achterstand' te beschouwen als een handzaam vertrekpunt om die oorzaken ervan te onderzoeken en om na te gaan hoe en in welk tempo die kan worden weggewerkt, hanteert de gemeente 'achterstand' als een mechanisme waarmee *elke* vorm van voorkeursbehandeling valt te rechtvaardigen.

Uitsluiting van mannen bij de werving van een nieuwe rector is verboden, tenzij de uitzonderingsbepaling van positieve discriminatie van toepassing is (55). Het antwoord op de vraag of van dat laatste sprake is, hangt uiteraard af van het oordeel of vrouwen zich ten aanzien van de bekendmaking van de vacature en de daarop volgende selectieprocedure in een situatie van 'feitelijke ongelijkheid' bevinden. Men denke in dit verband aan een 'mannelijke' functieomschrijving, aan een door mannen overheerste sollicitatiecommissie of aan de soms veronderstelde angst van vrouwen om te dingen naar hogere functies, hoe vrouwvriendelijk ook omschreven. Het gaat er bij mij eenvoudig niet in dat gekwalificeerde vrouwen die voor de functie van rector in aanmerking wensen te komen – vooral academisch gevormde docenten van het VWO – niet in staat zijn hun belangstelling daarvoor op de gepaste manier aan de benoemingsadviescommissie kenbaar te maken. Voorts hoefden zij zich niet te laten afschrikken door een overwicht aan mannen in de sollicitatiecommissie: die bestond in casu overwegend uit vrouwen; degene die de feitelijke eindbeslissing zou moeten nemen, de wethouder van onderwijs, was een vrouw. Dat er misschien *meer* vrouwen solliciteren op een ad-

(54) Artikel 1 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst.

(55) Ib. derde lid.

vertentie waarin alleen vrouwen worden gevraagd, vormt geen be-
wijs van achterstelling; mannen doen dat naar men mag aannemen
ook op advertenties die alleen voor hen zijn bestemd.

Door te bepalen dat uitsluitend vrouwen konden solliciteren, maak-
ten de gemeentelijke autoriteiten een dubbele, paradoxale medede-
ling kenbaar. De officiële was deze: er zijn te weinig vrouwelijke rec-
toren; vrouwelijke sollicitanten mogen geen concurrentie ondervin-
den van mannelijke. De andere, impliciete boodschap, die vermoe-
delijk veel luider doorklonk was dat vrouwelijke sollicitanten niet zijn
opgewassen tegen mannelijke. Het zou mij niet verbazen als de ge-
meentelijke autoriteiten benauwder waren voor mannelijke sollici-
tanten dan de vrouwelijke sollicitanten, die zij in bescherming meen-
den te moeten nemen, dat waren.

Bij belangrijke posities, zoals het rectoraat van een categoriaal gym-
nasium, zal zich het geval van nagenoeg gelijkwaardige kandidaten
niet veelvuldig voordoen. Een verstandige benoemingscommissie zal
net zo lang wikken en wegen totdat één persoon, ongeacht sekse, de
voorkeur krijgt. Daarbij heeft zij het recht en de plicht te kiezen uit
een zo gevarieerd mogelijk aanbod sollicitanten. Dat de keuze daar-
bij wel eens op een man zou kunnen vallen, was kennelijk voor de
Amsterdamse gemeentelijke autoriteiten een gevaar dat zij niet wil-
den riskeren.

Het verschil tussen een procedure waarbij uitsluitend vrouwen een
kans wordt geboden en een waar mensen ongeacht hun geslacht aan
mee kunnen doen maar waarbij na afweging van de kwaliteiten van
de afzonderlijke sollicitanten bij de uiteindelijke benoeming vrouwen
een zekere voorkeur genieten is evident. Slechts een cynicus zal tus-
sen beide procedures geen verschil willen zien. Die zal slechts wijzen
op het resultaat: een vrouw wordt benoemd met behulp van voor-
keursbehandeling. Of de voorrang nu aan een vrouw wordt verleend
door middel van een alleen voor vrouwen toegankelijke werving of
door een geïndividualiseerde behandeling waarbij het vrouw-zijn als
een 'plus' geldt, zal degene die alleen naar het resultaat kijkt onver-
schillig laten. Daar komt bij dat het 'eerlijker' en 'oprechter' lijkt om
van te voren duidelijk te maken dat mannen niet hoeven te sollicite-
ren: zo'n verfijnde en zorgvuldige uitgekozen vorm van voorkeurs-
behandeling is maar een doekje voor het bloeden.

Maar onze rechtsorde is niet alleen bekommerd om het resultaat van
beslissingen; integendeel, de geldigheid en het morele gezag van een
beslissing hangen mede af van de wijze waarop die wordt bereikt. De

beslissing om op voorhand mannen uit te sluiten voor vacatures als die van het rectoraat van het Amsterdamse Barlaeus Gymnasium mist naar mijn mening zo'n grondslag.

13. De terminologie: positieve actie en positieve discriminatie

Sommige discussianten over 'positieve discriminatie' wijzen er graag op dat hier sprake is van een contradictio in terminis (56). Hun redenering luidt: discriminatie is het maken van onderscheid op grond van niet gerechtvaardigde criteria zoals ras of sekse; wanneer op grond van ras of sekse onderscheid wordt gemaakt met het oog op het bereiken van 'goede' doeleinden is het gebruik van die criteria wel degelijk gerechtvaardigd, zodat niet van discriminatie kan worden gesproken. Daarom wordt door sommigen de voorkeur gegeven aan een term waarbij het woord 'discriminatie' wordt vermeden, bijvoorbeeld 'voorkeursbehandeling' of 'positieve actie' (57).

Nu is de voorkeur voor de naamgeving van een bepaalde handelingspraktijk uiteindelijk een kwestie van afspraak; de legitimering van de handelingspraktijk zelf lost men er niet mee op. Hooguit kan men door middel van een bepaald woordgebruik van zijn of haar instemming of afkeuring proberen te laten blijken (58). Indien men onder 'positieve actie' ook 'voorkeursbehandeling' wil begrijpen, zoals de Emancipatieraad doet, kan daar op inhoudelijke gronden geen bezwaar tegen worden gemaakt (59). Hooguit zou men kunnen zeggen dat zo'n term onduidelijk, wat versluisend, is.

De ambivalentie van de term 'positieve discriminatie' acht ik in tegenstelling tot anderen juist een voordeel. Het lijkt mij alleen maar een voordeel dat de spanningsverhouding tussen doel – wegnemen van groepsachterstand – en middel – het hanteren van een 'verdacht' criterium – ook in de naamgeving gehandhaafd blijft. Het

(56) Recentelijk nog G.J. Veerman, in *Beleid & Maatschappij*, 1987, 6, p. 268.

(57) Onlangs nog schreef een voorlichter van de Emancipatieraad in reactie op het gebruik van de term positieve discriminatie: 'Echter, positieve discriminatie is geen discriminatie maar verkeerd woordgebruik. De Emancipatieraad spreekt al jaren van 'voorkeursbehandeling'. En voorkeursbehandeling is een tijdelijk middel om de achterstandssituatie van vrouwen op de arbeidsmarkt en in het arbeidsproces versneld op te heffen'. *NRC-Handelsblad*, 10 januari 1989 (opiniepagina).

(58) Overigens kan men voor- en tegenstanders niet altijd herkennen aan de terminologie. Zo spreekt Dworkin, een sterk voorstander, van 'reverse discrimination', zie zijn *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, pp. 223 - 240, 1978.

(59) Emancipatieraad, *Advies arbeidsvoorziening en positieve actie*, Den Haag, 1986.

zoeken naar alternatieve, minder drastische middelen blijft daardoor gemakkelijker op de agenda staan (60). Het verlagen van 'kwalificaties' wordt door sommigen wel als hét kenmerk van positieve discriminatie gezien (61). Hoewel ik ogenblikkelijk toegeef dat het verlagen van kwalificaties speciale rechtvaardigingsproblemen stelt, wil ik niettemin vasthouden aan de term positieve discriminatie omdat ook bij voorkeur bij gelijke kwalificaties mensen worden buitengesloten op grond van een groepskenmerk.

14. Vrouwen en etnische groepen

Tot dusverre werden vrouwen en leden van etnische groepen in een adem genoemd. Maar in hoeverre is zo'n gelijkstelling in het kader van positieve discriminatie gerechtvaardigd? Is de maatschappelijke achterstand van vrouwen niet veel sterker verankerd in een institutioneel seksisme dat zich veel moeilijker laat ontmantelen dan het institutionele racisme? Het Amerikaanse Hoogerechtshof heeft deze vraag ontkennend beantwoord door wél aan classificaties gebaseerd op ras maar niet aan die op basis van sekse de juridische kwalificatie 'verdacht' te verbinden (62).

Een poging de collectieve geschiedenis van ontrechting van zwarten inhoudelijk te vergelijken met die van vrouwen is een hachelijke onderneming. Bovendien heeft een dergelijke exercitie, behalve als politiek breekbijzer, wellicht slechts nut om inzicht te verwerven omtrent de mechanismen van sociale controle van minderheidsgroepen (63).

(60) Wellicht ten overvloede: ik spreek hier nu alleen over *directe* vormen van positieve discriminatie. Het gebruik van de term *indirecte* positieve discriminatie had in mijn betoog slechts tot doel aan te tonen dat – in theorie althans – de meeste vormen van discriminatie een 'positieve' tegenhanger bezitten. Voor het alledaagse gebruik is de term 'indirecte positieve discriminatie' minder fraai; de ingeburgerde term 'positieve actie' kan daarvoor dienst doen.

(61) Bij voorbeeld door de Adviescommissie Onderzoek Minderheden, in haar advies over deze materie dat als bijlage is opgenomen in het rapport *Een eerlijke kans*, van F. Bovenkerk, Ministeries van Binnenlandse Zaken en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 1986, p. 145. Deze adviescommissie volgde hiermee Bovenkerk, die overigens zelf lid van die commissie was, p. 21.

(62) Kenmerkend is de opmerking van rechter Powell in diens beslissende uitspraak in de zaak *Bakke* dat '... the perception of racial classifications as inherently odious stems from a lengthy and tragic history that gender-based classifications do not share. In sum, the Court has never viewed such classifications as inherently suspect or as comparable to racial or ethnic classifications for the purposes of equal protection analysis.'

(63) In de jaren zestig en zeventig vond, in navolging van de Amerikaanse vrouwenbeweging, de politieke leuze: 'de vrouw-is-een-nikker' ook in Nederland navolging.

Om op grond van een verondersteld geringer (of groter) onrecht in het verleden te concluderen tot andere maatstaven ter beoordeling van (positieve) discriminatie van vrouwen is naar mijn mening echter niet gerechtvaardigd.

De vaak geconstateerde structurele overeenkomst tussen discriminatie op grond van ras en op grond van sekse, neemt echter niet weg dat er tussen de oorzaken van de achterstelling en achterstand van vrouwen, respectievelijke etnische groepen belangrijke verschillen bestaan. Deze verschillen, die met name samenhangen met de maatschappelijke gevolgen van zwangerschap, indiceren dat een aantal vragen niet adequaat naar analogie met het verbod op rassendiscriminatie kan worden opgelost (64). Voor de bestrijding van de ondervertegenwoordiging van vrouwen in het beroepsleven kan naar mijn mening wél worden aangeknoopt bij de maatregelen die (kunnen) worden genomen om de ondervertegenwoordiging van leden van etnische groepen in allerlei functies te verminderen (65). Hoewel van een volledige replica van de maatregelen van antidiscriminatie en positieve discriminatie ten behoeve van etnische groepen geen sprake zal kunnen zijn, sterken met name de ervaringen in de Verenigde Staten mij in de opvatting dat van de ontwikkeling van een juridisch en beleidsmatig instrumentarium voor de ene groep een stimulans kan uitgaan voor de andere.

IV. RECHTSVERGELIJKENDE AANTEKENINGEN

15. *Inleidende opmerkingen*

Het sociale probleem dat positieve discriminatie wil redresseren – de ondervertegenwoordiging van vrouwen en leden van etnische groepen in het maatschappelijke leven – bestaat, zij het met grote

(64) Zie hierover H.Th.J.F. van Maarseveen, in: *NJB*, 16 juni 1984, pp. 709 - 716; Tineke van Vleuten, Sexediscriminatie: een probleem apart?, in: *Nemesis*, 3, 1987, 121 - 126; de conclusie die Van Vleuten, in navolging van Van Maarseveen trekt is, dat als discriminatie op grond van sekse een onderdeel zou gaan vormen van een algemeen anti-discriminatielawet 'de geheel eigen omvang, de historie en de culturele bepaaldheid van de rechtspositie van vrouwen verdwijnt', id. p. 123.

(65) Van Vleuten somt een aantal vragen op waarvoor zij een specifiek op vrouwen toegesneden discriminatiebegrip nodig acht; deze hebben echter vrijwel geen betrekking op de deelname van vrouwen aan het beroepsleven, p. 123 (noot 11).

variatie, in veel landen van de wereld. De juridische erkenning van dat probleem heeft in verscheidene landen zijn wettelijke neerslag gevonden. Maar ook hier zien we, zo zal blijken uit de hiernavolgende rechtsvergelijkende schets, aanzienlijke verschillen. Deze variatie heeft vooral betrekking op de *mate* waarin aan bepaalde groepen voorrang mag worden gegeven op grond van de aanwezige maatschappelijke achterstand; dat bepaalde vormen van positieve discriminatie rechtens mogelijk zijn, lijkt thans in de meeste landen niet langer ernstig omstreden.

Dat in deze paragrafen de meeste aandacht aan de Verenigde Staten van Amerika wordt besteed, vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat de toelaatbaarheid van positieve discriminatie onder de benaming 'affirmative action' het laatste decennium veelvuldig door de Amerikaanse rechter is getoetst. In de rechtspraak en rechtswetenschappelijke literatuur die daardoor voorhanden is lijken de meningen nu enigszins uitgekristalliseerd. Bovendien is er een duidelijk te traceren invloed van de Amerikaanse rechtspraak en wetgeving ter zake van discriminatie naar ras en sekse op die van Nederland (66).

16. *De Verenigde Staten van Amerika*

Terwijl de politieke en maatschappelijke discussie over de toelaatbaarheid en wenselijkheid van positieve discriminatie voortduurt (zij het naar mijn indruk minder heftig dan in de laatste jaren), is het federale Hooggerechtshof in toenemende mate bereid vormen van positieve discriminatie te erkennen die het in het verleden veel minder

(66) Voor de rechtspraak is de belangrijkste uitspraak *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, (1971); deze heeft de uitkomst in *Binderen/ Kaya*, H.R. 10 december 1982, NJ 1983, 687 beïnvloed, alsmede de zaak *Van Dam*, Hof's-Hertogenbosch, 17 april 1984, NJ 1985, 202, die soortgelijke gevolgen had op het gebied van de discriminatie op grond van sekse. Door de pleitbezorgers voor een wettelijk verbod van seksdiscriminatie is van meet af aan naar de Amerikaanse wetgeving gekeken, zie bijvoorbeeld, Emancipatiecommissie, *Advies over de wenselijkheid van een wet tegen seksdiscriminatie*, Rijswijk, 1977, met name bijlagen B,C en E. Ook voor de dringend gewenste wetgeving ter voorkoming van discriminatie op grond van oudere leeftijd, doet haar eloquente pleitbezorger, Van Maarseveen, gaarne een beroep op de Amerikaanse Age Discrimination in Employment Act. 29 U.S.C. § 621 e.v., zie voor diens laatste artikel over dit onderwerp, Leeftijd, differentiatie of discriminatie?, in *Ouderenrecht, Ars Aequi*, 37 (1988) 10, pp. 627 - 632, met verwijzingen naar de Amerikaanse literatuur.

welwillend tegemoet trad. Vóór 1978 werd de Civil Rights Act van 1964 (67) door het Hof geïnterpreteerd als een absoluut verbod op discriminatie: voorkeur voor welke groep dan ook, minderheid of meerderheid, vrijwillig of verplicht, was in strijd met de wet:

'Discriminatory preference for any group, minority or majority, is precisely and only what Congress has proscribed. What is required by Congress is the removal of artificial, arbitrary, and unnecessary barriers to employment when the barriers operate invidiously to discriminate on the basis of racial or other impermissible classification' (68).

De grondwettigheid en de wenselijkheid van speciaal op vrouwen en minderheden gerichte recruterings- en scholingsprogramma's zijn in de Verenigde Staten nauwelijks omstreden. De discussie spitst zich toe op de toelaatbaarheid van positieve discriminatie bij het verdelen van banen waarbij om getalsmatige overwegingen de voorkeur wordt gegeven aan personen die tot een bepaalde groep horen zonder dat er een juridisch bewijs is geleverd dat er in het verleden door de werkgever werd gediscrimineerd.

Het Hof heeft zich zeer terughoudend betoond bij het nemen van beslissingen in positieve discriminatie-zaken. Aanvankelijk heeft het getracht beslissingen in dit soort zaken te vermijden door ze 'moot' te verklaren (69). Wanneer het wel een beslissing gaf, had die dikwijls betrekking op zeer eng omschreven geschilpunten. Een duidelijke consistente meerderheid voor of tegen positieve discriminatie was er, althans tot voor enige tijd, niet: het Hof gaf dikwijls elkaar tegensprekende opinies (70).

(67) 78 Stat. 253 (1964).

(68) *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424, 431 (1971); in *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.* 427 U.S. 273, 280 (1976) concludeerde het Hof wederom dat het Congres de bedoeling had 'to eliminate alle practices which operate to disadvantage the employment opportunities of any group protected by Title VII including Caucasians.'

(69) 'Mootness' houdt in dat, wanneer de rechten van de betrokkene niet door de uitkomst van een rechtsgeding kunnen worden gewijzigd, er geen juridische controverse meer is waarover het oordeel van een rechter gevraagd kan worden. De Amerikaanse Grondwet (artikel III) gebiedt dat rechters uitsluitend hun oordeel geven over feitelijke, concrete geschillen en verbiedt het geven van adviserende oordelen.

(70) In de eerste positieve discriminatie-zaak waarover het Hof zich uitsprak, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), waren er maar liefst zeven verschillende opinies; in de tot nu toe laatste belangrijke zaak, *Paul E. Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 55 U.S. Law Week 4380 (1987) waren er wel-

Met de beslissing in *Regents of the University of California v. Bakke* (71) in 1978, sprak het Hof zich voor het eerst uit de over de wettigheid van positieve discriminatie. In deze beslissing werd het hanteren van een minimumquotum van gekwalificeerde minderheidsstudenten bij de toelating tot een medische faculteit weliswaar afgewezen, maar het meewegen 'ras' als één van de selectiecriteria werd niet strijdig geacht met het gelijkheidsbeginsel van de Grondwet (72).

Hoewel nog veel vragen onbeantwoord zijn gebleven, valt er naar mijn mening toch een duidelijke kentering ten gunste van de legaliteit van positieve discriminatie waar te nemen. Plaatsen we de vraag naar de juridische toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling in een continuüm met als beginpunt: voorkeur is per se onrechtmatig, en met als eindpunt: het geven van voorkeur wordt verondersteld toelaatbaar te zijn als het maar voldoet aan een minimale eis van rationaliteit, dan kunnen we het antwoord ergens halverwege localiseren. Geen van de negen rechters van het Hooggerechtshof heeft gesteld dat het hanteren van 'verdachte' classificaties ten gunste van minderheden altijd in strijd is met de wet (73). Anderzijds is geen der hoge rechters bereid gebleken voorkeursbehandeling van minderheden en vrouwen aan de terughoudende criteria te toetsen die voor economische regelgeving gelden (74).

Voordat ik de criteria weergeef die het Hooggerechtshof blijkens zijn uitspraken voor de toelaatbaarheid van positieve discriminatie hanteert, zal ik in het kort ingaan op de federale regelgeving terzake van de zogenaamde 'affirmative action programs'. Qua opzet hebben deze model gestaan voor de 'positieve actie plannen' zoals die voor

→ is waar vijf verschillende opinies, maar was er een duidelijke meerderheid (5 - 3) voor positieve discriminatie. Zie over deze zaak de tekst behorende bij voetnoot 104.

(71) Zie vorige noot.

(72) Veertiende Amendement, Sectie 1: (. . .); nor (shall any State) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

(73) Het gebruik van classificaties om minderheden uit te sluiten is slechts gerechtvaardigd in geval van een nationale noodtoestand, zie *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944).

(74) Sociaal-economische regelgeving wordt verondersteld rechtsgeldig te zijn als er, hoe dan ook, maar een rationele grondslag aan gegeven kan worden; men spreekt wel van de 'rational basis test' of de 'test of minimal scrutiny', i.t.t. de 'test of strict scrutiny', die met name ten aanzien van raciale classificaties, die minderheden achterstellen, wordt gehanteerd.

het Nederlandse overheidspersoneel tot ontwikkeling zijn gebracht (75).

'Affirmative action program'

Elke onderneming van enige omvang in de Verenigde Staten die zaken doet met de federale overheid is verplicht een 'affirmative action program' over te leggen (76). Zo'n programma wordt gedefinieerd als 'a set of specific and result-oriented procedures to which a contractor commits itself to apply every good faith effort'. Het doel ervan is 'equal employment opportunity' (77).

Wil een 'affirmative action program' voor de overheid acceptabel zijn, dan dient het tenminste twee elementen te bevatten. Ten eerste een analyse van punten waarop de overheidscontractant tekortschiet 'in the utilization of minority groups and women'. Ten tweede moet zo'n programma doeleinden en een tijdschema ('goals and timetables') vermelden waarmee de overheidscontractant te goeder trouw de gesignaleerde onderbenutting meent te kunnen opheffen. Aan de uitwerking van een 'affirmative action program' worden gedetailleerde eisen gesteld (78).

De 'utilization analysis' dient nauwkeurig weer te geven hoeveel vrouwen en leden van minderheidsgroepen (79) in een onderneming werkzaam zijn (met uitsplitsingen naar salarisschaal, functiecategorie, promotiemogelijkheid, etc.) in verhouding tot het aantal dat voor de arbeidsmarkt beschikbaar is. De richtlijnen specificeren acht factoren die bij de 'beschikbaarheidsanalyse' betrokken dienen te worden. Gelet moet worden op onder andere de omvang van de minderheden in de omgeving van de werkplek, het percentage werklozen onder de leden van minderheidsgroepen in de omgeving van de werk-

(75) Zie *Handleiding voor positieve actie*, 's-Gravenhage, 1986, samengesteld in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken door A. de Jong, A. van Doorne-Huiskes e.a..

(76) De juridische grondslag van 'affirmative action programs' is Executive Order 11246 (1965) van President Johnson, welke voor het laatst is geamendeerd door Executive Order 12086 van 1978. De administratieve uitwerking wordt gegeven in de Affirmative Action Guidelines neergelegd in 41 Code of Federal Regulations (hierna: C.F.R.) 60-2.1. Deze richtlijnen stellen de grens op ondernemingen vanaf 50 werknemers en contracten vanaf \$50.000.

(77) 41 C.F.R. 60-2.10.

(78) 41 C.F.R. 60-2.11.

(79) Volgens 41 C.F.R. 60-2.11 (a) zijn dat 'Blacks, Spanish-surnamed Americans, American Indians, and Orientals'.

plek, de beschikbaarheid van minderheden die binnen de organisatie van de contractant in aanmerking kunnen komen voor promotie en de mate van training die een overheidscontractant in redelijkheid kan verschaffen als middel om minderheden voor alle banen in aanmerking te laten komen (80).

Aan de 'goals and timetables' worden eveneens de nodige eisen gesteld (81). Vrijblijvende en niet te controleren beloftes worden niet geaccepteerd. 'Doeleinden' moeten 'significant, meet- en haalbaar' zijn. Een planmatige opzet met een tijdschema wordt vereist. Volgens de richtlijnen mag er echter geen sprake zijn van quotering:

'Goals may not be rigid and inflexible quotas which must be met, but must be targets reasonably attainable by means of applying every good faith effort to make all aspects of the entire affirmative action program work (82).

De afkeer van quota en de vrees dat 'goals' in de praktijk toch als zodanig werken, is sterk aanwezig want een der slotbepalingen van de richtlijnen luidt:

'The purpose of a contractor's establishment and use of goals is to ensure that he meets his affirmative action obligation. It is not intended and should not be used to discriminate against any applicant, or employee because of race, color, religion, sex, or national origin' (83).

De *verplichting* tot affirmative action voor overheidscontractanten bestaat niet voor de overige particuliere werkgevers. Deze kunnen daartoe pas verplicht worden indien de rechter heeft geconstateerd dat er discriminatie heeft plaatsgevonden. Sectie 706(g) van Title VII van de Civil Rights Act van 1964, als gewijzigd in 1972, bepaalt dat: '(i)f the court finds that the respondent has intentionally engaged in or is intentionally engaging in an unlawful employment practice (. . .), the court may enjoin the respondent from engaging in such unlawful employment practice, and order such affirmative action as may be appropriate, which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay (payable by the employer, employment agency, or labor organization, as the case may be, responsible for the unlawful employment practice), or any other equitable relief as the court deems appropriate'.

(80) 41 C.F.R. 60-2.11(b)(1).

(81) 42 C.F.R. 60-2.12.

(82) Id. onder (c).

(83) 41 C.F.R. 60-2.30.

De verplichting tot 'positieve discriminatie' kan worden opgelegd aan werkgevers die zich in het verleden schuldig hebben gemaakt aan discriminatie. Positieve discriminatie wordt hier tussen aanhalingstekens geplaatst omdat een dergelijke maatregel in feite slechts het herstel van gepleegd onrecht betreft: de betrokken vrouwen of leden van minderheidsgroepen worden niet in dienst genomen vanwege hun sekse of ras maar omdat zij gediscrimineerd werden. Van positieve discriminatie is immers pas sprake indien de door positieve discriminatie bevoordeelden zelf geen slachtoffer zijn van discriminatie.

In *Local 28, Sheet Metal Workers International Association v. Equal Employment Opportunity Commission* besliste het Hof voor het eerst dat onder bepaalde omstandigheden een rechter een quoteringsmaatregel mag opleggen ten behoeve van mensen buiten de kring van geïdentificeerde slachtoffers van discriminatie (84). Het enige dat de wet verbiedt is een 'racial balancing', dat wil zeggen dat een rechter louter op grond van een statistische onevenredigheid leden van minderheden in een personeelsbestand (of vakbond (85), waar het in deze zaak om ging) de verplichting zou kunnen opleggen tot voorkeursbehandeling. Hiermee bevestigde het Hooggerechtshof een consistente reeks van uitspraken van federale appelrechters die terugging tot 1969 (86). De omstandigheden, die het Hof noopten in *Sheet Metal Workers* de quoteringsmaatregel op te leggen, betroffen een langdurige praktijk van discriminatie, waarbij de vakbond rechterlijke bevelen ermee te stoppen herhaaldelijk in de wind had geslagen. Rechter Powell schreef in zijn concurring opinion dat '(i)t would be difficult to find defendants more determined to discriminate against minorities' (87). Omdat nadere remedies duidelijk hadden gefaald, kwam het Hof tot de conclusie dat een geringe last die op onschuldige derden, de overige gegadigden, werd gelegd was gerechtvaardigd. Het beklemtoonde dat de quoteringsmaatregel tijdelijk was en de belangen van de zittende leden van de vakbond niet werden aangetast. Bovendien bezat de quoteringsmaatregel de nodige flexibiliteit (88).

(84) 54 U.S. Law Week (1986), 4984.

(85) In de Verenigde Staten is het lidmaatschap van een vakbond voor zeer veel banen een vereiste.

(86) 54 U.S. Law Week (1986), 4984, voetnoot 28.

(87) Id. pp. 4985 - 4988.

(88) Professor Tribe merkt hierover cynisch op: 'Indeed, the degree of flexibility that the Court describes in the plan makes it sound like it may be an inadequate response to the union's intransigent racism', L. Tribe, *American Constitutional Law*. Mincola, New York, 1988, p. 1540.

In de tot dusverre laatste uitspraak van het Hof terzake van voorgescreven positieve discriminatie, *United States v. Paradise* (89) hadden gedaagden net zoals de bovengenoemde *Sheet Metal Workers* een onwaarschijnlijk beschamende staat van dienst. Gedaagde partij, het Alabama Department of Public Safety was al in 1972 door de federale district-rechter een quoteringsmaatregel opgelegd om zwarte politiemensen te werven: gedaagde had niet weersproken dat het in zijn bijna veertigjarige bestaan nimmer één zwarte politieagent in dienst had genomen. De rechter motiveerde de opgelegde quoteringsmaatregel waarbij voor elke blanke politieagent één zwarte in dienst zou moeten worden genomen totdat ongeveer 25 % van het personeel zou bestaan uit zwarten als volgt:

'Under such circumstances . . . the courts have the authority and the duty not only to order an end to discriminatory practices, but also to correct and eliminate the present effects of discrimination. The racial discrimination in this instance has so permeated the Department employment policies that mandatory and prohibitory injunctive relief are necessary to end these discriminatory practices and to make some substantial progress toward eliminating their effects' (90).

Bovendien werd het Department gelast faire, niet discriminerende procedurevoorschriften tot stand te brengen met betrekking tot werving, training, promotie e.d.

Omdat het Department na twaalf jaar, ondanks herhaaldelijke rechterlijke aanmaningen, geen noemenswaardige verbeteringen in de samenstelling van het personeel en selectieprocedures had aangebracht – van de 197 hogere personeelsfunctionarissen waren er slechts 4 zwart en dan nog uitsluitend in de laagste rang van korporaal – gelastte de federale rechter in 1984 dat 'voorlopig tenminste 50% van de promoties tot korporaal naar zwarten zou dienen te gaan' (91). Het Hooggerechtshof achtte de quoteringsmaatregel niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel van de Grondwet, zelfs niet onder de toets van 'strict scrutiny'. Het doel: het wegnemen van de geconstateerde systematische en hardnekkige discriminatie, vormde een 'compelling state interest' en het middel was zorgvuldig op het

(89) 55 U.S. Law Week 421 (1987). De stemverhouding was 5 (Rechters Brennan, Marshall, Blackmun, Powell en Stevens) tegen 4 (Rechters O'Connor, Rehnquist, Scalia en White).

(90) Id. p. 4212.

(91) Id. p. 4215.

doel toegesneden. Het Hof toetste de toelaatbaarheid van het quotum-middel aan vijf criteria:

1. *kwalificaties*: de maatregel hoeft niet te worden toegepast indien er geen gekwalificeerde zwarte kandidaten zijn.
2. *flexibiliteit*: de quoteringsmaatregel bevat een ontsnappingsclausule.
3. *tijdelijkheid*: de toepassing van de quoteringsmaatregel is afhankelijk van het eigen gedrag van het Department: zodra het een niet-discriminerende promotieprocedure tot stand heeft gebracht, vervalt de quoteringsmaatregel;
4. *referentiekader*: het quotum staat in een redelijke verhouding tot de relevante beroepsbevolking.
5. *de gevolgen voor derden*: de maatregel legt geen onacceptabele last op 'innocent third parties': het tijdelijke, beperkte en niet absolute karakter staan daar borg voor. Er hoefden geen ontslagen te vallen. Het enige dat van de genoemde derden wordt gevraagd is te dulden dat hun promotie enige tijd wordt uitgesteld (92).

Een belangrijk deel van de controverse over positieve discriminatie betreft *vrijwillige* positieve discriminatie. Men moet zich overigens van de mate van 'vrijwilligheid' geen al te florissante voorstellingen maken: overeenkomsten (consent decrees) waarin een numerieke voorkeursbehandeling is vervat komen doorgaans tot stand onder politieke druk of onder de dreiging van een discriminatie-proces dat voor de gedaagde partij ongunstig dreigt af te lopen.

Werkgevers hoeven niet aan te tonen dat zij in het verleden hebben gediscrimineerd om tot 'affirmative action' over te gaan. Anders zouden ze in de val zitten: doen ze niets, dan zijn ze aansprakelijk jegens minderheidsgroepen; treffen ze wel maatregelen, dan kunnen ze aansprakelijk worden gehouden door leden van de groepen wier belangen worden geraakt. Dit dilemma heeft geleid tot de volgende oplossing: de werkgever dient statistisch gegevens te verzamelen op grond waarvan *prima facie* discriminatie kan worden aangetoond.

Uit de verzamelde gegevens moet een duidelijke discrepantie blijken tussen het percentage leden van minderheidsgroepen dat bij een werkgever in dienst is en het beschikbare, gekwalificeerde aanbod. Bovendien moet het gaan om 'traditioneel gesegregeerde functies'. Als dat het geval is, kan een onderneming zich zowel verweren tegen

(92) Id. pp. 4218-4221.

opponenten van de ondernomen positieve discriminatie als tegen mogelijke discriminatieklachten op grond van Title VII omdat zij nu bezig is daaraan een eind te maken.

In 1979 werd in *United Steelworkers v. Weber* (93), het eerste positieve discriminatie geschil terzake van arbeid, bepaald dat een werkgever doelbewust door middel van een quoteringsmaatregel voor een interne bedrijfsopleiding het aantal zwarte vaklui binnen een onderneming mag vergroten zonder daarmee de wet te overtreden (94). Rechter Brennan, die de uitspraak voor de meerderheid schreef, oordeelde dat het verbod op discriminatie van de Civil Rights Act gelezen moet worden in de context van de wetgevingsgeschiedenis. Hij was van mening dat de letter van de wet weliswaar voedsel kon geven aan de gedachte dat elke vorm van 'race-conscious affirmative action' werd verboden, maar dat dat niet in de geest van de wet zou zijn. Zijn conclusie was dat de wet de overheid verbood werkgevers te *verplichten* voorkeursbehandeling toe te passen, maar dat bepaalde vormen van *vrijwillige* voorkeursbehandeling zeer wel met het doel van de wet strookten. De precieze randvoorwaarden voor vrijwillige voorkeursbehandeling wilde Rechter Brennan niet geven. Hij volstond met noemen van enkele redenen waarom de omstreden quoteringsmaatregel toelaatbaar was: (1) hij beknotte de belangen van de blanke werknemers niet onnodig; er werden bijvoorbeeld geen blanke werknemers ontslagen om door zwarte te worden vervangen; (2) hij was tijdelijk; de voorkeursbehandeling zou eindigen op het moment dat het percentage zwarte vaklui correspondeerde met dat van de lokale zwarte beroepsbevolking en (3) het quotum was niet bedoeld om een raciale evenredigheid te handhaven, maar om een duidelijke onevenredigheid weg te nemen (95). In *Fullilove v. Klutznick* (96) waarin het Hof de grondwettigheid bevestigde van een wettelijke quotumregeling waarbij 10% van de fondsen voor een werkgelegenheidsproject werd gereserveerd voor 'minderheidsondernemingen', werden wederom enige voorwaarden voor voorkeursbehandeling geschetst: (1) het ging om een experiment; (2) de regeling was tijdelijk; (3) ze had een flexibele uitvoeringsstructuur, die bij

(93) 443 U.S. 193 (1979).

(94) Titel VII van de Civil Rights Act van 1964, § 703 (a) & (d).

(95) 443 U.S. p. 208.

(96) 448 U.S. 448 (1980).

voorbeeld voorzag in de mogelijkheid 'minderheidsondernemingen' die niet te lijden hadden gehad van discriminatie uit te sluiten en (4) de last op blanke ondernemers was betrekkelijk licht (97). Bovendien, zo beklemtoonde het Hof, had het congres in het licht van overweldigend bewijs van aanhoudende discriminatie geen effectief alternatief (98).

De vraag of voorkeursbehandeling bij ontslag is geoorloofd, kwam expliciet aan de orde in *Wygant v. Jackson Board of Education* (99). Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend met als motivering dat voorkeursbehandeling bij ontslag, in tegenstelling tot die bij werving, de gehele last van het bereiken van raciale gelijkheid te zeer op de schouders legt van bepaalde individuen:

'In cases involving valid *hiring* goals, the burden to be borne by innocent individuals is diffused to a considerable extent among society generally. Though hiring goals may burden some innocent individuals, they simply do not impose the same kind of injury that layoffs impose. Denial of a future employment opportunity is not as intrusive as loss of an existing job' (100).

Derhalve diende het schoolbestuur uit te zien naar 'less restrictive means', zoals het hanteren van streefcijfers bij werving (101).

In *Wygant* stelt het Hof overeenkomstig voorgaande beslissingen, dat de belangrijkste grondslag voor een remedieële raciale classificatie gevonden dient te worden in een specifiek aanwijsbare discriminatiepraktijk in het verleden:

'This Court has never held that societal discrimination alone is sufficient to justify a racial classification. Rather the Court has insisted upon some showing of prior discrimination by the governmental unit involved before allowing limited use of racial classification in order to remedy such discrimination' (102).

Een beroep op algemene 'maatschappelijke discriminatie' acht het daarvoor te 'amorf'. Het argument van het schoolbestuur dat zwarte leerlingen gediend zijn met zwarte leerkrachten als 'rol model',

(97) Id. pp. 481 - 484.

(98) Id. pp. 465-466.

(99) 106 S.Ct. 1842 (1986).

(100) Id. p. 1851 - 1852.

(101) Id. p. 1852.

(102) Id. p. 1847.

wordt om dezelfde reden afgewezen: het verband met gepleegde discriminatie ontbreekt (103).

In de vooralsnog laatste uitspraak van het Hof betreffende vrijwillig ondernomen positieve discriminatie, *Paul E. Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California, et al.* (104), lijkt de meerderheid van het Hof op dit retrospectieve criterium terug te komen. Op de toekomst gerichte overwegingen en niet slechts het tegengaan van de gevolgen van discriminatie in het verleden kunnen de grondslag vormen voor positieve discriminatie:

‘(. . .) I see no reason why the employer has any duty, prior to granting a preference to a qualified minority employee, to determine whether his past conduct might constitute an arguable violation of Title VII. Indeed, in some instances the employer may find it more helpful to focus on the future. Instead of retroactively scrutinizing his own or society’s possible exclusions of minorities in the past to determine the outer limits of a valid affirmative action program – or indeed, any particular affirmative action decision – in many cases the employer will find it more appropriate to consider other legitimate reasons to give preferences to members of underrepresented groups (105).

Een dergelijke formulering vormt een breuk met voorgaande uitspraken met hun zware accent op ‘past discrimination’. In hoeverre deze preoccupatie met de noodzaak om te concluderen tot discriminatie in het verleden alvorens positieve discriminatie geoorloofd te achten nu definitief wordt verlaten, valt af te wachten. Het loslaten van de fixatie op de retrospectieve redenering zou in ieder geval het voordeel hebben dat de afstand tussen de uitvoeringspraktijk van ‘affirmative action’ enerzijds en de juridische onderbouwing anderzijds wordt versmald (105a). De overheidsinstanties en het bedrijfsleven die ‘af-

(103) Id. pp. 1847 - 1848.

(104) 55 U.S. Law Week p. 4379 (1987).

(105) Id. p. 4388 (Rechter Stevens). De opinie werd geschreven door rechter Brennan, waarin hij werd gevolgd door de rechters Marshall, Blackmun, Powell en Stevens. Rechter Stevens schreef ook een aparte ‘concurring’ opinie. Rechter O’Connor gaf een ‘concurring’ opinie voor wat de beslissing betrof. De overige rechters volgden rechter Scalia in diens scherpe afwijzing.

(105a) Zie *Affirmative Action Today*, Bureau of National Affairs, Washington, D.C. 1986, pp. 101-143. Toen President Reagan poogde de cisen van de verplichte ‘affirmative action’ programma’s te verzachten, verzette het bedrijfsleven zich daartegen omdat het vreesde dat dat een onzekere juridische status van vrijwillige ‘affirmative action’ met zich mee zou brengen, zie N. Glazer, *The Affirmative Action Stalemate*, in *The Public Interest*, Winter 1988, pp. 95 e.v.

firmative action' in praktijk moeten brengen werken immers vooral met statistische discrepanties e.d. en nauwelijks met geconstateerd discriminatoir gedrag.

In de onderhavige zaak wees het Hof de eis af van een man die op grond van een 'affirmative action plan' voor een bevordering was gepasseerd door een vrouw die een tikkeltje minder goed had gescoord op een vergelijkende test dan de eiser (106).

Het Hof achtte het 'affirmative action plan' wettelijk toelaatbaar mede op basis van de in *Weber* ontwikkelde criteria:

(1) er is sprake van een duidelijke discrepantie tussen het percentage vrouwen in arbeidsorganisatie en het percentage beschikbare vrouwen op de relevante arbeidsmarkt in een traditioneel gesegregeerde functie;

(2) 'seks' is één van de vele factoren – het gold slechts als een 'plus' op grond van statistische ondervertegenwoordiging; kwalificaties blijven het voornaamste selectie criterium. Mannen kunnen blijven meedingen naar openstaande promotieplaatsen: 'No persons are automatically excluded from consideration; all are able to have their qualifications weighted against those of other applicants' (107). Promotiebeslissingen worden van geval tot geval genomen.

(3) de rechten van derden worden niet onnodig geschaad omdat (a) er hooguit een verwachting van, maar geen recht op promotie bestaat en (b) promotie in de toekomst mogelijk blijft.

(4) Het doel van het plan is het bereiken van een evenredige personeelssamenstelling, niet het handhaven ervan.

(5) de omstandigheid dat het plan niet met zoveel woorden een tijdsli-

(106) Interessant zijn de processuele aspecten met betrekking tot de stelplicht en bewijslast van degene die meent door een 'affirmative action' plan in zijn rechten te zijn geknot. Deze houden de volgende stappen in:

1. De eiser vestigt een *prima facie* claim door aan te tonen dat ras of seks een besliscingscriterium vormde voor de werkgever;

2. De werkgever dient daarop een niet-discriminatoir motief voor zijn beslissing te geven, bijvoorbeeld de aanwezigheid van een 'affirmative action' plan;

3. De eiser kan vervolgens trachten aan te tonen dat dat plan slechts een voorwendsel is en/of dat het plan niet valide is;

4. De werkgever dient vervolgens bewijsmateriaal ter ondersteuning van zijn plan over te leggen; dit hoeft echter niet zover te gaan dat de werkgever volledig de geldigheid van zijn plan moet aantonen;

5. Op de eiser rust de bewijslast dat het plan te kort schiet.

Id. p. 4382.

(107) Id. p. 4385.

miet kent, acht het Hof in *dit* geval, waar geen sprake was van getalsmatige quota, zoals in *Weber*, geen wettelijk vereiste (108).

17. Het Verenigd Koninkrijk

De *Sex Discrimination Act* van 1975 kan wellicht als de uitvoerigste en meest gedetailleerde anti-seksediscriminatiewetgeving ter wereld worden beschouwd; zij laat slechts onder zeer nauwkeurig omschreven omstandigheden *vrijwillige* positieve discriminatie toe terzake van scholing en training. Artikel 47 van genoemde wet staat toe dat beroepsopleidingen zich uitsluitend op één sekse – vrouw of man richten indien is gebleken dat gedurende de voorafgaande twaalf maanden niemand of slechts een relatief gering aantal personen van die sekse aan zo'n beroepsopleiding heeft deelgenomen. Er wordt een vrij scherp onderscheid gemaakt tussen 'opleiding' en 'werving' voor banen: alleen maatregelen met betrekking tot het eerstgenoemde zijn onder artikel 47 mogelijk. Stageplaatsen, maar waarschijnlijk ook bedrijfsopleidingen die vrijwel automatisch leiden tot een baan, vallen daar niet onder (109). Artikel 48 biedt een soortelijke mogelijkheid aan werkgevers en organisaties van werkgevers en werknemers. Daarnaast mogen genoemde organisaties zich bij werving van nieuwe leden richten op één sekse – vrouw of man. Op grond van artikel 49, tenslotte, mogen deze organisaties een minimum aantal bestuurszetsels reserveren voor de ondervertegenwoordigde sekse.

De *Race Relations Act* van 1976 is qua opzet en uitwerking een kopie van de *Sex Discrimination Act*. Ook deze wet laat slechts op zeer beperkte schaal en onder dezelfde stringente voorwaarden positieve discriminatie toe ten behoeve van etnische groepen (110).

18. De Bondsrepubliek Duitsland

De Duitse grondwet bepaalt in artikel 3 II: 'Männer und Frauen sind gleichberechtigt' (111). Naar algemene opvatting wordt dit artikel ge-

(108) Id. p. 4386.

(109) Zie hierover Christopher McCrudden, *Rethinking Positive Action*, in *Industrial Law Journal*, 1986, pp. 235 - 236.

(110) Secties 37 en 38 van de *Race Relations Act* 1976. De jurisprudentie geeft bovendien een beperkte uitleg aan deze bepalingen, zie bijv. *Hughes v. London Borough of Hackney* (1986), 7 *Equal Opportunities Review*, 27 e.v.

(111) Artikel 3 II Grondgezet (hierna: GG) (1949).

zien als een concretisering van de algemener geformuleerde grondwettelijke bepaling dat 'niemand wegens zijn geslacht, afkomst, (. . .) benadeeld of bevoordeeld mag worden' (112). Nu deze bepalingen gelden voor alle wetten en regelingen van de centrale en de lokale overheden, vormen ze een sterke juridische barrière voor elke vorm van positieve discriminatie.

De vraag of de Grondwet positieve discriminatie toelaat houdt de Duitse juristen al lang bezig. De vijftigste Duitse Juristendag in 1974 was gewijd aan de vraag 'Welche rechtlichen Maßnahmen sind vorzuziehen, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten' (113)?

Löwisch stelt in zijn preadvies dat de Grondwet 'geen bijzondere opdracht bevat om de emancipatie van de vrouw of haar deelname aan het beroepsleven te bevorderen' (114). Hij is van mening dat dit de overheid zeker niet verboden, maar ook niet geboden is; kortom, het is een zaak van beleidsvrijheid.

Positieve discriminatie voor het in dienst nemen van vrouwen wijst hij op grond van het c.a.o.-recht af (115). Wel doet hij de aanbeveling speciale scholingsmaatregelen te treffen om de toegang van vrouwen tot 'mannenberoepen' te bevorderen (116).

Een geheel ander geluid liet Säcker in zijn bijdrage aan dezelfde Juristendag horen. Hij was van mening dat de Grondwet in artikel 3 II de wetgever verplicht om in het kader van de sociale rechtsstaat 'auch die faktische-reale Voraussetzungen zu schaffen, unter denen die der

(112) Art. 3 III GG.

(113) *Gutachten für die 50. Deutschen Juristentag*, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Band I, Deel D., München, 1974. Preadviseurs waren Manfred Löwisch (arbeidsrecht), Wolfgang Gitter (sociaal verzekeringsrecht) en Annemarie Menzel (belastingrecht).

(114) Id. p. 42. Hij verwijst daarbij onmiddellijk naar de Grondwet van de DDR, waar dat wel het geval is: 'Die Förderung der Frau, besonders in der beruflichen Qualifizierung, ist eine gesellschaftliche und staatliche Aufgabe' (art. 20, tweede lid, onder 2).

(115) Id. p. 62; Löwisch noemt slechts één mogelijkheid tot gerechtvaardigde 'quotering'. Id. p. 68. De casus waarmee hij zijn stelling adstrueert, heeft echter meer te maken met negatieve dan positieve discriminatie: 'Nimmt man als Beispiel den Fall, daß in einen Betrieb zur gleichen Zeit vier gleichartige Beförderungspositionen frei werden, für die es sechs gleichqualifizierte Bewerber gibt, von denen vier Männer und zwei gleich oder besser qualifizierte Frauen sind und unterstellt man, daß der Arbeitgeber die vier Männer befördern will, so könnte dem der Betriebsrat unter Hinweis darauf entgegenreten, daß die Frauen trotz gleicher Eignung übergangen worden sind', Id. p. 67.

(116) Id. p. 42.

Frau verfassungskräftig zugesagte Gleichberechtigung Wirklichkeit werden kann' (117). Een van de conclusies die hij daaruit trok was, dat de overheid bij de keus uit gelijkelijk geschikte kandidaten de voorkeur zou moeten geven aan de ondervertegenwoordigde sekse (118). Bij de stemming over de vraagpunten werd echter elke vorm van quoteringsregeling ten gunste van vrouwen afgewezen.

De in 1977 door de Bondsdag ingestelde commissie 'Frau und Gesellschaft' komt in haar eindverslag met een groot aantal voorstellen die aanzienlijk verder gaan dan de hiervoor genoemde (119). Behalve een pleidooi voor specifiek voor vrouwen bedoelde scholingsmaatregelen, doet zij de aanbeveling te komen tot vrijwillige positieve discriminatie met streefcijfers naar Amerikaans model. Voor de overheid wenst zij een quoteringsregeling, niet slechts streefcijfers, waarbij, onder voorwaarde van gelijke geschikte kandidaten, vrouwen bij werving en promotie net zolang worden bevoorrecht totdat er een kwantitatief evenwicht tussen de geslachten is bereikt (120).

De arbeidsjurist Hanau merkt over deze aanbevelingen droogjes op dat de rechtsgeldigheid ervan nog maar moet worden aangetoond daar het geldende Duitse recht 'keine ausdrückliche Sonderbestimmung zugunsten der umgekehrten Diskriminierung kennt' (121).

De Duitse wetgever heeft in tegenstelling tot de andere landen van de EG (met uitzondering van Italië) geen uitvoering gegeven aan artikel 2, vierde lid van de tweede Europese richtlijn, omdat hij van mening was dat het verbod op discriminatie de daadwerkelijke gelijkheid van kansen al vooronderstelt. De Bondsdagcommissie voor Arbeid en Sociale Zaken was blijkens haar verslag eenstemmig in haar opvatting dat al die maatregelen die betrekking hebben op het vergroten van de kansen van vrouwen op de arbeidsmarkt toelaatbaar zijn (122). Als voorbeeld noemt zij onder andere speciaal voor vrouwen bedoelde stageopleidingen in de technische en industriële beroepen. Voor-

(117) Franz Jürgen Säcker, Verhandlungen des 50 DJT, deel L, München, 1974, pp. 25 e.v.

(118) Id. p. 23.

(119) Bericht der Enquete-Kommission Frau und Gesellschaft gemäß besluß der Deutschen Bundestages vom 25. Mai 1977, BT-Drucks 8/4461 (29 augustus 1980).

(120) Id. pp. 16 e.v.

(121) Peter Hanau, *Die umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben*, in Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, p. 209.

(122) Bundestags-Drucksache 8/4259, p. 9.

keursbehandeling van vrouwen, ook niet bij gelijk gekwalificeerde sollicitanten, zou echter niet mogelijk zijn (123).

Omdat het Duitse debat over de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling van vrouwen vooral betrekking heeft op functies in de openbare dienst, zal ik me daartoe beperken.

Art. 33 II GG bepaalt dat iedere Duitser benoembaar is in de openbare dienst 'nach seinen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung'. Mag in het licht van dit artikel rekening worden gehouden met sociaal-politieke doelstellingen zoals het verminderen van de achterstand van vrouwen in het overheids personeel als de keuze bestaat uit kandidaten met gelijke kwalificaties? Hanau is van mening dat art. 3 II GG zich daartegen verzet. Hij wijst er op dat de verschillende ambtenarenwetten dit artikel zo hebben geconcretiseerd dat de selectie van ambtenaren moet plaatsvinden '*ohne Rücksicht auf das Geschlecht*' (124). De regeling van bijvoorbeeld de Freie Universität Berlin (FUB) om bij gelijke geschiktheid de voorkeur te geven aan een vrouw acht hij dan ook met grote stelligheid in strijd met de Grondwet: 'Regelungen dieser Art sind nur parteipolitisch und gesellschaftspolitischen, insbesondere feministischen, Unternehmen gestattet. Möglicherweise versteht sich die FUB selbst als ein solches unternehmen, doch überschreitet das die einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gezogenen Grenzen' (125).

Dit zeer terughoudende standpunt wordt weersproken door Ernst Benda, voormalig president van het Constitutionele Hof. In een uitvoerig en invloedrijk preadvies heeft hij uiteengezet dat bepaalde, zwakke vormen van voorkeursbehandeling volgens het huidige Duitse recht toelaatbaar zijn. Sterkere vormen behoeven echter een thans nog ontbrekende wettelijke grondslag (126). Benda's redenering die in de Bondsrepubliek de heersende leer lijkt te worden komt op het volgende neer (127).

(123) Aldus Hanau, a.w. (noot 121) p. 211.

(124) Id. p. 210 - 211, zijn cursivering. Hij verwijst naar paragraaf 8, lid 1, tweede zin BBG, paragraaf 7 BRRG en paragraaf 12 Landesbeamtengesetz Berlin.

(125) Id. p. 221.

(126) Ernst Benda, *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktion zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei - Leitstelle Gleichstellung der Frau - der Freien und Hansestadt Hamburg*. Hamburg, 1985. Het preadvies telt 229 pagina's.

(127) Id. pp. 220 - 229.

Op grond van art. 3 II GG, dat zowel een subjectief grondrecht als een sociaal waardeoordeel inhoudt, moet de overheid de juridische gelijkheid tussen mannen en vrouwen bevorderen en discriminatie tegengaan. Tegelijkertijd dient de overheid bij te dragen tot de gelijkheid tussen de seksen in de sociale werkelijkheid. Omdat in de middelbare en hogere functies van de openbare dienst vrouwen aanzienlijk zijn ondervertegenwoordigd heeft de overheid de principiële verplichting deze feitelijke ongelijkheid met daartoe gepaste maatregelen ongedaan te maken. De overheid is volgens Benda in ieder geval *verplicht* al die voorwaarde scheppende maatregelen te nemen die vrouwen in staat stellen op gelijke voet in dienst te treden bij de overheid. Allerlei vormen van indirecte positieve discriminatie – kinderopvang, bevordering van deeltijdarbeid, ouderschapsverlof e.d. – komen daarvoor in aanmerking.

Voorkeursbehandeling van vrouwen is problematischer. Wat de directe vormen van positieve discriminatie aangaat, wordt de toepassing van art. 3 II GG weliswaar beïnvloed door de 'Sozialstaatsklausel' (128), maar het subjectieve recht van art. 3 II GG kan daarmee niet geheel terzijde worden geschoven. De individuele gelijkheid van kansen voor mannen en vrouwen dient overeind te blijven. De grondwettelijke plicht bestaat derhalve niet: 'Kein Gestaltungsauftrag, sondern Gestaltungsbefugnis' (129). Slechts onder beperkte voorwaarden acht Benda 'positive Förderungsmaßnahmen' voor vrouwen mogelijk. Welke zijn die voorwaarden? De grondwettelijke grens wordt getrokken door de criteria van het hiervoor vermelde art. 33 II GG: 'Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung.' Dit artikel moet eng volgens Benda worden geïnterpreteerd:

'Es darf auch nicht dadurch umgangen werden, daß die einzelnen Beurteilungskriterien soweit herabgesetzt oder so vergrößert werden, daß für mehrere in Wirklichkeit unterschiedlich qualifizierte Bewerber eine gleiche Qualifikation festgestellt wird' (130). Slechts bij werkelijk gelijke kwalificaties mag aan de ondervertegenwoordiging van vrouwen onder omstandigheden een argument voor benoeming worden ontleend. Dit dient echter van geval tot geval beoordeeld te worden. Afgewezen worden derhalve al die quoteringsregelingen die van vrouwen andere, lagere kwalificaties verlangen en die

(128) Artikelen 20 I en 28 I GG.

(129) Id. p. 220.

(130) Id. pp. 222 - 223.

welke geen ruimte voor andere overwegingen laten. Streefcijfers zijn wel acceptabel zolang ze niet te onbepaald zijn geformuleerd. De referentiegroep dient duidelijk omschreven te zijn. Ook hier geldt echter dat dergelijke regelingen het beginsel van gelijke kansen niet te zeer mogen aantasten. Benda bepleit aan te knopen bij het aantal sollicitanten naar een functie en niet bij de proportionele verdeling van de zittende functionarissen.

19. Frankrijk

De Wet van 13 juli 1983 – de Loi Roudy, genoemd naar de initiatiefneemster ervan, Minister van vrouwenrechten, Yvette Roudy, – die tot doel heeft de 'égalité professionnelle' van vrouwen en mannen in het particuliere bedrijfsleven te bewerkstelligen kent een aantal bepalingen op grond waarvan positieve discriminatie van vrouwen mogelijk is (131). Het belangrijkste is artikel L. 123-3, dat inhoudt dat de bepalingen die het maken van onderscheid naar sekse verbieden 'ne font pas obstacle a l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant a établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes'. De bedoelde maatregelen, die betrekking kunnen hebben op de werving, training, promotie, de organisatie van het werk en de arbeidsomstandigheden (132) kunnen worden neergelegd in een 'plan pour l'égalité'. Zo'n 'plan pour l'égalité' dient de uitkomst te zijn van onderhandelingen binnen de onderneming tussen werkgever en vakbonden. Indien tussen partijen geen overeenstemming wordt bereikt, kan de werkgever zo'n plan eenzijdig opleggen, met dien verstande dat de directeur van de de-

(131) Loi no. 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (Loi Roudy).

Bij geconstateerde overtreding van het verbod op seksdiscriminatie kan de rechter de werkgever een behoorlijke boete opleggen. Het opvallende is echter dat de tenuitvoerlegging ervan kan worden opgeschort om de werkgever in staat te stellen om, na overleg met de ondernemingsraad, gehoor te geven aan een rechterlijk bevel binnen een bepaalde termijn orde op zaken te stellen. De beslissing uitstel te verlenen kan in voorkomende gevallen een rechterlijk bevel bevatten om de aldus vast te stellen maatregelen uit te voeren. Na het verstrijken van het uitstel beoordeelt de rechter de voorgenomen en uitgevoerde maatregelen op grond waarvan hij de boete al dan niet kan opleggen. Desnoods kan hij een tweede en laatste uitstel verlenen.

(132) Id., tweede alinea.

partementale arbeidsinspectie binnen twee maanden na afkomst van het plan geen schriftelijk, gemotiveerd bezwaar maakt (133).

De wet Roudy legt werkgevers met meer dan 50 werknemers de verplichting op een jaarlijks rapport uit te brengen waarin de arbeidssituatie van mannen en vrouwen vergeleken wordt met die van het voorafgaande jaar. Aan dat rapport worden de nodige eisen gesteld: uitsplitsingen naar onder meer functie, salarisschaal, werving, training, promotie en functieclassificatie. Het rapport dient een overzicht te bieden wat er van de maatregelen, die in het voorafgaande jaar zijn genomen, terecht is gekomen en van de kwantitatieve en kwalitatieve doelstellingen voor het komende jaar (134). Ook dient het plan een kostenberaming te bevatten. Dat laatste is van belang met het oog op de mogelijkheid om overheidssubsidie te krijgen. Indien een plan namelijk inhoudt: 'actions exemplaires pour la réalisation de l'égalité professionnelle entre des hommes et des femmes,' dan kan de overheid maximaal 50 % van de opleidingskosten, 30 % van het loon van de vrouwelijke personeelsleden in opleiding en 30 % van de overige uit het plan voortvloeiende kosten betalen (135).

De wet Roudy is niet van toepassing op de openbare dienst. Daarvoor geldt sedert 1982 een aparte wettelijke regeling die onder druk van de Europese richtlijn voor gelijke behandeling van 9 februari 1976 een einde maakte aan de bestaande quoteringsregelingen die ten nadele van vrouwen konden werken (136).

De ministeriële circulaire van 24 januari 1983 wijst op de mogelijkheden om de doelstelling van een werkelijke gelijkheid van kansen van mannen en vrouwen in de openbare dienst naderbij te brengen. Evenals in de wet Roudy zien we hier, naast het voordragen van meer vrouwelijke kandidaten en het evenwichtiger samenstellen van sollicitatiecommissies, het voorschrift van een voortdurende statistische voortgangscntrole (137).

(133) Art. L. 123-4.

(134) Art. L. 432-3-1.

(135) Art. 18 Loi Roudy; dit artikel is bij besluit van 30 januari 1984 nader uitgewerkt.

(136) Wet van 7 mei 1982, no. 82-380. Zie over de voorgeschiedenis van deze wet alsmede het huidige gebruik van quota in het Franse overheidsperoneelsbeleid, H.R.B.M. Kummeling, Quoteringsregeling bij benoemingen in openbare dienst in Frankrijk: een voorbeeld dat geen navolging verdient, in *Staatkundig Jaarboek 1987*, A.W. Heringa, R.E. de Winter en W.J. Witteveen, red. Ars Aequi, Nijmegen, 1987, pp. 137 - 152.

(137) Zie Kummeling, a.w. (vorige noot), pp. 147-148.

20. Overige lidstaten der Europese Gemeenschap

Wat de overige lidstaten van de Europese Gemeenschap betreft, beperk ik me tot de wetgeving ter uitvoering van artikel 2, vierde lid, van de EG-richtlijn van 9 februari 1976 (137a).

De *Belgische* uitvoeringswet bevat in art. 119 een bepaling die letterlijk overeenkomt met art. 2, vierde lid, van de genoemde richtlijn (138). Wel wordt in genoemd artikel de restrictie gemaakt dat bedoelde maatregelen nader omschreven zullen worden bij Koninklijk Besluit (139).

In *Denemarken* is afwijking van gelijkheidsbeginsel mogelijk voor maatregelen ter 'bevordering van de gelijke kansen voor mannen en vrouwen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden weg te nemen die de toegang tot werkgelegenheid en beroepsopleiding belemmeren' na vergunning van de Minister van Arbeid (140). Dit betekent overigens niet dat voor elke vorm van positieve actie vooraf een vergunning moet worden verkregen; slecht positieve actie 'die discriminatie inhoudt' vereist dat (141).

De *Griekse* wet van 30 januari 1984 staat toe dat 'maatregelen ten gunste van slechts één sekse niet zullen worden beschouwd als discriminatie, noch zullen zij in strijd zijn met deze Wet, indien zij een bijdrage leveren aan het wegnemen van ongelijkheden en aan het herstel van de gelijkheid van kansen' (142). Het vervolg van dit aange-

(137a) *Publikatieblad*, L 39/40, 14 februari 1976. Het genoemde artikel luidt: 'Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, eerste lid, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden'.

Een soortgelijke bepaling bestaat (nog) niet ten behoeve van etnische groepen. Wel is er een Resolutie van de Raad van Ministers, 22 december 1986, *Publikatieblad*, C 340, 31 december 1986, p. 4, met een dergelijke strekking.

(138) Wet op de Economische Heroriëntering, titel V, *Belgisch Staatsblad*, 4 augustus 1978, no. 157, no. 157, p. 906.

(139) Koninklijk Besluit van 6/1987.

(140) Art. 11 van de Wet met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de toegang tot de arbeid, no. 161, 12 april 1978, *Lootidende A*, 1978, no. 19, p. 490.

(141) Aldus de Deense expert op het terrein van de wetgeving gelijke behandeling Ruth Nielsen; zie haar 'Positive action in Scandinavia', in *Equal opportunities International*, Vol. 2, no. 2, 1983, p. 2.

(142) Artikel 10, tweede lid van Wet no. 1414 met betrekking tot de toepassing van het beginsel der gelijkheid der seksen in arbeidsverhoudingen en enige andere voorzieningen, *Efemeris tes Kubereseos*, Deel I, 2 februari 1984, no. 10, p. 1.

haald artikel doet vermoeden dat de Griekse wetgever speciaal het oog had op beroepsopleidingen voor sectoren waarin de ene sekse zwak is vertegenwoordigd.

Ierland volgt de restrictieve en gedetailleerde wetgeving van het Verenigd Koninkrijk (143).

De *Italiaanse* wet is zeer strikt en kent geen bepalingen die uitdrukkelijk verwijzen naar de mogelijkheid de kansen van vrouwen te vergroten (144).

De *Luxemburgse* uitvoeringswet van de Europese richtlijn van 1976 neemt de Europese formulering over (145).

Spanje kent geen wettelijke uitzonderingsbepalingen die positieve discriminatie mogelijk maken (146).

In *Portugal* bestaat er een wettelijke basis voor positieve discriminatie, die geformuleerd is in de vorm van een uitzondering op de hoofdregel van gelijke behandeling (146a).

V. BESLUIT

21. Karakterisering van positieve discriminatie in Nederland

De wijze waarop thans – een begin van – uitvoering wordt gegeven aan het Nederlandse beleid van positieve actie en positieve discriminatie, is sterk geöriënteerd op het model dat in de Verenigde Staten tot ontwikkeling is gekomen, zij het zonder de begeleiding met de juridische tam-tam die de 'affirmative action programs' in het land van herkomst ten deel viel. Vormen van voorkeursbehandeling die in de Verenigde Staten geen enkele rechterlijke toets zouden doorstaan,

(143) Zie no. 18; De Ierse bepaling is art. 15 van de Employment Equality Act van 1 juni 1977, no. 16 van 1977.

(144) Zie T. Treu, Italy, in *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 14, 1985, pp. 154 - 155.

(145) Art. 2 derdelid, van de Loi du 8 décembre 1981 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et la condition de travail, *Mémorial*, Series A, 16 december 1981, no. 91, p. 2194.

(146) Ik baseer me op C.E. van Vleuten, *Met wettelijke middelen. Een studie over de bestrijding van sexediscriminatie met wettelijke middelen in het buitenland*. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 's-Gravenhage, 1986, p. 183.

(146a) Id. p. 177. De wijze waarop de uitzondering is geformuleerd heb ik niet kunnen achterhalen.

zijn in Nederland nauwelijks onderwerp van discussie. De Nederlandse wetgeving biedt met haar ruime formulering de rechter voor zo'n toetsing ook weinig aanknopingspunten.

Het Nederlandse positieve discriminatiebeleid dat expliciet 'evenredigheid' tot *doel* heeft, zou de normen van de jurisprudentie van het Amerikaanse federale Hooggerechtshof met haar verbod op 'balancing' niet overleven. Ook de wijze waarop de belangenafweging tussen 'bevoordeelde' en 'benadeelde' partij in de Nederlandse rechtspraak plaatsvindt, steekt schraal af tegen de zorgvuldigheid waarmee de proportionaliteit van het middel ten opzichte van het doel in Amerikaanse rechtspraak wordt getoetst.

Een treffende illustratie voor de Nederlandse aanpak vormen enkele beslissingen van de administratieve rechter terzake van het voorkeursbeleid bij het verlenen van een vestigingsvergunning voor huisartsen (147). De toetsingscriteria zijn vrijwel uitsluitend procedureel: in hoeverre is het besluit van het bevoegd gezag, i.c. de gemeenteraad, met voldoende redenen omkleed om van een andersluidend advies van een benoemingsadviescommissie af te wijken? De gemeenteraad kan daarbij volstaan met de bewering dat zij streeft naar een evenwichtiger samenstelling van de in haar gemeente werkzame huisartsen. Daarbij volstaat dat de voorkeurskandidaat 'voldoende' is gekwalificeerd. De motivering van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State is kort: 'Wij overwegen dat in het regionaal beleidsplan huisartsen uitdrukkelijk staat vermeld dat het beleid van de gemeente Tilburg erop is gericht het aantal vrouwelijke huisartsen te vergroten en dat daarom bij voldoende geschiktheid vrouwelijk kandidaten de voorkeur hebben. Naar Ons oordeel is dit beleid op zichzelf alleszins aanvaardbaar te achten'. Het belang van de benadeelde persoon komt slechts in één zin aan de orde: 'Gezien het vorenstaande menen Wij dat het nadeel dat de verzoeker bij onmiddellijke uitvoering van het bestreden besluit lijdt niet onevenredig is in verhouding tot het met een zodanige uitvoering te dienen belang' (148).

Een dergelijke korte en bondige motivering staat in sterk contrast met de uitvoerige motivering in de zaak *Bakke* die de Verenigde Sta-

(147) Zie P.S.P. Vanderheyden, Jurisprudentie vestigingsbeleid huisartsen, een tussenbalans, in *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, maart 1987, pp. 74-97. Zie hierover tevens het preadvies van Goldschmidt op p. 14.

(148) 5 november 1987, No. R03.88.0491 S5136.

(148a) Zie pp. 43-44.

ten maanden lang in haar ban hield en die slechts op zeer beperkte gronden medische faculteiten toeliet bij de selectie van studenten met 'ras' rekening te houden of met de hiervoor besproken zaak *Johnson*. Maar ook in vergelijking tot de wetgeving van de medelidstaten van de Europese Gemeenschap biedt het Nederlandse wettelijke kader de mogelijkheden voor een ruimhartig beleid van positieve discriminatie. De wijze waarop de Nederlandse wetgever uitvoering heeft gegeven aan artikel 2, vierde lid van de Europese Richtlijn van 9 februari 1976 (149) laat dat zien. Ter uitvoering van deze richtlijn wordt in de wetgeving gekozen voor een formulering, waarbij het begrip 'kansen' is komen te vervallen: zij spreekt kortweg over het opheffen van 'feitelijke ongelijkheden' (150). Dit is opmerkelijk, maar in het licht van de door mij gesignaleerde oriëntatie op 'achterstand' in plaats van op 'achterstelling' niet verwonderlijk (151). Wel is deze formulering, in dit opzicht uniek onder de lidstaten van de Europese Gemeenschap.

De Raad van de Europese Gemeenschappen heeft in zijn aanbeveling van 13 december 1984 nader aangegeven wat onder de maatregelen als bedoeld in genoemd art. 2, vierde lid dient te worden verstaan (152). In art. 4 worden een aantal 'aspecten' van positieve actieprogramma's genoemd, die in de door mij gebruikte terminologie voornamelijk vallen in de categorie van de indirecte positieve discriminatie. Voor zover directe positieve discriminatie wordt aanbevolen, heeft die betrekking op maatregelen terzake van scholing en training. Zelfs het Nederlandse beleid van een gematigde voorkeursbehandeling gaat dus al verder dan deze aanbeveling. Het communautair vervolgp programma voor 'gelijke kansen voor de vrouw' voor de periode 1986-1990 lijkt de afstand tot de Nederlandse regelgeving nauwelijks te verkleinen.

Voor deze relatief voortvarende stappen van Nederlandse zijde zijn

(149) *Publikatieblad* nr. L39/40, 14 februari 1976. Zie voetnoot 137a.

(150) Art. 1 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, *Stb.* 1980, 86. Bovendien hanteert deze wet een seksenetrale formulering. Op grond van de letter van de wet zouden derhalve ook mannen 'in een bevoorrechte positie' kunnen worden geplaatst. De Memorie van Toelichting van de Wet wijst er echter op dat dat in de praktijk weinig zal voorkomen. *Bijlage Handelingen Tweede Kamer*, zitting 1978/1979, p. 5761.

(151) Zie no. 4. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet gelijke behandeling zijn over het weglaten van het begrip 'kansen' geen opmerkingen gemaakt, zie *Handelingen Tweede Kamer*, zitting 1978/1979, pp. 5761 e.v..

(152) 84/635/EEG.

overigens goede redenen. De deelname van vrouwen op de arbeidsmarkt is ten onzent, naar Europese maatstaf gemeten, opmerkelijk laag. Het beleid van de overheid om daarin wijziging te brengen is derhalve zeer wel te verdedigen. Kwantitatieve doelstellingen vervullen daarbij een nuttige, ja zelfs onmisbare functie. Zonder een kwantitatieve indicatie zou de normatieve idee van 'gelijke kansen' in een gecompliceerde samenleving als de onze een onhanteerbaar begrip blijven. De gerechtvaardigde oriëntatie op de kwantitatieve achterstand van verschillende groepen legitimeert echter niet elke overheids- of particuliere maatregel (153). De recente uitspraken van het Amerikaanse federale Hooggerechtshof bieden in dat opzicht goede aanknopingspunten.

(153) Cf. de conclusie van Advocaat-Generaal Sir Gordon Slynn in zaak 312/86 van het Hof van Justitie EG, *Commissie v. Frankrijk* die door het Hof werd gevolgd: 'Il est inadmissible de prétendre, comme la France semble le faire, que les femmes ayant en règle générale fait l'objet des discriminations, toutes dispositions en faveur des femmes dans le domaine du travail sont en soi valide en tant qu'elles s'insèrent dans un processus visant à rétablir l'égalité, Conclusion 312/86, p. 9 (21 septembre 1988).

II. STAATS- EN BESTUURS- RECHTELIJKE ASPECTEN VAN POSITIEVE ACTIE

Preadvies mr. J.E. Goldschmidt

INLEIDING, 59
GRONDRECHTELIJKE ASPECTEN, 78
<i>Botsing van grondrechten, 84</i>
<i>Horizontale werking, 95</i>
Bestuursrechtelijke aspecten, 100
<i>Legaliteits en specialiteit, 100</i>
<i>Subsidie, 107</i>
<i>Vergunningen, 112</i>
<i>Gebruik van privaatrecht, 115</i>
TOT SLOT, 116

*Staats- en bestuursrechtelijke aspecten van positieve actie**

INLEIDING

1. In dit preadvies zal positieve actie behandeld worden als aspect van de vraag: Wat betekent het gelijkheidsbeginsel in een pluralistische, democratische, sociale rechtsstaat?

De (juridische) discussie over positieve actie en voorkeursbehandeling omvat een aantal discussies over algemene staats- en bestuursrechtelijke vraagstukken zoals de betekenis van het rechtsstaatbegrip, conflicten tussen grondrechten, de rechtsgrond voor subsidiëring, de vergunningverlening als beleidsinstrument (1).

2. Aan de toevoeging van *sociale* aan het begrip rechtsstaat ligt de opvatting ten grondslag dat van de staat een inhoudelijke bijdrage wordt verwacht aan het welzijn van de burgers. Terwijl het formele rechtsstaatbegrip zich beperkt tot het stellen van grenzen aan het overheidsoptreden (ook de overheid is aan de wet gebonden), wordt

* Het schrijven van een preadvies is een betrekkelijk eenzame bezigheid, waarbij de stimulans die collega's op mijn verschillende werkplekken, elk vanuit hun eigen invalshoek, gaven in gesprekken en commentaar onmisbaar was. Het manuscript werd op 15 december 1988 afgesloten.

(1) Deze vraagstukken zijn aan de orde geweest in eerdere preadviezen, zowel van de NJV als van de Vereniging voor administratief recht, de VAR. Zie met name

A.G. Maris en J.M. Polak, Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten en zo ja, welke? Preadviezen NJV, Handelingen der NJV 1, eerste stuk, Zwolle 1969,

F.H. van der Burg, Is het wenselijk dat de overheid maatregelen neemt tot ordening en publicatie van bestaande subsidievoorwaarden? en J.H. van Kreveld, In hoeverre mogen en moeten bij het verlenen van subsidie voorwaarden gesteld worden? Preadviezen NJV, Handelingen der NJV 1, tweede stuk, Zwolle 1977, Chr. Kooij en F.P.C.L. Tonnaer, Vergunningverlening in stroomversnelling, Geschriften van de Vereniging van Administratief recht XCII, Alphen aan den Rijn, 1984,

E.M.H. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, Geschriften van de VAR XCIX, Alphen aan den Rijn, 1988.

van de overheid in een sociale rechtsstaat verwacht, dat burgers van bepaalde grondrechten ook daadwerkelijk kunnen genieten (2), dat de staat voorwaarden schept voor een meer dan louter juridische uitoefening van burgerschap (3).

Een sociale rechtsstaat die het gelijkheidsbeginsel hoog in het vaandel heeft staan zal dus niet kunnen volstaan met het postuleren van gelijke behandeling, maar zal bij uitblijven van gelijke posities van verschillende groepen, die gelijkheid actief moeten bevorderen. Het *rechtsstaats* karakter stelt tegelijkertijd tevens grenzen aan de mogelijkheden die de overheid hiertoe heeft. Deze grenzen hebben onder andere betrekking op de eis dat wetten algemene (naar gelding en sub-ject) werking moeten hebben en dat elk overheidsoptreden op een wet moet berusten.

Het feit, dat de rechtsstaat een *democratische* is, roept vragen op naar de mogelijkheden, die er zijn om te zorgen dat alle burgers ook daadwerkelijk bij de besluitvorming betrokken kunnen zijn.

Tenslotte volgt uit het *pluralistische* karakter van de samenleving dat er andere verbanden zijn dan het staatsverband, die zoveel mogelijk hun eigen identiteit willen behouden, hetgeen mede mogelijk gemaakt wordt door grondrechten als verenigingsvrijheid, onderwijsvrijheid, godsdienstvrijheid.

3. Al deze verschillende elementen kunnen met elkaar op gespannen voet staan. Zo kunnen de grondrechten waarop leden van bepaalde deelverbanden zich beroepen botsen met het gelijkheidsstreven. Die spanning komt niet alleen tot uitdrukking in de discussie rond de Algemene wet gelijke behandeling, maar ook bij de vraag in hoeverre bij subsidieverlening voorwaarden aan bijzondere instellingen gesteld kunnen worden. Subsidieverlening is één van de manieren waarop de overheid probeert te sturen. De juridische status van subsidieregelingen staat volop in de belangstelling (4).

Het gelijkheidsbeginsel komt tevens als algemeen beginsel van be-

(2) I.C. van der Vlies, Verhouding rechtsstaat en sturing, in: M.A.P. Bovens, W. Derksen, W.J. Witteveen, Rechtsstaat en Sturing, Zwolle 1987, p. 121-140.

(3) H.R. van Gunsteren, Rechtsstaat of juridische traditie, in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, Rechtsstaat en sturing, Zwolle 1987, p. 171-187.

(4) Zie het advies van M. Scheltema aan de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwsubsidies, Tweede Kamer 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 453-467, het standpunt van de Enquêtecommissie, met name Regels en Beleid, Tweede Kamer 1987-1988, 19 623, nr. 30, p. 267-281 en Slotbeschouwing, p. 369-374 en de reacties daarop in het themanummer van het Nederlands Juristenblad 1988, jrg. 63, nr. 15.

hoorlijk bestuur en als grondrecht aan de orde bij het hanteren van andere beleidsinstrumenten: vergunningverlening, gebruik van privaatrecht. De vraag naar de plichten en grenzen die het gelijkheidsbeginsel de overheid oplegt toont zich in steeds wisselende gedaanten.

Niet alle aspecten van de implementatie van het gelijkheidsbeginsel zullen hier aan de orde komen: centraal staan de vragen die worden opgeworpen met betrekking tot voorkeursbehandeling en positieve actie. Daarbij zal ik mij niet verdiepen in de plichten van de overheid als werkgever; hiervoor verwijs ik naar het preadvies van Fase.

4. In hoeverre kan de overheid door middel van voorkeursbehandeling en positieve actie gelijke behandeling bevorderen en welke grenzen legt de rechtsstaat op aan het sturingsvermogen van de overheid? Zo luidt dan de centrale vraag. Aan de vraagstelling ligt een aantal aannames van de schrijfster ten grondslag die kort zullen worden geëxpliciteerd, nadat een toelichting is gegeven op enkele centrale begrippen, zoals rechtsstaat en sturing, het gelijkheidsbeginsel, positieve actie, en voorkeursbehandeling. Vervolgens zullen enkele staatsrechtelijke en bestuursrechtelijke aspecten van de vraagstelling besproken worden. In het staatsrechtelijk deel staat de positie van grondrechten centraal. Hoe verhoudt het gelijkheidsbeginsel zich tot andere grondrechten en wat is de betekenis ervan in het rechtsverkeer tussen particulieren?

In het bestuursrechtelijk deel ligt de nadruk op de beleidsinstrumenten die de overheid ten dienste staan om te bevorderen dat discriminatie bestreden en gelijke behandeling gerealiseerd wordt.

5. 'Rechtsstaat' lijkt een vertrouwd begrip, stellen de inleiders van een opstellenbundel over 'Rechtsstaat en sturing' (5), om vervolgens te constateren dat alle tien auteurs er hun eigen inhoud aan geven. Scheltema constateert, dat rechtsstaat zo langzamerhand een verzamelbegrip is geworden (6). Gemeenschappelijke elementen zijn er uiteraard wel te vinden. Centraal staat de eis dat de overheid in een rechtsstaat gebonden is aan het recht, het legaliteitsbeginsel (7).

(5) W.J. Witteveen, M.A.P. Bovens en W. Derksen, Inleiding bij Rechtsstaat en sturing, Zwolle 1987, p. 5.

(6) De rechtsstaat herdacht, Bundel ten behoeve van Rechtsstaatscongres, Groningen 1989 (concept).

(7) Scheltema (zie noot 6) beschouwt het rechtszekerheidsbeginsel als één van de beginselen van de rechtsstaat. Dit betekent, dat het optreden van de overheid op de wet moet berusten. Hieruit leidt bij vervolgens de legaliteits eis af, dat het optreden van de over-

Maar wat betekent dat? Moet *elk* overheidsoptreden op een wet gebaseerd zijn? Is aan de eis van rechtsstatelijkheid voldaan als het beleid terug te voeren is op een wettelijke bepaling? Of moeten er nadere eisen gesteld worden aan de relatie tussen een bepaalde overheids-handeling en het recht, bijvoorbeeld, dat deze een directe is. Is het relevant *wie* de wet maken, of zij hun bevoegdheid ontleen aan degenen over wie zij heersen? En, tenslotte, dienen er eisen gesteld te worden aan de *inhoud* van het recht dat aan het overheidsoptreden ten grondslag ligt: is rechtsstaat een louter formeel of ook een materieel begrip?

De aandacht voor deze vragen hangt samen met de veranderende verhouding tussen staat en maatschappij. Als wetgeving en beleid grotendeels samenvallen, zoals in de klassieke liberale rechtsstaat, ligt het allemaal eenvoudiger (8). Geelhoed schetst dat de ontwikkeling van een ordenende naar een presterende staat samengaat met het benadrukken van aanspraken die de burger heeft jegens de overheid. Voor ons onderwerp is daarbij de socialisering van klassieke en de opkomst van sociale grondrechten van belang. De sociale grondrechten bevatten de kern van de aanspraken die de burger jegens de overheid heeft. Naarmate de overheid meer taken krijgt groeit tevens de afhankelijkheid van de burgers van de overheid (9). De toegenomen afhankelijkheid treedt op enerzijds door het ontstaan van nieuwe taken, anderzijds door het overnemen van taken door de overheid die vroeger door anderen werd vervuld. In het laatste geval verschuift de afhankelijkheid van afhankelijkheid van privé-personen naar afhankelijkheid van de overheid. Het afstoten van taken door de overheid naar particulieren, privatisering, betekent niet dat de invloed en verantwoordelijkheid van de overheid afnemen. Via (minder controleerbare) lijnen, zoals aandelen en kredieten, blijft de overheid een

→ heid op een wettelijke grondslag moet berusten. Daarmee is zijn legaliteits-eis een aspect van het in het rechtszekerheidsbeginsel verdisconteerde legaliteitsbeginsel.

(8) Zie Geelhoed's analyse van de ontwikkeling van de functies van de staat: De interveniërende staat, Den Haag 1983, p. 6 e.v.

(9) Zie: K. Schuyt en R. van der Veen (redactie), De verdeelde samenleving, Een inleiding in de ontwikkeling van de Nederlandse verzorgingsstaat, Leiden, 1986, met name de Inleiding van R. van der Veen, De ontwikkeling van de Nederlandse verzorgingsstaat. In de bijdrage van I. van Vliet, Sociale zekerheid in de klem, wordt aangegeven dat de verhouding actieven-niet actieven binnen de beroepsbevolking in 1983 2,8:1 was tegenover 11,3:1 in 1960. Daarmee is ook de (inkomens)afhankelijkheid van de overheid enorm gestegen.

vinger in de pap houden. In alle gevallen betekent dit dat niet alleen de sociale grondrechten nieuwe claims voortbrengen, maar dat ook de context waarin men zich op klassieke grondrechten beroept verandert. De grens tussen sociale en klassieke grondrechten wordt steeds vloeiender. Hoewel de Grondwet nog steeds de drukpersvrijheid garandeert (artikel 7 lid 1) ligt de nadruk bij de discussie over de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting bij vragen over de inrichting van het omroepbestel, de subsidie aan de schrijvende pers (10), kortom op die terreinen waar juist actief overheidsoptreden wordt verlangd, maar tegelijkertijd benadrukt wordt dat dit overheidsoptreden niet mag leiden tot inmenging die het grondrecht uitholt. Meer overheidsoptreden leidt immers tot meer overheidsbemoeienis, meer regelgeving. De Commissie-Geelhoed wees erop dat de last van die regelgeving vooral drukt op degenen die afhankelijk zijn van collectieve voorzieningen. Bovendien bemoeilijkt het toenemen van regels de handhaving ervan (11). Burkens constateert, dat ook de politiek zich niet bekommert om de daadwerkelijke effecten van de regelgeving die tot stand komt (12). Dit echter terzijde: de vraag naar effectiviteit van regelgeving zal in het volgende niet direct aan de orde komen. Wel zal de wetgever zich moeten realiseren dat bezinning op het gedrag van de burgers in verhouding tot de gestelde normen noodzakelijk is (13). De vraag is, met welke instrumenten de overheid zelf kan bijdragen aan de implementatie van de gestelde gelijkheidsnorm.

6. Het doel is gelijke behandeling. Over de inhoud en bruikbaarheid van dit begrip bestaan verschillende opvattingen. Zo kan men verschillend denken over de toepasbaarheid van het gelijkheidsbeginsel: is het slechts een open deur, of een ideologische norm, of heeft het meer betekenis voor de rechtspraktijk als bron van een afdwingbaar recht (14)? Wat heeft het gelijkheidsbeginsel te bieden aan degenen

(10) Zie G.A.I. Schuyt, *Werkers van het woord*, Deventer 1987.

(11) Eindbericht Commissie-Geelhoed, 1984, Tweede Kamer 17 931, nr. 9, zie: J.G.C. Wiebenga, *Recht, rechtspraak en beleid*, in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, *Sturing van de samenleving*, Zwolle 1986, p. 86.

(12) M.C.B. Burkens, *Het recht als sturingsinstrument*, in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, *Sturing van de samenleving*, Zwolle 1986, p. 49.

(13) I.C. van der Vlies, *Verhouding rechtsstaat en sturing*, in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, *Rechtsstaat en Sturing*, Zwolle, 1987, p. 127.

(14) Zie o.a. E.M.H. Hirsch Ballin, *Staatsrecht en bestuursrecht*: Art. 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: G.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle 1988, p. 127.

die het slachtoffer zijn van bestaande maatschappelijke ongelijkheden?

In een sociale rechtsstaat houdt het gelijkheidsbeginsel meer in dan een formeel discriminatieverbod. Het heeft een duidelijk materiële inhoud, en legt een plicht op tot discriminatiebestrijding, die ook in internationale regelgeving erkend is (15). Het NJCM komt tot de conclusie, dat er op grond van nationale en internationale regelgeving een inspanningsverplichting bestaat voor overheid en werkgevers met betrekking tot vrouwen en minderheden om tot opheffing van feitelijke achterstanden te komen (16).

7. Het discriminatieverbod verbiedt niet alleen directe discriminatie, maar ook indirecte. Er is sprake van indirecte discriminatie als niet rechtstreeks naar een bepaald kenmerk, zoals ras of geslacht, wordt verwezen, maar wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatregel in feite uitsluitend of in overwegende mate mensen met dat bepaalde kenmerk treft, zonder dat hier een objectieve rechtvaardiging voor is. Het begrip indirect onderscheid is voor wat het onderscheid tussen mannen en vrouwen betreft vooral ontwikkeld door het Hof van Justitie van de EG (17). Voor het vaststellen van een discriminerend gevolg kan van statistisch materiaal gebruik gemaakt worden (18). De discussie over de reikwijdte van het verbod op indirecte discriminatie spitst zich toe op de vraag wat objectief gerechtvaardigd is. Is er sprake van een voldoende rechtvaardiging als het bedrijfsbelang gediend wordt met een beperking van het aantal deeltijdwerkers, al betekent dit dat er minder plaats is voor vrouwelijke werknemers (19)? Recentelijk is beslist dat voorschriften van buitenlandse autoriteiten

(15) Zie ook: J.C.E. Ackermans-Wijn, Voorkeursbehandeling van vrouwen in overheidsdienst en quotumregelingen (1), *TvO* 1986, nr. 22, p. 463-466.

(16) Notitie Positieve actie, Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, Leiden 1988.

(17) Zie W.J.P.M. Fase, A.Th.S. Leenen en W.M. Levelt-Overmars, Het directe en indirecte onderscheid, in: *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, Deventer, 1986, p. 47-65.

(18) Voor discriminatie op grond van ras is dit vastgelegd in de uitspraak *Binderen/Kaya*, HR 10 december 1982, NJ 1983, 687; voor discriminatie op grond van geslacht is de zaak *Van Dam van belang*, Hof 's-Hertogenbosch 17 april 1984, NJCM Bulletin 1984, jrg. 9, p. 38i.

(19) Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap was dit inderdaad een rechtvaardigingsgrond, zie *Jenkins* arrest, 31 maart 1981, zaak nr. 96/80, waarin overigens wel strikte criteria werden gegeven voor de toepassing van het begrip indirecte discriminatie.

de in Nederland geldende rechtstreeks werkende internationaal vastgelegde discriminatieverboden niet opzij kunnen zetten (20).

Het grote probleem blijft, dat discriminatie vaak aansluit bij maatschappelijke gewoonten en rolpatronen. Zo blijken bij de selectie van personeel onbewuste vooroordelen een rol te spelen ten nadele van vrouwen (21). Het begrip indirecte discriminatie biedt onvoldoende mogelijkheden om rekening te houden met verschillen in de feitelijke situatie waarin minderheden en vrouwen zich bevinden en de daarmee samenhangende rolpatronen. De ontwikkeling van het begrip indirecte discriminatie bevestigt, dat het gelijkheidsbeginsel niet alleen een louter formeel karakter draagt. Het gelijkheidsbeginsel is evenzeer een materieel begrip, waarbij gelet wordt op het resultaat. Het is een dynamisch beginsel, niet blind voor maatschappelijke ongelijkheid (22), maar gericht op het bestrijden van (bepaalde vormen van) die ongelijkheid. Die materiële invulling betekent dat 'even slecht' niet gelijk is. Om die reden was het niet nodig om een voorbehoud te maken ten aanzien van de militaire dienstplicht bij het VN-Verdrag inzake de uitbanning van discriminatie jegens vrouwen (23). De plichten hoeven niet voor de rechten te gaan. De dynamische, materiële werking van het gelijkheidsbeginsel betekent dat 'het kan worden gebruikt als hefboom voor emancipatie van groepen die in een achterstandspositie verkeren', aldus M.M. den Boer in een bespreking van artikel 1 Grondwet (24).

8. Uitgaande van een materiële betekenis van het gelijkheidsbeginsel, kan de erkenning van ongelijkheid tussen bepaalde groepen, met name tussen mannen en vrouwen en tussen mensen van verschillend ras leiden tot het propageren van voorkeursbehandeling en positieve actie. Ben Sloot (25) onderscheidt een retrospectief en een prospectief redeneerpatroon. Het eerste is gebaseerd op de erkenning van in het

(20) Rechtbank Haarlem, 28 juni 1988, besproken door A. Kruyt in LBR-Bulletin 1988, jrg. 4, nr. 4, p. 22-25.

(21) Zie het dissertatie onderzoek van A.E.M. van Vianen, *Het selectie interview. Over de rol van sekse-stereotypen*, Leiden 1987.

(22) Zie over de dynamiek van het gelijkheidsbeginsel T. Koopmans, *Gelijke burgers, gelijke rechten*, in: M.B.W. Biesheuvel en C. Flinterman, *De rechten van de mens*, Amsterdam, 1983.

(23) Zie hierover mijn bijdrage aan H.Th.J.F. van Maarseveen, D.W.J.M. Pessers en M. Gunning, *Commentaar Internationaal recht en vrouwen*, Zwolle 1987, p. 446-448.

(24) Art. 1 Grondwet: gelijke behandeling en non-discriminatie, *Ars Aequi*, 1987, jrg. 36, p. 135.

(25) *Positieve discriminatie*, Zwolle 1986, p. 227-255.

verleden (en vaak nog voortdurende) aangedane ongelijkheid. Maatregelen ter bevoordeling van ten onrechte gediscrimineerde groepen/personen bieden in deze redenering compensatie. Op deze argumentatie is heel wat af te dingen: compensatie in het heden kan nooit onrecht uit het verleden ongedaan maken, het strookt niet met het schadevergoedingsbegrip, dat de schade vergoed wordt aan anderen dan degenen die de schade geleden hebben, sterker nog: OMDAT de schade verhaald wordt op anderen dan degenen die destijds profiteerden van de discriminatie, wordt er weer gediscrimineerd (26). Het prospectieve redeneerpatroon lijkt beter te passen in het kader van een effectuering van het beginsel van gelijke behandeling: er wordt gewezen op de noodzaak bestaande ongelijkheden op te heffen (27).

9. Feministische juristen besteden veel aandacht aan het gelijkheidsdebat. Het is opvallend dat de inzichten die hier ontwikkeld worden nauwelijks aandacht krijgen buiten de kring van vrouwenstudies-beoefenaar(ster)s. Ten onrechte, want het gaat om belangrijke nieuwe inzichten die de fundamenteën van ons rechtstelsel aan de orde stellen (28). De feministische gelijkheidsdiscussie sluit aan bij het prospectieve redeneerpatroon (29).

Algemeen uitgangspunt is, dat sekseverschillen invloed hebben gehad op de totale positie van mannen en vrouwen in onze samenle-

(26) Voor een overzicht van alle kritiek zie o.a. B.P. Sloot, noot 25, G.M. van Asperen, *Gelijk of bijzonder? Argumenten voor voorkeursbehandeling*, Beleid en Maatschappij 1988, jrg. 15, p. 198-206 en J.R. Richards, *The Sceptical Feminist*, London 1980, p. 137-143.

(27) Vergelijk J. de Boer, *Wanneer is een onderscheid naar geslacht gerechtvaardigd?* *Ars Aequi* 1986, jrg. 35, p. 201. De Boer wijst erop dat de sociaal wenselijke doeleinden de rechtvaardiging vormen voor voorkeursbehandeling van vrouwen.

(28) Sunstein stelt: 'Occasionally an intellectual or political movement disrupts existing categories, throws into question practices and conceptual structures that had previously been accepted, or even invisible, and eventually produces substantial changes in legal rules . . . The women's movement is the most contemporary development of this sort; feminism provides its theoretical foundation . . . Nonetheless, the basic claims of feminist theory are in many circles denied credibility and respect, or even a fair hearing.' Cass R. Sunstein, Book review. *Feminism and legal theory* (Review of: *Feminism unmodified*. By Catharine A. MacKinnon, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1987), *Harvard Law Review* 1988, nr. 101, p. 826-848.

Ik beschouw deze, zeker voor de Nederlandse rechtswetenschap geldende, onbekendheid met de problematiek rond ongelijkheid van vrouwen en feministische inzichten als overweging ten overvloede om hier extra aandacht aan te besteden.

(29) Zie ook: L. Mulder, *Voorkeursbehandeling van vrouwen en de betekenis van gelijkheidsbeginselen*, *NJB* 1984, jrg. 59, p. 1391-1397.

ving. Stuart Mill wees al op de *totale* onderdrukking die vrouwen ondergaan: 'I am far from pretending that wives are in general no better treated than slaves; but no slave is a slave to the same lengths, and in so full a sense of the word as a wife is' (30). De doorwerking van ongelijkheid in de privé-sfeer, waardoor de gevolgen zich mede uitstrekken tot het familierecht en het strafrecht, is kenmerkend voor de positie van vrouwen. Recht, dat hier geen rekening mee houdt, kan niet anders dan ongelijkheid in stand houden. Dorien Pessers heeft gewezen op de ambivalentie die vrouwen ten aanzien van het recht koesteren: enerzijds is het recht een produkt van de dominante, patriarchale (36) samenleving, anderzijds is het recht een onmisbare bondgenoot gebleken omdat het relatief autonoom is ten opzichte van andere machtsystemen, met name in zijn beginselen. Pessers heeft het daarom over de 'double-bind verhouding tussen feminisme en recht' (32). Die ambivalentie komt het duidelijkst tot uitdrukking als het gaat over het gelijkheidsbeginsel, 'het fundamentele en tevens meest delicate probleem van het feminisme' (33). Kern van het probleem is, dat gelijkheid geen onafhankelijk, sexe- neutraal concept is. Gelijke rechten voor vrouwen kunnen, wanneer uitsluitend het mannelijke model als maatstaf voor gelijke behandeling wordt gehanteerd, en geen rekening wordt gehouden met de specifieke positie van vrouwen, vrouwen in een slechtere positie brengen (34). Afschaffing, dan wel beperking van weduwenpensioenen voor vrouwen die nog onvoldoende mogelijkheden hebben gehad om een eigen inkomen te verwerven houdt onvoldoende rekening met de positie van de (huis)vrouw. Gelijkheid heeft dan een assimilerende, conserverende werking, in plaats van de beoogde dynamische en verheffende werking. Tussen verschillende feministische stromingen bestaat overeenstemming over het feit, dat alleen formele gelijke rechten in een

(30) J. S. Mill, *The Subjection of Women*, 1869, in: *Three Essays*, Oxford 1975, p. 463. Omdat Mill oog had voor het karakter van de onderdrukking van de vrouw is het des te opmerkelijker, dat hij veronderstelde, dat formele gelijke rechten hier verandering in zouden brengen.

(31) Voor een uitwerking van dit begrip zie: H. Th. J. F. van Maarseveen, *Rechtstheorie en vrouwen: patriarchie als juridisch concept*, NJB 1984, jrg. 59, p. 709-716.

(32) D. W. J. M. Pessers, *Feminisme en de betrekkelijke waarde van gelijkheid*, in: C. W. Maris (redactie), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle 1988, p. 197-199.

(33) D. W. J. M. Pessers, *Kroniek Feminisme en Recht*, NJB, 1984, jrg. 59, p. 543.

(34) Zie over de macht van juridische begrippen als gelijkheid: R. Holtmaat, *Naar een ander recht*, *Nemesis*, 1988, jrg. 4, p. 3-13 en 60-66, en D. W. J. M. Pessers, *Double bind*, *Nemesis*, 1988, jrg. 4, p. 14-18.

ongelijke maatschappij geen bijdrage kunnen leveren aan rechtvaardigheid. Wat betekent de erkenning van dit dilemma voor het gelijkheidsbeginsel? Hierover lopen de meningen uiteen. Het verschil hangt samen met de wijze waarop men de bestaande ongelijkheid definieert. Dit is van belang voor de verwachtingen die men heeft van verschillende oplossingen voor die ongelijkheid.

Een zeer beperkte toepassing van gelijke behandeling wordt bepleit door Wolgast (35). Zij acht gelijke behandeling alleen mogelijk in een beperkt aantal gevallen, terwijl in andere gevallen het verschil (biologisch en maatschappelijk) tussen mannen en vrouwen bijzondere rechten voor vrouwen zou rechtvaardigen. Welke criteria gehanteerd moeten worden om te bepalen of er reden is voor gelijke of voor bijzondere rechten blijft in haar theorie evenwel onduidelijk (36).

In de meeste stromingen die er onderscheiden kunnen worden in de feministische rechtstheorie, speelt het gelijkheidsbeginsel een belangrijker rol. Opvattingen als van Wolgast, waarin het gelijkheidsbeginsel als volledig ontoereikend terzijde werd geschoven, lijken verdrongen door de discussie waarin de interpretatie van en het geven van een andere betekenis aan het gelijkheidsbeginsel meer centraal staan.

Het meest verwant aan het propageren van formele gelijkheid is de 'difference approach' (37). Gelijke rechten, zoals bepleit door Mill, staan voorop. Alleen als er een aanwijsbaar verschil is tussen mannen en vrouwen mag er onderscheid gemaakt worden. Verschillen zijn in deze benadering beperkt tot verschillen die herleidbaar zijn tot biologische verschillen, met name het vermogen om kinderen te baren. Vrijwel elke gelijke rechten- beweging is hiermee begonnen. Zo werd recht op gelijk loon, op werk geëist. En met succes zoals algemeen erkend wordt, ook door degenen die deze benadering nu verwerpen (38). Maar al gauw blijkt, dat de verschillen tussen mannen en vrouwen niet beperkt zijn tot biologische verschillen. De twijfel aan de 'liberal' of 'difference' benadering wordt bevestigd als vooral mannen zich met succes op gelijke behandeling gaan beroepen. Alimentatie

(35) E. Wolgast, *Equality and the rights of women*, London 1980.

(36) Mijn kritiek op deze benadering heb ik verwerkt in *Pluralisme en gelijkheid*, *Nemesis* 1984/5, jrg. 1, p. 183-186.

(37) Ik houd hiermee de Anglo-Amerikaanse terminologie aan en de indeling zoals die in die literatuur gebruikelijk is: zie Sunstein, noot 28.

(38) 'I have to confess a sincere affection for this approach.' aldus C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Cambridge Mass./London 1987, p. 35.

wordt aangevochten, mannen eisen de voogdij over kinderen. Op zich is er natuurlijk niets op tegen dat mannen dat doen, maar er zit wel iets fundamenteel scheef, als vrouwen wel de zorg voor de kinderen blijven houden ook al hebben ze een baan, of geen (volwaardige) baan hebben kunnen krijgen omdat dat niet te combineren bleek met de zorg voor kinderen en de carrière van de echtgenoot. Kortom, zolang vrouwen voor keuzes en problemen geplaagd worden waarmee mannen niet of in mindere mate geconfronteerd worden, is er reden om onderscheid te maken: 'The nonhistorical formal equalization of men and women measures the rights extended by a traditional patriarchal standard. It may result in significant employment, but once that is achieved there are numerous other individual struggles to be faced, including the issues of maternity and paternity leave. In contrast, true equality requires not just women in men's jobs and operating in men's institutions, but also that those institutions be replaced by others broad enough to accomodate the full range of human activities' (39). Het blijft een variant op de 'difference' approach als er uitsluitend gepleit wordt voor herverdeling van betaald en onbetaald werk teneinde gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bevorderen. Op twee manieren blijkt deze benadering onvoldoende: hij geeft geen antwoord op de vraag hoe het recht moet worden ingezet in een maatschappij waarin mannen de normen hebben bepaald en hij houdt onvoldoende rekening met het feit dat er verschillen zijn die niet zo eenvoudig tot biologische te herleiden zijn. Wat deze laatste vraag betreft: hier wil ik kort over zijn. Als jurist kan ik weinig zinnigs zeggen over de vraag of er al dan niet specifieke vrouwelijke eigenschappen bestaan. Degenen die pleiten voor een rechtstheorie die met zulke aspecten rekening houdt, behoren tot de tweede stroming, de 'different voice'-stroming (40). Zij verwijzen naar de theorie van Carol Gilligan, die op basis van onderzoek concludeert dat vrouwen een andere manier van conflict-oplossing hanteren dan mannen; vrouwen zouden een 'ethic of care' ontwikkelen, gebaseerd op het oplossen van het relationele probleem, terwijl mannen een 'ethic of rights' huldigen, gebaseerd op formele regels. Ik denk, dat het heel moeilijk is om vast te stellen dat bepaalde eigenschappen 'natuurlijk' zijn, omdat socialisatie altijd een rol speelt. De conclusie van A. Komter,

(39) Ann C. Sales, *Towards a feminist Jurisprudence*, Indiana Law Journal, Vol 56, 1980-1981, no. 3, p. 427.

(40) Sunstein, t.a.p., p. 827.

dat ook Gilligan's conclusie is gekleurd door cultureel overgeleverde noties komt mij waarschijnlijker voor (41).

Tegen de 'different voice' benadering kunnen dezelfde bezwaren worden ingebracht als tegen de 'speciale rechten' aanpak van Wolgast: vaagheid, het gevaar van stigmatisering en bevestiging van vooroordelen, plus het feit dat speciale rechten / 'het typisch vrouwelijke' worden gezien als afwijking van de norm (42).

Blijft over het feit dat er méér aan de hand is dan ongerechtvaardigd onderscheid. Hierop gaat de derde stroming in, de 'dominance approach'. Scales formuleert het kort en krachtig: 'The injustice of sexism is not irrationality; it is domination. Law must focus on the latter, and that focus cannot be achieved through a formal lens. . . . A commitment to equality requires that we undertake to investigate the genderization of the world, leaving nothing untouched (43).' Haar analyse leidt tot de conclusie, dat 'The issue is not freedom to be treated without regard to sex; the issue is freedom from systematic subordination because of sex (44).' Scales gaat daarmee verder dan in haar eerdere publikatie (zie noot 39) waar zij pleitte voor een incorporationalistische benadering, waarin naast biologische ook bepaalde maatschappelijke verschillen tussen mannen en vrouwen een rechtvaardiging kunnen vormen voor het maken van onderscheid. Hier leek zij zich eerder te scharen achter de voorstanders van een 'difference approach', zij het met uitbreiding van rechtsgronden voor het maken van gerechtvaardigd onderscheid. De nadruk op dominantie is het kenmerk van de 'dominance' stroming binnen de feministische rechtstheorie. Zolang er sprake is van onderdrukking bepaalt deze het discriminerende recht (45). Dat geldt op *alle* terreinen. Het gelijk-

(41) A. Komter, Macht, verantwoordelijkheid en de verhouding tussen de seksen, in: M.A.P. Bovens, C.J.M. Schuyt en W.J. Witteveen, Verhalen over verantwoordelijkheid, Zwolle 1989 (ter perse).

(42) R. Holtmaat, Naar een ander recht, *Nemesis*, 1988, jrg. 4, p. 10.

(43) Ann C. Scales, The emergence of feminist jurisprudence: An essay, *The Yale Law Journal*, 1986, Vol. 95, p. 1382.

(44) T.a.p. noot 41, p. 1395.

(45) Dit gaat verder dan de door Sloot aan de Emancipatieraad toegeschreven ontwikkeling van anti-discriminatie naar anti-dominantie: wat Sloot onder dominantie verstaat, is immers het bestaan van ongelijke maatschappelijke posities (B.P. Sloot, *Positieve discriminatie*, Zwolle, 1986, p. 208). MacKinnon verwijt de gelijkheidsdenkers juist, dat zij mannen als maatstaf nemen: 'Approaching sex discrimination this way - as if sex questions are difference questions and equality questions are sameness questions - provides two ways for the law to hold women to a male standard and call that sex equa-

heidsbeginsel wordt overal geschonden, door discriminatie op de arbeidsmarkt, door seksueel geweld enz. Om die machtsverschillen op te heffen is erkenning nodig van de machtsverhoudingen en moeten zowel correcties op als fundamentele veranderingen in het recht worden aangebracht. Niet in de vorm van 'speciale' rechten, maar in de vorm van een *ander* recht, zoals Riki Holtmaat het formuleert (46). Ik acht deze benadering het meest vruchtbaar. De ontwikkeling in mijn opvatting over de betekenis van gelijkheid is verlopen langs de lijn van de discussie over seksegelijkheid in MVM (47): enerzijds onvrede met de resultaten van formele gelijke behandeling, anderzijds oog voor de positieve kanten van het begrip gelijke behandeling dwingen ertoe te zoeken naar een differentiatie criterium, dat relevant is voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de positie van vrouwen. Minow concludeert, bij haar bespreking van recente Amerikaanse jurisprudentie: 'The struggle is not over the validity of principles and generalizations – it is over which one should prevail in a given context. The choice from among principles, in turn, implicates choices about which differences, and which similarities, should matter (48).' Zij kent de rechterlijke macht een centrale positie toe in de (Amerikaanse) maatschappij: 'In a society of diversity with legacies of discrimination, with a polity committed to self-governance, the judiciary becomes a critical arena for demands of inclusion. I see the judicial arena as a forum for contests over reality. The question remains, however, whose definitions of realities will govern in a given case and over time.' Het criterium dat zij voorstelt is 'dominance': 'By asking how power influences knowledge, the Court can address whether a "difference" has been assigned through past domination or as a remedy for past domination (49).' In de 'dominance approach' worden de beperkingen van het formele gelijkheidsdenken opgeheven, zonder dat er gerefereerd hoeft te worden aan vage, althans onverifieerbare, typisch vrouwelijke eigenschappen. Rekening houden met machtsverschillen is bovendien iets wat het recht niet

→ lity.' (Feminism Unmodified, Cambridge Massachusetts, 1987, p. 34). Voor haar is 'the equality question [is] a question of the distribution of power', p. 40.

(46) Naar een ander recht, *Nemesis* 1988, jrg. 4, p. 11.

(47) Zie de Proloog, in: *Aktiegroep Man Vrouw Maatschappij*, Spoor van vernieuwing, Utrecht 1988, p. 13-17.

(48) Martha Minow, *The Supreme Court 1986-term – Foreword: Justice Engendered*, *Harvard Law Review* 1987, Vol. 101, p. 10-95, p. 92.

(49) T.a.p. p. 93-94.

vreemd is, men denke aan het huurrecht en arbeidsrecht. Op deze gebieden is er echter sprake van rekening houden in de vorm van bescherming bieden, terwijl een feminisering (of, om met Van Maarseveen te spreken: depatriarchisering) (50) van het recht om een fundamentele aanpak vraagt dan het invoeren van bescherming. Vrouwen weten immers maar al te goed dat bescherming doorgaans duur betaald wordt (in de vorm van minder kansen, afhankelijkheid en rechteloosheid als de 'beschermers' het laten afweten). Ook in de centrale vraagstukken in het staats- en bestuursrecht speelt macht een belangrijke rol: theorieën rond scheiding van machten, 'checks and balances', en grondrechten komen mede voort uit de gedachte dat macht beperkt en verdeeld moet worden.

Er blijven twee problemen over. Ten eerste is het een vrijwel onmogelijke zaak om een rechtscultuur te veranderen: 'Men richt zich op recht en rechtssysteem, hanteert juridische argumenten, maar doet en moet dat doen op de voorwaarden en in de termen van de patriarchieke rechtscultuur. Men ontkomt er nauwelijks aan de eigen situaties te definiëren met patriarchieke rechtsbegrippen. Dus zijn alle feministisch-juridische probleemdefinities al op voorhand patriarchiek verziekt. . . ' (51). Het blijft evenwel het proberen waard. En: volgens mij is er méér te verzinnen dan een door sommigen bepleit 'beginselvast opportunisme' (52). Het vervelende van opportunisme is namelijk dat anderen er ook graag gebruik van maken.

Het tweede probleem is, dat het niet altijd eenvoudig te bepalen is, welke oplossing bijdraagt tot een rechtvaardiger 'ander' recht. Zijn de criteria daarvoor niet net zo vaag als bij 'speciale' rechten? Op deze vraag heb ik nog geen eensluidend antwoord kunnen vinden. Voorlopig sluit ik mij aan bij Riki Holtmaat, wiens benadering van het juridische werknemersbegrip als geënt op een mannelijk kostwinnersmodel een goed voorbeeld vormt, en bepleit ik een beter luisteren naar vrouwen (53), en meer rekening houden met de verschillende taken die elk mens heeft, in plaats van elk onderdeel van het recht tot één facet (werknemer of ouder e.d.) daarvan te beperken. Daarbij zal nadrukkelijk gekeken moeten worden naar de consequenties voor

(50) Rechtstheorie en vrouwen: patriarchie als juridisch concept, NJB 1984, jrg. 59, p. 709-716.

(51) H.Th.J.F. van Maarseveen, t.a.p., p. 715.

(52) Zoals bepleit door D.W.J.M. Pessers, Double bind, Nemesis, 1988, jrg. 4, p. 16.

(53) Naar een ander recht II, Nemesis, 1988, jrg. 4, p. 65.

vrouwen van bepaalde rechtsregels, zowel op korte als op lange termijn. Een voorbeeld moge dit verduidelijken: betekent het toekennen van ouderschapsverlof *uitsluitend* aan vrouwen, dat men rekening houdt met het feit dat het nog steeds vrouwen zijn die moederen, of belemmert het juist de herverdeling van verzorgend (onbetaald) werk?

Opmerkelijk is, dat er niet zoveel verschil van mening lijkt te bestaan tussen vertegenwoordigsters van verschillende stromingen over de noodzaak van het gebruik van middelen als voorkeursbehandeling en positieve actie. Ook de aanhangers van de 'difference'-benadering erkennen dat gelijkheid niet vanzelf bereikt wordt, zij verwijzen daarbij naar het onvermogen om discriminatie goed aan te pakken (54). Positieve actie is als het ware het duwtje dat nodig is om gelijke rechten te effectueren. Wanneer vrouwen een keer gelijke rechten hebben, zullen zij vanzelf de door haar gewenste veranderingen in kunnen voeren. De 'dominance approach' leidt met betrekking tot positieve actie en voorkeursbehandeling tot het volgende resultaat: voorkeursbehandeling en positieve actie zijn nodig om het systeem van machtsverhoudingen te doorbreken, als men denkt in termen van machtsverhoudingen (55). Zij kunnen bovendien bijdragen aan een 'alternatief feministisch cultuurbeeld' (56), aan het beter kunnen 'horen' van vrouwen, MITS er rekening mee wordt gehouden dat het opheffen van discriminatie van vrouwen niet hetzelfde is als het persen van méér vrouwen in een mannelijk (arbeids)model.

10. Uit deze (veel te summiere) aanduiding van de verschillende feministische invalshoeken blijkt tevens dat seksdiscriminatie een aantal specifieke kenmerken heeft, die niet bij andere vormen van discriminatie terug te vinden zijn. 'Generators of race and sex discrimination are often different', aldus Ruth Bader Ginsburg (57). Behalve de kenmerken, verschillen tevens de verschijningsvormen. Ook de weerstanden in de maatschappij tegen de bestrijding van verschillende vormen van discriminatie verschillen. De bestrijding van discriminatie heeft alleen zin als er rekening wordt gehouden met die

(54) Zie J.R. Richards, *The sceptical feminist*, London 1980, p. 142.

(55) Zie: C.A. MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Cambridge Mass. 1988, p. 36.

(56) Zie: M. Gunning, *Vrouwen en het gelijkheidsbeginsel*, *Ars Aequi* 1987, jrg. 36 nr. 9, p. 526.

(57) *Realizing the equality principle*, in: William T. Blackstone and Robert D. Heslep (eds.), *Social Justice and preferential treatment*, Athens, 1977, p. 136.

verschillen. Deze opvatting sluit enigszins aan bij hetgeen Alkema heeft opgemerkt over de inhoud van het gelijkheidsbeginsel: hij wijst erop, dat gelijkheid op tenminste drie doelen gericht kan zijn: voorkomen van onmenselijke behandeling, emancipatie en sociaal-technische gelijkheid (58). De keuze van de middelen kan met deze indeling verklaard worden, aldus Alkema. Ter verwezenlijking van het tweede doel noemt hij positieve discriminatie, tenminste als het gaat om de emancipatie van vrouwen. Hij stelt, dat het hanteren van een raciaal kenmerk ook terwille van positieve discriminatie gevaarlijk wordt. Er zijn dus meerdere redenen om niet alleen in te algemene zin over het probleem van gelijke behandeling te denken, maar ook rekening te houden met de specifieke groepen waar het om gaat. De machtsverhoudingen hebben ook de positie van etnische en raciale minderheden bepaald, maar op een andere manier. Het lijkt heel moeilijk om oplossingen aan te dragen die aan alle groepen evenveel recht doen (al kan het uit strategische overwegingen nuttig zijn om juist wel de overeenkomsten te benadrukken en zo de steun voor een effectief beleid te vergroten, zoals de Amerikaanse ervaring leert) (59). In Nederland lijken zwarte en migrantenvrouwen bijvoorbeeld buiten de boot te vallen van zowel emancipatie- als minderhedenbeleid (60). Dit preadvies is vooral geschreven met het oog op de positie van vrouwen; sommige problemen spelen ook of juist niet ten aanzien van andere groepen. Dit zal doorgaans uit de context duidelijk zijn. Bij positieve actie moet steeds weer de afweging gemaakt worden: kan een maatregel in een bepaald geval inderdaad bijdragen tot verbetering van de positie van vrouwen of overheersen de averechtse effecten? Bij averechtse effecten moet dan niet alleen gedacht worden aan zaken als rolbevestiging, gevaar dat men de in het plan opgenomen maatregelen als maxima gaat beschouwen en verder overgaat tot de (discriminerende) orde van de dag. Aandacht zal met name besteed moeten worden aan het feit dat 'Disadvantage has a way of replicating and reinforcing itself (61).' Getoetst zal moeten worden of

(58) E.A. Alkema, Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen, in: Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en internationale rechtsorde, Nijmegen 1987, p. 83.

(59) Zie de studie van mr. C.E. van Vleuten bij het advies Positieve actie van de Emancipatieraad, 1989.

(60) Zie Advies Arbeidsmarktpositie Zwarte en migranten vrouwen, Emancipatieraad, Den Haag 1988.

(61) Ann C. Scales, The Emergence of a feminist jurisprudence, Yale Law Journal, 1986, Vol. 95, p. 1986.

een maatregel kan bijdragen aan *verandering* in de machtsverhoudingen of uitsluitend tot resultaat heeft, dat méér vrouwen de mannenwereld betreden, zonder dat dat leidt tot fundamentele veranderingen in die machtsverhoudingen. Daarmee is positieve actie toekomstgericht, prospectief. Het verleden is wel van belang, in die zin, dat de in het verleden gewortelde onderdrukking *één* van de elementen is die positieve actie rechtvaardigt. Het verleden is niet de titel voor positieve actie of voorkeursbehandeling. Compensatie staat niet voorop. Compensatie kan alleen een rol spelen bij het bepalen wat in een concreet geval een rechtvaardige maatregel is: als er in een bepaalde situatie een extreem grote discrepantie bestaat, zelfs als men met het onderdrukingspatroon rekening houdt, kan compensatie strengere maatregelen rechtvaardigen. Wanneer in een bepaald geval aantoonbaar gediscrimineerd is (er is bijvoorbeeld nooit een vrouw aangenomen ondanks voldoende gekwalificeerd aanbod), zou dat wel het opleggen van extra maatregelen kunnen rechtvaardigen.

11. Wanneer juridische problemen met betrekking tot de positie van vrouwen worden bekeken van uit het perspectief van machtsverhoudingen, wordt duidelijk dat het niet alleen om juridische problemen gaat, maar om juridische aspecten van politieke problemen. En dat is iets waar juristen in Nederland niet graag mee geconfronteerd worden. Men zou de grenzen tussen recht en politiek liever dicht houden (62). Dit geldt overigens niet alleen voor Nederlandse juristen. Ook in andere landen denkt men er zo over. Het is met name Dworkin, die deze opvatting ter discussie heeft gesteld (63). Eén van de voorbeelden van een 'hard case' die hij heeft behandeld, betreft een geval

(62) Met enige overdrijving zou men de meeste Nederlandse juristen een, wat Dworkin omschrijft als 'plain-fact view' kunnen toeschrijven: 'Law exists as a plain fact, in other words, and what the law is in no way depends on what it should be. Why then do lawyers and judges sometimes appear to be having a theoretical disagreement about the law? Because when they appear to be disagreeing in the theoretical way about what the law is, they are really disagreeing about what it should be. Their disagreement is really over issues of morality and fidelity, not law.' R. Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, p. 7.

(63) Zie met name: *Political judges and the law*, in: *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts 1985, p. 9-32, waarin hij de Engelse rechtspraak onder de loupe neemt en bloot legt, dat, hoezeer men het ook poogt te ontkennen, politiek een rol speelt. Niet zozeer het politieke karakter van een beslissing zou het probleem moeten zijn voor de rechter, maar de erkenning van het politieke aspect zou meer expliciet moeten gebeuren, om vervolgens te kunnen leiden tot een onderbouwde rechtspolitieke keuze tussen verschillende in het geding zijnde beginselen.

van voorkeursbehandeling. Hij komt hier tot de conclusie dat 'It is justified if it serves a proper policy that respects the right of all members of the community to be treated as equals, but not otherwise(64).' Daarmee dwingt hij tot het maken van een afweging in de hierboven bedoelde zin tussen maatregel en effect. Op zijn beurt lijkt Dworkin weer geïnspireerd door Rawls (65). Ook bij positieve actie gaat het om rechtspolitieke keuzes tegen dominantie. De juridische discussie over positieve actie en voorkeursbehandeling dwingt tot een bezinning over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en tot een keuze voor of tegen daadwerkelijke implementatie van dit beginsel in gevallen waar ook andere beginselen van de rechtsstaat in het geding zijn. Positieve actie kan als middel gebruikt worden de om spiraal van macht, waardoor fundamentele ongelijkheid in stand gehouden wordt, te doorbreken.

12. Hierboven zijn de termen positieve actie en voorkeursbehandeling gebruikt. Over de inhoud van deze begrippen bestaan nogal wat misverstanden of, zo men wil, verschillende opvattingen. Soms worden beide begrippen als synoniemen gebruikt (66). Hoewel er enig verband tussen bestaat, gaat het evenwel om andere zaken. Terwijl positieve actie betrekking heeft op een samenhangend geheel van maatregelen (bijvoorbeeld van een arbeidsorganisatie) gericht op het verbeteren van de positie van vrouwen in een bepaalde organisatie of op een bepaald maatschappelijk terrein (67), betreft voorkeursbehandeling één van de maatregelen die genomen *kunnen* (dus niet *moeten*) worden in het kader van positieve actie. Onder voorkeursbehandeling versta ik het maken van onderscheid op grond van het criterium dat bepalend is voor de machtsongelijkheid teneinde die ongelijkheid op te heffen. Ten onrechte wordt voorkeursbehandeling meestal omschreven als positieve discriminatie. Mijns inziens is het een misvatting te spreken over discriminatie, al voegt men er het woord 'posi-

(64) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977, p. 239.

(65) Aldus C.M. Degenaar, Het gelijkheidsbeginsel van Rawls en verdelingsproblemen in het Nederlandse rechtssysteem, in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer/Zwolle 1988, p. 92-93.

(66) Bijvoorbeeld door Sloot, die positieve actie noemt als één van de termen waarmee positieve discriminatie wordt aangeduid, om er overigens wel aan toe te voegen, dat het feit, dat opvattingen blijven botsen en twisten blijven voortmeulen, aangeeft dat er meer dan de betekenis van een woord in het geding is (B.P. Sloot, *Positieve discriminatie*, Zwolle 1986, p. 7).

(67) Zie: advies Arbeidsvoorziening en positieve actie, Emancipatieraad Den Haag 1986.

tieve' aan toe, als het gaat om het bevorderen van gelijkheid (68).

13. De juridische problemen die voortvloeien uit het gebruik van positieve actie of van voorkeursbehandeling zijn ook verschillend. Bij voorkeursbehandeling rijst vooral de vraag naar de mate waarin het toelaatbaar is, en naar de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel, waar het een uitwerking van is, en andere (grond)rechtelijke beginselen (69). Bij positieve actie spelen vragen met betrekking tot de rol die de overheid kan en moet vervullen ter bevordering van gelijkheid. In hoeverre legitimeert het doel, gelijkheid en opheffing van onderdrukking, de overheid om voorwaarden en eisen te stellen ter verwezenlijking van dat doel bij het hanteren van beleidsinstrumenten als vergunningen of bij het gebruik van privaatrecht (contract compliance). Welke juridische basis behoeft de overheid hiertoe en welke grenzen moet zij in acht nemen?

De problemen die voorkeursbehandeling oproept komen hieronder aan de orde bij de behandeling van staatsrechtelijke aspecten, te weten de onderlinge verhouding van grondrechten en de werking van grondrechten tussen burgers onderling. In het hoofdstuk over bestuursrechtelijke aspecten zal worden ingegaan, wat de betekenis is van de rechtsstatelijke eis dat overheidsoptreden op een wet dient te berusten, en hoe deze zich verhoudt tot de materiële eisen van de rechtsstaat, met name voor wat betreft de overheid als subsidiegever en vergunningverlener, en voor de als particulier optredende overheid. De doelstelling van dit preadvies is een zeer bescheidene: ik wil niet meer doen dan de vragen die positieve actie en voorkeursbehandeling oproepen plaatsen in enkele algemenere staats- en bestuursrechtelijke discussies die in Nederland aan de gang zijn en aandacht vragen voor deze aspecten. Met deze bescheiden doelstelling hangt samen dat ik het onderwerp slechts in algemene zin behandel en geen gedetailleerde weergave geef van wetgeving en jurisprudentie over de relevante algemene vraagstukken.

(68) Voor een uitvoeriger bespreking van de begrippen verwijs ik naar: Els M. van Eijden en Jenny E. Goldschmidt, *Van non-discriminatie via positieve actie naar gelijke behandeling*, *Beleid en Maatschappij* 1988, jrg. 15, nr. 4, p. 192-193.

(69) Slechts de algemene afwegingen zullen in dit preadvies aan de orde komen; op de meer concrete afweging en die in bepaalde gevallen gemaakt kunnen worden bij het hanteren van een bepaalde vorm van voorkeursbehandeling wordt ingegaan in het in genoemde artikel van Van Eijden en Goldschmidt, 1988, zie noot 68.

14. In een democratische rechtsstaat nemen de grondrechten een vooraanstaande plaats in. Hoewel men van mening kan verschillen over de aard van de relatie tussen democratie en grondrechten, wordt enigerlei relatie doorgaans wel aangenomen. Grondrechten dragen bij aan een optimale invulling van de democratie. Vanuit deze overtuiging dienen grondrechten méér te bieden dan vrijheidswaarborgen: zij moeten ook inhoud geven aan die vrijheid (70). Dit geldt zeker voor het gelijkheidsbeginsel, dat zowel elementen van klassieke (plicht om zich te onthouden van discriminatie) als van sociale (plicht om gelijkheid te bevorderen) grondrechten bevat (71).

Anders dan Hirsch Ballin (72) beschouw ik het gelijkheidsbeginsel van art. 1 Grondwet als een zelfstandig grondrecht en niet slechts als een 'verzelfstandigd accessoir recht'. Hirsch Ballin verzet zich tegen de suggestie, dat art. 1 Grondwet een algemene opdracht aan de overheid zou impliceren, particulieren te verplichten zich te onthouden van discriminatie (73). Hij meent, dat er een algemeen grondrecht op *vrijheid* bestaat, op grond waarvan juist niet ingegrepen mag worden in met name de vrijheid van godsdienst en van onderwijs. De geschiedenis van de grondwetsherziening geeft m.i. geen steun aan de opvatting van Hirsch Ballin. Hoe kon anders Minister de Gaay Fortman van mening zijn dat een bepaling over vrouwenemancipatie, zoals bepleit door kamerlid Waltmans, door het voorgestelde art. 1 Grondwet overbodig was (74)?

Men zou kunnen stellen dat het feit, dat het gelijkheidsbeginsel tevens besloten ligt in andere grondrechten er een extra dimensie aan geeft (75): 'Liberty can be expressed in terms of equality: no political

(70) Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, hierna: Commissie-Cals/Donner, Tweede rapport, Den Haag 1969, p. 30.

(71) Zie ook: A.W. Heringa, Het discriminatieverbod als sociaal grondrecht, in: A.W. Heringa, R.E. de Winter en W.J. Witteveen (redactie), Staatskundig Jaarboek 1983-1984, Zwolle 1983, p. 193-209.

(72) Staatsrecht en bestuursrecht, art. 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: C.W. Maris (redactie), Gelijkheid en Recht, Deventer/Zwolle, 1988 p. 143.

(73) T.a.p. noot 72, p. 151.

(74) Handelingen Tweede Kamer, 1976-1977, p. 2119; zie p. 1981 voor de vraag van Waltmans.

(75) Koopmans heeft vaker gewezen op de verbondenheid van gelijkheid en vrijheidsrechten, zie: M.B.W. Biesheuvel en C. Flinterman (redactie), De Rechten van de

or religious liberty exists where the freedom of opinion and of expression is reserved to one confession or to some convictions.' (76) Fijntjes wijst Koopmans erop, dat juist die gelijkheidsdimensie in de Sovjet Unie ontbreekt. Hij constateert evenwel, dat ook het omgekeerde mogelijk is: 'But we could also express equality in terms of liberty . . .' Dit is het geval in de Amerikaanse Bill of Rights. Onmiddellijk voegt hij eraan toe dat 'This opinion is founded on a choice, in its appraisal of values . . .' Het is deze erkenning die ik bij Hirsch Ballin mis: hij doet het voorkomen, alsof de door hem gemaakte keuze geen keuze is, maar een beschrijving van de rechtswerkelijkheid. Daarmee maakt hij zich schuldig aan wat Dworkin een 'plain fact view' (77) noemt. Zijn keuze wordt met name duidelijk uit andere geschriften. Zo stelt hij in zijn preadvies over Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen de bescherming centraal, die grondrechten moeten bieden aan het 'maatschappelijk middenveld'. De begrenzing die hij uit grondrechten afleidt met betrekking tot subsidiëring door de overheid lijkt uitsluitend gebaseerd op de grondrechten die voor dat middenveld van belang zijn. Gelijke behandeling wordt wel genoemd, maar vooral in verband met gelijke behandeling van godsdienstige en levensbeschouwelijke overtuiging (78).

Wanneer men Hirsch Ballin volgt, heeft dit het voordeel, dat één van de lastige vragen die gesteld moeten worden, namelijk die naar de verhouding tussen de verschillende grondrechten onderling, een stuk eenvoudiger te beantwoorden wordt. Bij een (meer of minder) accessoir grondrecht zal altijd het recht waaraan het accessoir is doorslag moeten geven. Hirsch Ballin komt dan ook tot de conclusie dat het gelijkheidsbeginsel slechts eisen stelt aan de belangenafwegingen die aan *andere* rechtsnormen ten grondslag liggen. Ook ten aanzien van een ander vraagstuk, dat van de doorwerking van grondrechten in de verhouding tussen burgers (horizontale werking, derdenwerking), is zijn oplossing van een verrassende eenvoud: het algemene grond-

→ Mens, Amsterdam 1983 p. 47 en recentelijk schreef Alkema dat verschillende grondrechten het gelijkheidsbeginsel veronderstellen, Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen, in: Staatsrecht, Buitenlandse betrekkingen en de Internationale rechtsorde, Nijmegen, 1987, p. 69.

(76) T. Koopmans (ed.), Constitutional protection of equality, Leyden 1975, Chapter 7, Comparative Analysis and Evaluation, p. 249.

(77) Zie noot 62.

(78) Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen, Geschriften van de Vereniging voor Administratief recht XCIX, Alphen aan den Rijn, 1988, p. 36-45.

recht op *vrijheid* dat in een rechtsstaat wordt erkend verdraagt zich niet goed met ingrepen in die vrijheid ten behoeve van gelijke behandeling.

Ziet men echter het gelijkheidsbeginsel als zelfstandig recht met kenmerken van een klassiek en een sociaal grondrecht dan is een antwoord op de genoemde vragen niet zo eenvoudig te geven. De verhouding tussen klassieke en sociale (aspecten van) grondrechten is niet eenduidig. Bij de behandeling van de grondwetsherziening merkte Minister De Gaay Fortman op, dat sociale grondrechten voor de overheid weliswaar geen plicht inhouden om voor de beleving van de klassieke grondrechten geld ter beschikking te stellen, maar dat ze, integendeel, voor de overheid een plicht scheppen te zorgen voor een algemeen klimaat, waarin die grondrechten kunnen functioneren. Zo enigszins mogelijk moeten grondrechten niet worden beperkt, aldus de Minister (79). Daarmee is weinig gezegd over de keuze die gemaakt moet worden als grondrechten elkaar raken.

Tussen de vraagstukken met betrekking tot botsing van grondrechten (conflicterende grondrechten, collisie van grondrechten) en vragen rond de doorwerking van grondrechten in rechtsbetrekkingen tussen particulieren (horizontale werking, derdenwerking) bestaat verband. Vaak spelen bij botsing van grondrechten juist die grondrechten een rol die tot doel hebben de burger een eigen territorium te verschaffen waarbinnen hij eigen regels mag laten gelden. En andersom: 'Aanvaardt men de rechtstreekse horizontale werking van grondrechten, dan impliceert dat een afweging van grondrechtelijke aanspraken tegenover elkaar en tegenover andere rechtsaanspraken ook zonder speciaal daarop gerichte wettelijke voorschriften' (80).

Welke betekenis moet aan het gelijkheidsbeginsel worden toegekend wanneer het in conflict komt met andere grondrechten? En: wiens gelijkheid moet prevaleren als meerdere partijen zich beroepen op het gelijkheidsbeginsel en hun claims blijken (deels) onverenigbaar? Deze vraag zal hieronder aan de orde komen, waarbij uiteraard voor ons onderwerp vooral van belang is de verhouding tussen gelijkheidsbeginsel enerzijds en vrijheid van onderwijs, vereniging, godsdienst en arbeidskeuze anderzijds. Daarna komt de vraag aan de orde in hoeverre het gelijkheidsbeginsel niet alleen de overheid maar ook

(79) Handelingen Tweede Kamer, 1976-1977, p. 2121-2122.

(80) J. van der Hoeven, Botsing van grondrechten, Mededelingen Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Deel 46, nr. 7, 1983, p. 7.

particulieren kan verplichten tot een actief bevorderen van gelijke behandeling.

15. Eerst kort enige opmerkingen over de positie van het gelijkheidsbeginsel in onze Nederlandse rechtsorde. Het gelijkheidsbeginsel is neergelegd in internationale en nationale bepalingen. Internationaal zijn van belang het IVBPR en de ECRM. Nationaal art. 1 Grondwet. Bovendien wordt het gelijkheidsbeginsel beschouwd als een van de algemene rechtsbeginselen (81). In het bestuursrecht komt het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aan de orde. De concrete toepassing van het gelijkheidsbeginsel kan mede afhangen van de bepaling waar het in een bepaald geval om gaat.

16. Men kan zich afvragen tot wie een specifieke wets- of verdragsbepaling zich richt en met welke opdracht. Ook de vraag naar horizontale werking en de verhouding tussen gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten kan anders beantwoord worden als er een beroep op een andere wets- of verdragsbepaling wordt gedaan. Dat maakt de beantwoording van deze vragen niet eenvoudiger. Zo stelt Alkema in zijn Leidse oratie, dat het gelijkheidsbeginsel behoort tot de algemene rechtsbeginselen waaraan de rechter ook wetgeving zou kunnen toetsen (82), maar het blijft onduidelijk wat de status is van deze rechtsbeginselen. Men zou kunnen verwachten dat beginselen zo fundamenteel zijn dat ze niet geschonden mogen worden. Betekent dat, dat ze een absoluut karakter hebben? En niet beperkt mogen worden, ook niet ten behoeve van grondrechten? En is de godsdienstvrijheid ook een algemeen rechtsbeginsel? Geldt dan wat Alkema elders zegt over het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, namelijk dat het geen andere rang heeft dan de andere grondrechten, juist wel of niet voor het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel (83)?

17. De vraag naar de onderlinge verhouding tussen grondrechten kan op verschillende manieren gesteld worden. Welk grondrecht heeft voorrang in een situatie waarin verschillende partijen zich ieder op één of meer verschillende rechten beroepen? Is er een soort verkeersregel voor die situaties? Een soort voorrangsregel?

Anders gesteld is het een vraag naar de beperking van grondrechten.

(81) E.A. Alkema, Een meerkeuzetoets, oratie Leiden, Zwolle, 1985, p. 17.

(82) Een meerkeuzetoets, Zwolle 1985, p. 17.

(83) Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen, in: Staatsrecht, buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde, Nijmegen 1987, p. 69.

Wordt het ene grondrecht beperkt door een ander?

Hoe men de vraag ook formuleert, het blijft erom gaan dat er in een bepaald geval een keuze gemaakt moet worden tussen twee grondrechten. Biedt het positieve recht geen algemene oplossing voor dit probleem? En kan anders de rechtswetenschap geen eenduidige oplossing aandragen? Ik ben er niet van overtuigd, dat een bepaalde keuze objectief gezien in zijn algemeenheid de enige juiste is. Ik zal dat hieronder kort verduidelijken en vervolgens bezien wat de consequentie van mijn standpunt is voor de concrete grondrechtconflicten waar we bij positieve actie en voorkeursbehandeling mee te maken krijgen.

18. De discussie over de onderlinge verhouding tussen grondrechten is in Nederland recentelijk aangezwengeld door de verschillende plannen voor een Wet gelijke behandeling. Dient een bijzondere school het recht te behouden personeel te weigeren op grond van het feit dat men niet leeft volgens de door het schoolbestuur gehuldigde interpretatie van de aan het onderwijs ten grondslag liggende levensovertuiging, zulks op grond van de vrijheid van levensovertuiging en de daaraan verwante vrijheid van onderwijs? Of gebiedt het gelijkheidsbeginsel ook de bijzondere scholen om factoren als burgerlijke staat en seksuele voorkeur buiten beschouwing te laten? Indien het gelijkheidsbeginsel niet alleen als een formeel nondiscriminatiegebod wordt beschouwd, maar tevens als een opdracht aan de overheid om gelijke behandeling te bevorderen, in hoeverre moet de overheid bij het treffen van maatregelen zoals het verplichten tot positieve actie rekening houden met de andere grondrechten? Niet alleen de vrijheid van levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs spelen een rol in die afweging, maar ook de vrijheid van arbeidskeuze.

19. Het recht op vrije arbeidskeuze was door de Commissie-Cals-Donner wel voorgesteld, maar door de regering niet overgenomen in het ontwerp voor een nieuwe grondwet.

De regering was van mening dat zulks zinloos was als niet tevens het recht op vrije beroepsuitoefening werd gegarandeerd. Zij was bovendien van mening dat er toch ordening nodig zou blijven en gaf de voorkeur aan een instructienorm, waarin de zorg van de overheid voor voldoende werkgelegenheid erop werd gericht iedereen in staat te stellen arbeid te verrichten afgestemd op de persoonlijke en maatschappelijke behoeften en mogelijkheden (84).

(84) Tweede Kamer 1975-1976, 13 873 nr. 2 en 3, p. 10.

De VVD werd hier niet door overtuigd en diende bij monde van Rietkerk een amendement in om de vrijheid van arbeidskeuze grondwettelijk te verankeren (85). Hierdoor is de vrijheid van arbeidskeuze in art. 19 lid 3 van de Grondwet opgenomen. Vóór de inwerkingtreding van de Grondwet is er reeds op gewezen dat daarmee tevens een verbod op discriminatie bij de toegang tot arbeidsplaatsen gegarandeerd is, hetwelk zich materieel zeker voor rechtstreekse toepassing en horizontale werking leent (86). Ook bij de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest is dit punt zonder discussie gepasseerd, hetgeen dezelfde auteur doet veronderstellen dat, als het belang van dit aspect wel onderkend was, Nederland wel eens gearzeld zou kunnen hebben ten aanzien van de ratificatie van art. 1 lid 2 (87). Des te opmerkelijker is het, dat ook toen de overgangstermijn van art. 19 Grondwet afliep, een meer principiële discussie is uitgebleven, terwijl men toen wat wijzer had moeten zijn: de discussie naar aanleiding van het voorstel voor een Wet gelijke behandeling was toen algemeen. En als de vraag of de wetgever moet binnendringen in de interne verhoudingen van private organisaties al gesteld dient te worden bij het verbieden van discriminatie, dan zal deze zeker opkomen als het gaat om het actief bevorderen van gelijke behandeling door het opleggen van verplichtingen (ten aanzien van positieve actie of ten aanzien van voorkeursbehandeling) aan private organisaties. De notitie naar aanleiding van het in werking treden van art. 19 lid 3 Grondwet is weinig verhelderend voor ons onderwerp. Er worden slechts enkele criteria genoemd die de wetgever zal moeten hanteren bij wetgeving die beperkingen oplegt aan de vrijheid van arbeidskeuze. Als eerste wordt genoemd: 'Een zorgvuldige afweging van de belangen die met een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze zijn gediend tegenover de waarde van onbelemmerd genot van het onderhavige rechtsgoed door de burgers.' Enige verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel ontbreekt, terwijl men evenmin rekening lijkt te hebben gehouden met het feit, dat de vrijheid van arbeidskeuze van de één beperkingen op kan leggen aan die van de ander; een afweging als door de minister voorgesteld lost dan niets op. Overigens wordt

(85) Tweede Kamer, 1976-1977, 13 873 nr. 13.

(86) A. T. J. M. Jacobs, *Recht op arbeid; recht op billijke arbeidsvoorwaarden; recht op sociale zekerheid* in: J. J. M. van der Ven e.a., *Het Europees Sociaal Handvest*, Nijmegen 1982, p. 78.

(87) Jacobs, t.a.p. noot 86, p. 81.

dezelfde afweging geboden geacht bij wetgeving gericht op het waarborgen van de vrijheid van arbeidskeuze in particuliere verhoudingen (88).

Botsing van grondrechten

20. Ook grondrechten kunnen beperkt worden, zelfs grondrechten zijn niet absoluut. In onze Grondwet is bij het bepalen van toegestane beperkingen gekozen voor een systeem van procedure- en competentievoorschriften, aangevuld met doelcriteria. Voor ons probleem levert dit weinig houvast op, omdat het er juist om gaat of de wetgever een bepaald grondrecht mag beperken ten behoeve van een ander grondrecht, en om de vraag, hoe de rechter moet handelen als hij geconfronteerd wordt met een geval waarin meerdere grondrechten worden ingeroepen ter bescherming van tegenstrijdige belangen van partijen (89). Of hoe de beslissing uit moet vallen als twee partijen zich beiden op hetzelfde grondrecht beroepen.

21. Een aantal schrijvers heeft getracht een waardenhiërarchie af te leiden uit geschiedenis van de verschillende grondrechten. De nadruk ligt daarbij vooral op de in de Nederlandse Grondwet verankerde grondrechten (90). Ik heb uit de behandeling van de Grondwet van 1983 geen duidelijke aanwijzingen kunnen halen die duiden op de bedoeling een vaste rangorde aan te brengen tussen de verschillende grondrechten. Wel wordt aandacht besteed aan het feit dat de inhoud van grondrechten mede bepaald wordt door de maatschappelijke context waarin zij gelden en derhalve niet onveranderlijk naar tijd en plaats kan zijn (91). Ook daarmee is nog weinig gezegd.

22. Verschillende schrijvers hebben zich op dit braakliggende terrein gestort, teneinde hun voorkeur voor een bepaald grondrecht te ontvouwen. Koekkoek (92) meent dat grondrechten kunnen worden on-

(88) Tweede Kamer 1985-1986, 19 376, nr. 2, p. 19.

(89) R.J.B. Bergamin, Grondrechtelijke conflicten en gelijke behandeling, NJB, jrg. 58, nr. 17, p. 533-534.

(90) Van der Hoeven merkt op, dat uit de verdragen geen rangorde van grondrechten af te leiden is, Botsing van grondrechten, Mededelingen Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, 1983, deel 47, nr. 7, p. 196.

(91) Memorie van Toelichting, Tweede Kamer 1975-1976, 13 872 nr. 3, p. 10, zie ook R.J.B. Bergamin, Grondrechtelijke conflicten en gelijke behandeling, NJB 1983, jrg. 58, p. 535.

(92) De onderlinge verhouding van grondrechten, Calvinistische Juristenvereniging 1985, en de samenvatting van dit werk onder dezelfde titel in TvO 1986, jrg. 12, nr. 14, p. 283-291.

derscheiden in staats- en administratiefrechtelijke, strafrechtelijke en burgerrechtelijke. Daarmee is voor hem ook het probleem van de horizontale werking van grondrechten letterlijk de wereld uit. Godsdienstvrijheid en onderwijsvrijheid vat hij op als staatsrechtelijke grondrechten. De godsdienstvrijheid beschouwt hij bovendien als algemeen rechtsbeginsel. Vervolgens definieert hij de problematiek die het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling opriep als een botsing van staatsrechtelijke en civielrechtelijke grondrechten. Niettegenstaande zijn constatering dat art. 1 van de Grondwet de overheid, en met name de wetgever verplicht het gelijkheidsbeginsel uit te werken, komt hij tot de conclusie dat de wetgeving met betrekking tot gelijke behandeling geen recht doet aan de genoemde vrijheidsrechten omdat allereerst de door het (staatsrechtelijk) grondrecht beschermde vrijheidssfeer in aanmerking moet worden genomen.

Van der Hoeven gaat uit van de veranderlijkheid van grondrechtsaanspraken en legt het primaat voor beperkingen bij de grondwetgever. De Grondwet zelf heeft de godsdienst- en onderwijsvrijheid naar zijn mening niet geclausuleerd ten behoeve van gelijke behandeling en geeft daarmee voorrang aan deze rechten boven het grondrecht van non-discriminatie. Hij benadrukt het belang van non-discriminatie, zoals neergelegd in art. 1 Grondwet, ook in der onderlinge verhoudingen tussen burgers. Hij meent echter, dat de plicht van de wetgever discriminatie van welke aard dan ook te verbieden niet grondwettelijk, maar verdragsrechtelijk wordt beperkt, en wel door art. 5 van het VN-verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Hierin worden wettelijke mogelijkheden beperkt. De Grondwet zou zonder gevaar voor strijd met deze bepaling wel beperkingen op kunnen leggen. Ik ben het met Van der Hoeven eens, dat in de Grondwet de vrijheid van godsdienst en onderwijs niet zijn beperkt ten behoeve van het gelijkheidsbeginsel. Ik ben het ook met hem eens, dat uit verschillende verdragen geen rangorde van grondrechten valt af te leiden (93). Ik ben het echter niet met hem eens dat het ontbreken van een duidelijke rangorde niet zou mogen leiden tot wetgeving die duidelijkheid verschaft over de betekenis van het gelijkheidsbeginsel. Juist omdat die rangorde ontbreekt is een keuze onontkoombaar. Uit het de door Van der Hoeven ingeroepen bepaling uit het VN-Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten valt evenzeer af te lei-

(93) J. van der Hoeven, t.a.p. noot 90, p. 196.

den dat het gelijkheidsbeginsel niet beperkt mag worden (94).

23. Sommigen zien de vrijheid van godsdienst en van onderwijs als positivering van de menselijke vrijheid, anderen zien het gelijkheidsbeginsel als uitwerking van het menselijk zelfbeschikkingsrecht (95) of als meta-grondrecht waaraan de overige grondrechten hun waarde ontleen (96). Wat de verschillende auteurs gemeen hebben, is dat zij menen op grond van hun theorie en analyse een absoluut en objectief antwoord te kunnen geven op de vraag welk grondrecht in een gegeven situatie moet prevaleren, of een model te kunnen schetsen voor de afweging van de verschillende grondrechten. Dat past ook in de Nederlandse traditie, waarin recht en politiek zoveel mogelijk gescheiden gehouden worden. Hierdoor wordt het probleem waarmee we worstelen verdoezeld. Zowel de voorstanders van de opvatting dat gelijke behandeling moet prevaleren als de aanhangers van een absolute gelding van de vrijheid van godsdienst en van onderwijs hebben goede argumenten. Alleen: zij beperken zich tot die argumenten die hun standpunt onderschrijven. De redenering van Van der Hoeven dat de grondwetgever geen beperkingen heeft voorzien kan ook op het gelijkheidsbeginsel worden toegepast. En zo kunnen ook de andere auteurs op inconsequenties, of op andere argumenten gewezen worden. Ik wil hiermee aangeven, dat men niet ontkomt aan het maken van een eigen keuze, nu het positieve recht zelf geen oplossing biedt voor het dilemma. Hoe men het ook draait, er zal, althans in de ogen van betrokkenen, inbreuk gemaakt worden op het ene grondrecht ten behoeve van het andere. Het helpt niet, als ik het met Heringa eens ben dat een verbod om homofielen te discrimineren in het bijzonder onderwijs geen inbreuk is op de vrijheid van de instelling omdat het mogelijk blijft om te eisen dat een betrokkene de grondslag onderschrijft. Met Heringa meen ik dat de godsdienstvrijheid niet zozeer bedreigd wordt, maar wel de bescherming van de opvatting van het schoolbestuur over de interpretatie van de grondslag (97). Ik

(94) In de recente (verplichte) rapportage van Nederland aan het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties over de implementatie van dit Verdrag over de periode 1981-1986 vraagt de Nederlandse regering de mening van het Mensenrechtencomité over het probleem van conflicterende grondrechten.

(95) C. Waaldijk en R.A.P. Tielman, Een model voor de afweging van botsende grondrechten, NJCM-Bulletin 1984, jrg. 9, nr. 3, p. 209.

(96) Bergamin, t.a.p. p. 531.

(97) Het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, Reactie, NJB 1983, jrg. 58, nr. 20, p. 638.

realiseer mij echter wel, dat zo'n 'oplossing' degenen die de onderwijsvrijheid bedreigd zien door een verplichting tot gelijke behandeling, niet zal overtuigen (98). In dit opzicht kan ik meevoelen met Koekkoek, die stelt dat grondrechten onvoldoende in acht genomen worden als men bepaalde beperkingen niet eens meer als beperkingen wenst te beschouwen (99).

24. Wordt het daarmee onmogelijk om een keuze te maken? Neen, het wordt echter wel onmogelijk om te pretenderen dat er een objectieve waarde vrije keuze mogelijk is. Immers: 'Door interpretatie wordt de betekenis van een grondrecht vastgesteld. Daarmee wordt eo ipso en impliciet een oordeel uitgesproken over grenzen en (mogelijke) beperkingen van het grondrecht.' (100) Het feit, dat men zich bij het zoeken naar een antwoord op de vraag welk grondrecht moet prevaleren laat leiden door rechtspolitieke overwegingen acht ik op zich geen probleem. Het gaat in het recht immers altijd om een belangenafweging (101). Wel mag geëist worden, dat men de grondslagen van de afweging expliciteert en consequent hanteert. Bovendien meen ik dat de gehuldigde grondslagen wel gebaseerd moeten kunnen worden op in de desbetreffende maatschappij op dat moment onderschreven opvattingen. Dat er verschil van mening bestaat over de betekenis van bepaalde grondslagen doet niet af aan het feit dat men het belang ervan algemeen erkent. Ik acht, geïnspireerd door Dworkin, expliciete consequente toepassing van beginselen doorslaggevend voor de aanvaardbaarheid van een bepaalde oplossing. Recht en politiek kunnen nu eenmaal niet altijd gescheiden blijven, al zouden juristen dat nog zo graag willen (102).

25. Het wordt tijd om mijn eigen opvatting te geven over de aan de orde zijnde afweging van grondrechten. Zoals gezegd zal ik hierbij mijn inspiratie vooral putten uit de feministische rechtstheorie. De

(98) Zoals blijkt uit de reactie van De Blois c.s., NJB 1983, jrg. 58, nr. 20, p. 638-639.

(99) De onderlinge verhoudingen van grondrechten, TvO 1986, jrg. 12 nr. 14, p. 287.

(100) D.H.M. Meuwissen, Grondrechten, Utrecht/Antwerpen 1984, p. 73.

(101) Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige rechtsbestel, Zwolle 1988, p. 231.

(102) Vergelijk: D.H.M. Meuwissen, Grondrechten, Utrecht/Antwerpen 1984, p. 30 en de constatering van Schoordijk: 'De angst voor politieke beslissingen is de rechter met de paplepel ingegoten', Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op? in: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p. 57.

lezer zij gewaarschuwd: 'Feminist analysis begins with the principle that objective reality is a myth' (103), zeker als het gaat om het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel toont immers zoveel aspecten als de geschiedenis ervan lang is. Het is ingeroepen ter verdediging van meritocratie en ter verdediging van democratie. Tot de zaak *Brown v. Board of Education* was het een belemmering voor een anti-apartheidsbeleid. Met een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan verdedigd worden dat ook vrouwen in militaire dienst moeten, maar tevens dat juist vrouwen niet in militaire dienst moeten (104). En in het geval van maatregelen zoals voorkeursbehandeling en positieve actie kan een beroep op het gelijkheidsbeginsel slechts slagen als duidelijk aangegeven wordt op welke wijze dit beginsel in het concrete geval wordt ingevuld. Of, om met Burkens te spreken: De normatieve kracht van het gelijkheidsbeginsel hangt af van het gekozen differentiatiedoel. In beginsel is de wetgever vrij dat doel te kiezen, mits hij binnen de grenzen van onze rechtsorde blijft. Van het doel hangen de differentiatiecriteria af, die concrete inhoud geven aan het gelijkheidsbeginsel. Vervolgens kan gekeken worden of de criteria zakelijk verantwoord zijn in relatie tot het doel (105).

26. De bijdrage die het gelijkheidsbeginsel heeft kunnen leveren aan de verandering van maatschappelijke verhoudingen ten gunste van vrouwen is beperkt. Recente rechtsontwikkeling laat zien, dat het gelijkheidsbeginsel vaker gebruikt wordt om vrouwen rechten te ontnemen, dan om haar rechten te erkennen. De voorbeelden ter staving van deze stelling kunnen worden gevonden op alle rechtsgebieden, van het familierecht (106) tot de sociale zekerheid (107). Deze consta-

(103) Ann C. Scales, *The emergence of a feminist jurisprudence: an essay*, Yale Law Journal 1986, Vol. 95, p. 378.

(104) Zie de zaak *Rosker v. Goldberg* en de commentaren hierop, met name: A.W. Heringa en T. Zwart, *Dienstplicht alleen voor mannen, ontoelaatbaar?* NJB 1982, jrg. 57, p. 1029-1038, als ook de discussie over dit punt die werd gevoerd bij de behandeling van het Verdrag inzake uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens de vrouw, hierover ook: Jenny E. Goldschmidt, *Krijgsmacht. Kroniek staatsrecht, Nemesis*, 1895, jrg. 1 nr. 5, p. 247-249 en id., *De vrouw in de krijgsmacht, Nemesis* 1986, jrg. 2, nr. 4, p. 169-171.

(105) M.C. Burkens, *Gelijke behandeling*, in: *Grondrechten (Jeukens-bundel)*, Nijmegen 1982, p. 59-60.

(106) Zie N. Holtrust en I. de Hondt, *Het Marckx-arresteffect*, *Nemesis* 1986, jrg. 2, nr. 3, p. 98-105.

(107) Al wordt in de sociale zekerheid de wetgever steeds weer herinnerd aan zijn verplichtingen, de oplossingen die worden aangedragen getuigen van een mentaliteit die eerder is gericht op een neerwaartse nivellering dan op een verbetering van de

tering heeft sommigen geleid tot de conclusie dat het gelijkheidsbeginsel vrouwen niet veel of niets te bieden heeft. Een conclusie die ik niet deel, zoals ik in de inleiding reeds heb vermeld. Ik heb als uitgangspunt genomen, dat maatschappelijke machtsverhoudingen expliciet betrokken dienen te worden bij de invulling van het gelijkheidsbeginsel. Het rekening houden met macht bij het bepalen van de betekenis van grondrechten is op zich niet nieuw. Van der Hoeven wijst erop dat 'grondrechten als historisch-juridisch verschijnsel hun laatste en meest essentiële betekenis altijd weer hebben gevonden in de bescherming die zij boden tegen macht en bezitters daarvan, ook als dat gemeenschapsmacht was.' (108) Het uitblijven van (voldoende) resultaat bij toepassing van het gelijkheidsbeginsel is naar mijn mening vooral te wijten aan het feit, dat er te weinig met macht rekening is gehouden. Ik acht het gelijkheidsbeginsel, ingevuld vanuit de maatschappelijke realiteit van ongelijke verhoudingen, een dusdanig essentieel beginsel in onze rechtsstaat, dat het in elk geval niet illusoir gemaakt mag worden ten behoeve van welk ander recht dan ook. Een beperking ervan acht ik niet in alle gevallen ontoelaatbaar, maar aan een beperking dienen eisen van proportionaliteit gesteld te worden, en er dient, met een knipoog naar de jurisprudentie rond de vrijheid van meningsuiting, 'gebruik van enige betekenis' van het gelijkheidsbeginsel over te blijven. Een beperking op het gelijkheidsbeginsel, die zover gaat, dat een bepaalde groep in een bepaald geval geheel wordt uitgesloten van de uitoefening van een bepaald recht, kan uitsluitend gerechtvaardigd zijn zolang die beperking kan bijdragen aan de effectuering van gelijkheid door verbetering van de positie van de groep die in de huidige maatschappelijke situatie het minst bevoordeeld is. Daarbij gaat het om de *totale* maat-

→
(rechts)positie van de tot dusverre ongelijk behandelde groepen, zie W.M. Levelt-Overmars, De uitspraken van de CRvB over artikel 26 BuPo-Verdrag en de consequenties voor de Nederlandse sociale verzekeringen, NJB, 1988, jrg. 63, p. 589-599, C.M. Sjerps, Dames en Heren, en dan nu: gelijke behandeling! Of: hoe verder na de recente uitspraken van de Raden en Centrale Raad van Beroep, Sociaal Maandblad Arbeid, 1988, jrg. 43, p. 306-324. Ook de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, van 7 december 1988, waarin ook weduwnaars een recht op AWW werd toegekend, impliceert een ongenueanceerde gelijkstelling, zonder rekening te houden met de verschillen in de positie tussen weduwen en weduwnaars, waardoor de uitspraak gemakkelijk kan leiden tot een verdere feminisering van de armoede, zie R. Holtmaat en C.M. Sjerps, Open Forum, De Volkskrant, december 1988.

(108) J. van der Hoeven, De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht, Zwolle 1958, p. 194.

schappelijke situatie. Een min of meer toevallige achterstand in een bepaald geval van de machtigere groep kan geen reden zijn voor inbreuk op de rechten van de achtergestelde groep.

In onze maatschappij kan in elk geval van ras en geslacht geconstateerd worden dat deze kenmerken verschillen in positie veroorzaken. In navolging van de Emancipatiecommissie (109) acht ik discriminatie op grond van geslacht nauw verbonden met discriminatie op de aan een bepaald geslacht toegeschreven eigenschappen. Daarmee valt ook homoseksualiteit onder deze (verboden) discriminatiegrond.

27. De afweging tussen verschillende grondrechten die in het kader van een Wet gelijke behandeling aan de orde komt, zou met toepassing van de door mij genoemde criteria als volgt plaats vinden. Hoewel de godsdienst- en onderwijsvrijheid beperkingen kunnen opleggen aan het gelijkheidsbeginsel, mag dit niet zover gaan dat een bepaalde (beroeps)activiteit voor een gedomineerde groep vrijwel onmogelijk wordt gemaakt. Er zal gezocht moeten worden naar een oplossing waarbij de beperking van de mogelijkheden van die groep zo klein mogelijk is. Dat betekent dat eisen ter bescherming van de grondslag van een instelling niet zover mogen gaan dat sommigen geheel niet meer voor toelating in aanmerking kunnen komen. Het kan niet genoeg benadrukt worden dat onder alle omstandigheden (relevante) geschiktheidseisen gesteld mogen worden, ook met betrekking tot de grondslag (110). Het respecteren of onderschrijven kan als eis gesteld worden, mits dit niet mede wordt beoordeeld aan de hand van voor de directe uitoefening van de functie niet noodzakelijke omstandigheden, zoals de leefsituatie. Uit het vereiste van proportionaliteit volgt tevens, dat de gestelde eisen in het voorkomende geval noodzakelijk moeten zijn voor het bewaren van het karakter van de grondslag. Die noodzakelijkheid zal mede moeten blijken uit de wijze waarop men op andere terreinen (lesprogramma, achtergrond leerlingen) de grondslag hanteert. Het voert te ver de wijze waarop iemand zijn privé-leven inricht te beschouwen als essentieel voor de handhaving van een bepaalde grondslag.

Het niet aannemen van personen op grond van bijvoorbeeld homo-

(109) Advies Wet tegen Seksediskriminatie, Rijswijk 1977.

(110) Anders dan vaak gesuggereerd wordt, zie o.a. E.M.H. Hirsch Ballin, Staatsrecht en bestuursrecht: Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele norm, in: C.W. Maris (redactie), Gelijheid en recht, Deventer/Zwolle 1988, p. 152.

seksualiteit zou niet alleen betekenen dat er inbreuk gemaakt wordt op hun recht op toegang tot de arbeidsmarkt (met name in het onderwijs geldt immers dat er sprake is van schaarste waardoor een aanzienlijke vermindering van kansen optreedt), en op hun recht op privacy, maar ook op hun vrijheid van levensovertuiging, daar zij niet op gelijke wijze kunnen deelnemen aan de op die levensovertuiging gestoelde activiteiten. Wanneer zij immers wel de grondslag onderschrijven, bestaat er kennelijk verschil van mening tussen verschillende groepen *binnen* een bepaalde groep over de concrete betekenis van die grondslag.

Een 'pluralistische' oplossing, dat de staat zich niet mengt in conflicten binnen andere normenstelsels, kan mijns inziens niet onderschreven worden als één van beide partijen zich beroept op het gelijkheidsbeginsel. Van belang acht ik dat de discriminatie op grond van ras en geslacht die het gevolg zou zijn van een bepaalde groepsnorm leidt tot een aanzienlijke vermindering van de mogelijkheden op de arbeidsmarkt voor de gediscrimineerden. In die gevallen zal het recht van de staat wel een rol moeten spelen (111). Dit betekent dat niet in alle gevallen een enkel beroep op het gelijkheidsbeginsel kan slagen. In de Maimonides-zaak (112) blijkt dat het gelijkheidsbeginsel niet ingeroepen kan worden door ouders die een andere opvatting huldigen over de toetsing van de grondslag. De Winter stelt in zijn noot bij deze zaak, dat het wenselijk is criteria te ontwikkelen welke toetsingsnormen gehanteerd mogen worden. Ik meen dat de rechter zich, nu er in casu geen sprake was van ongelijke maatschappelijke machtsverhoudingen tussen de verschillende joodse stromingen, terecht heeft onthouden van verdere toetsing.

Mijn conclusie luidt, dat het in de onderwijs-, godsdienst en verenigingsvrijheid beschermde pluralistisch karakter van de Nederlandse samenleving niet in de weg staat aan een discriminatieverbod ten behoeve van personen die op grond van ras en geslacht (inclusief daarmee nauw verbonden aspecten, zoals seksuele voorkeur) onderdrukt worden. Indien er sprake is van een omvangrijke discriminatie, blijkend uit feitelijke ongelijkheid, zal ook een bijzondere instelling ver-

(111) Zie: J.E. Goldschmidt, Omgaan met constitutioneel pluralisme, in: A.W. Heringa, R.E. de Winter, W.J. Witteveen (redactie), Staatskundig Jaarboek 1983-1984, Zwolle 1983, p. 251 e.v.

(112) HR 22 januari 1988, AB 1988, m.nt. F.H. v.d. Burg en NJCM-Bulletin 1988, jrg. 13, nr. 3, p. 214-220.

plicht kunnen worden tot een actief beleid ter bevordering van gelijke behandeling.

28. Bij positieve actie en voorkeursbehandeling komt de klacht van ongelijke behandeling niet van de achtergestelde groep, maar juist van de 'bevoorrechte' groep. Mag de arbeidskeuze van mannen beperkt worden door quoteringsregelingen of andere maatregelen gericht op positieve actie of door voorkeursbehandeling? Het zal niet anders kunnen indien andere maatregelen ter bestrijding van ongelijkheid niet leiden tot vermindering van die ongelijkheid. Het verbod op indirecte discriminatie blijkt onvoldoende effectief, terwijl 'verborgen' discriminatie door waardeoordelen en rolpatronen ongrijpbaar is voor een discriminatieverbod.

Ook zonder de rechtvaardiging van dit soort maatregelen te baseren op compensatie, kan men constateren, dat de machtspositie van de ene groep onevenredige rechten van de andere groep als pendant heeft en dat het verkleinen van maatschappelijke ongelijkheid in een maatschappij waarin zaken als werk en huisvesting schaars zijn, alleen kan door middel van herverdeling waarbij de 'haves' moeten opschuiven ten behoeve van de 'have nots'. Er zal dus nooit meer gelijkheid kunnen komen, als specifieke maatregelen ten nadele van de heersende groep stranden op grond van de prioriteit van grondrechten van de laatste.

In (inter)nationale anti-discriminatie wetgeving wordt erkend dat het opheffen van achterstand (ik noem het liever: onderdrukking) een reden is om bepaalde groepen te bevoordelen, teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen (113). Het feit, dat positieve actie of voorkeursbehandeling in algemene zin gerechtvaardigd is bij ongelijke machtsverhoudingen, betekent evenwel niet dat *elke* vorm in alle gevallen gerechtvaardigd is.

29. In concrete gevallen zal er evenredigheid tussen feitelijke situatie, het te bereiken doel en de getroffen maatregelen verlangd kunnen worden. Samen met Els van Eijden heb ik naar aanleiding van de Barleus-casus (114) aandacht besteed aan de proportionaliteitseisen ten aanzien van voorkeursbehandeling (115). De door de Commissie

(113) Zie de NJCM-Notitie Positieve actie, Leiden 1988, voor een uitgebreide behandeling van deze bepalingen.

(114) Zie Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid in de burgerlijke openbare dienst, zienswijze van 14 december 1987.

(115) Naar gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij arbeid, Beleid en Maatschappij, 1988, jrg. 15, p. 193-195.

gelijke behandeling in deze zaak, in navolging van Ben Sloot (116) geformuleerde criteria sluiten aan op de in de Amerikaanse rechtspraak geformuleerde criteria van evenredigheid, flexibiliteit en tijdelijkheid (117). Nadat de Commissie het door de gemeente Amsterdam gehanteerde toetsingskader als te ruim had afgewezen, bracht de gemeente nuanceringen aan. Onder druk van een dreigende schorsing of vernietiging van het gemeenteraadsbesluit, waarin werd besloten tot een (vergaande) vorm van voorkeursbehandeling van vrouwen bij vacatures in de schoolleiding, zegde de gemeente toe per vacature te zullen beoordelen:

- a. Om welk functietype het gaat, gelet op de te stellen functie-eisen;
- b. Hoe de verhouding is tussen mannen en vrouwen in dit functietype op de onder gemeentegezag staande scholen;
- c. Wat het gekwalificeerde aanbod is van mannen en vrouwen voor dat functietype (118).

Het kwam erop neer dat er alleen gekeken werd naar de (twee) gemeentelijke gymnasia. Hier was geen vrouwelijke schoolleiding, en dus kon geconcludeerd worden dat er een disproportionele achterstand was, die een (nagenoeg absolute) voorkeursbehandeling rechtvaardigt. Echter: in een door de medezeggenschapsraad tegen de uiteindelijke voordracht van een vrouwelijke kandidaat aangespannen kort geding, komt de president van de Amsterdamse rechtbank tot de conclusie dat de gemeente het juist wat ruimer had moeten bekijken, en de landelijke situatie op VWO-scholen erbij had moeten betrekken. Met de overwegingen van de Amsterdamse president kan ik instemmen. De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de openbare dienst (art. 1 lid 4 onder c) eist feitelijke ongelijkheid. Als bewijs van het bestaan van die ongelijkheid moet een voldoende ruim kader aangehouden worden, en dan is de beperking tot die scholen, waarover de gemeente rechtstreeks zeggenschap heeft, onjuist. In casu streeft de gemeente naar 40% vrouwen in scholendirecties, en daarmee blijft de gemeente onder het percentage vrouwelijke docenten op gemeentelijke scholen. Er is dus geen wanverhouding tussen

(116) Positieve discriminatie, Zwolle 1986, p. 220 e.v.

(117) Zie ook: C.E. van Vleuten, Contract Compliance, bijlage bij Advies over Positieve actie, Emancipatieraad, Den Haag 1989.

(118) Brief B. en W. Amsterdam aan Minister van Binnenlandse Zaken, d.d. 10 juni 1988.

doel en gekozen middel (119). Het bepalen van een referentiekader is een probleem, waar de rechtspraak en de bestuurspraktijk kennelijk nog geen eenduidig antwoord op hebben.

De eis van proportionaliteit hoeft niet in alle gevallen tot eendere resultaten te leiden. Terwijl wel rechtvaardig kan zijn dat de vrijheid van arbeidskeuze mede door herverdeling van arbeid wordt bevorderd, zou een andere afweging plaats kunnen vinden in het geval van uitsluiting van bepaalde groepen bij opstelling van de kandidatenlijst van politieke partijen. In de huidige situatie kan immers niet gezegd worden, dat er sprake is van een onevenredig grote beperking van het totale passief kiesrecht, nu een enkele partij vrouwen niet als kandidaat accepteert. In dit geval acht ik de gevaren verbonden aan inmenging in de interne partijpolitiek voldoende rechtvaardiging voor het onverlet laten van een (wel discriminerende) praktijk (120). Evenmin zou ik willen pleiten voor een partijverbod van een dergelijke partij (121). Het verband tussen grondrechten en democratie dient in dit geval tot een terughoudende opstelling te leiden (122). Wel zou de overheid (door middel van subsidie) kunnen stimuleren dat er meer vrouwen in vertegenwoordigende lichamen komen.

Uiteraard blijft waakzaamheid geboden. Als er een verandering optreedt waardoor à la Zuid-Afrika, bepaalde groepen buiten het besluitvormingscircuit worden gesloten, zal de proportionaliteit eisen dat er wordt ingegrepen.

Er is nog meer. Erkenning van het belang van gelijkheid en van de machtsverhoudingen die hieraan ten grondslag liggen stelt ook eisen aan de *aard* van de maatregelen die genomen worden ter bestrijding van de ongelijkheid. Bij het treffen van maatregelen moet juist rekening gehouden worden met de verschillen in positie. Er kan geen sprake zijn van bevordering van gelijkheid als de machthebbers hun normen opleggen aan anderen en als onder het mom van gelijkheid

(119) President Rechtbank Amsterdam, 29 december 1988, Rolnummer KG 88/1996. Zie ook de Nadere notitie inzake benoeming rector Barleusgymnasium, Gemeenteblad Amsterdam, afdeling 1, nr. 161 (30 november 1988).

(120) Zie hierover mijn bijdrage Participatie, in: H. van Maarseveen, D. Pessers en M. Gunning (redactie), Internationaal recht en vrouwen, Zwolle 1987, p. 443-452.

(121) Zie hierover mijn artikel over Uitwerking van discriminatieverboden met betrekking tot politieke partijen, *Nemesis*, 1984/1985, jrg. 1, p. 288-290.

(122) Zie over een Franse poging tot quotering in vertegenwoordigende lichamen: H.R.B.M. Kummeling, Quoteringsregelingen bij benoemingen in openbare dienst in Frankrijk: een voorbeeld dat geen navolging verdient, in: A.W. Heringa, R.E. de Winter en W.J. Witteveen, *Staatkundig Jaarboek* 1987, Nijmegen 1987, p. 148-150.

gedwongen assimilatie plaatsvindt. Hoe vanzelfsprekend dit moge klinken, de praktijk laat zien dat er doorgaans te weinig aandacht wordt besteed aan dit aspect. Vrouwen dienen zich op de door mannen voorgeschreven wijze te gedragen, willen zij dezelfde kansen krijgen.

In het kader van positieve actie dienen de toegepaste maatregelen ook inhoudelijk aan het gelijkheidsbeginsel getoetst te worden.

30. SAMENVATTEND: op grond van de fundamentele betekenis die ik het gelijkheidsbeginsel in onze samenleving toeken dient dit beginsel uiteindelijk voorrang te krijgen indien er sprake is van een conflict tussen het gelijkheidsbeginsel en één of meer andere grondrechten. Wanneer twee partijen zich beiden beroepen op hetzelfde grondrecht (gelijke behandeling, vrijheid van arbeidskeuze) moet die oplossing gekozen worden die bijdraagt aan opheffing van machtsongelijkheid, hetgeen doorgaans zal betekenen, dat het recht van de 'zwakkere' partij prevaleert.

Het hanteren van machtsongelijkheid als doorslaggevend criterium betekent niet alleen dat andere grondrechten beperkt kunnen worden ter wille van het gelijkheidsbeginsel, maar tevens dat er kwalitatieve eisen gesteld worden aan gelijkheid. Bij het treffen van maatregelen ter bevordering van een machts evenwicht kan niet uitsluitend aanpassing aan bestaande machtsstructuren voorop staan.

Horizontale werking

31. Twintig jaar geleden was in deze vergadering de vraag aan de orde 'Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten en, zo ja, welke?' (123). De vraagstelling was toegespitst op de rol van de wetgever. Inmiddels heeft de grondwetgever gesproken. In aansluiting bij het artikel van Boesjes (124) kiest de regering voor de genuanceerde benadering waarbij aan de hand van een glijdende schaal de vraag naar horizontale werking beantwoord kan worden (125). De schakeringen variëren van een opdracht aan de wetgever tot een dwingende rechtstreekse werking. Over de vraag wanneer precies horizontale werking moet

(123) Preadviezen van mr. A.G. Maris en prof. mr. J.M. Polak, *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging*, Eerste stuk, Zwolle 1969.

(124) De horizontale werking van grondrechten, *Nederlands Juristenblad* 1973, jrg. 48, p. 905 e.v.

(125) *Memorie van Toelichting*, Tweede Kamer, 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 15 en 16.

worden aangenomen en in welke mate blijft de regering echter onduidelijk (126). Slechts op één punt is de regering volstrekt duidelijk: de overheid dient in elke relatie waarin zij tot de burger kan staan de grondrechten in acht te nemen. De consequenties hiervan zullen aan de orde komen in het volgende deel bij de behandeling van de problemen die zich voordoen bij het bevorderen van gelijkheid door de overheid met gebruikmaking van het privaatrecht.

32. De vraag naar de concrete betekenis van een bepaald grondrecht in een privaatrechtelijke rechtsverhouding blijft dus bestaan.

Teneinde de onduidelijkheid rond het al dan niet hebben van horizontale werking van art. 1 Grondwet weg te nemen heeft de regering een voorstel voor een Wet gelijke behandeling ingediend (127) om meer duidelijkheid te verschaffen over de werking van dit artikel in horizontale rechtsverhoudingen. De Raad van State wijst erop, dat art. 1 Grondwet niet alleen voor de overheid geldt, maar ook betekenis heeft voor de verhouding tussen burgers onderling en door hen voor de rechter kan worden ingeroepen (128). Ook bij dat wetsontwerp blijven echter vraagtekens bestaan over de oplossing van conflicten tussen het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten. En, het is hierboven al gezegd, juist daarin zit het probleem van horizontale werking. Zoals Alkema het kort en bondig formuleert: 'Horizontale werking is door de mogelijkheid van botsende rechten een doornige materie' (129). Bij uitblijven van glasheldere wetgeving zal de rechter degene blijven die moet beslissen over de betekenis van grondrechten als gelijkheid, vrije arbeidskeuze, recht op arbeid e.a. in het rechtsverkeer tussen burgers (130). Vele raadgevers hebben zich hier beschikbaar gesteld. Hun raad is echter geenszins eenduidig, noch als het gaat om de historische interpretatie, noch als getracht wordt inhoudelijke criteria aan te dragen aan de hand waarvan de rechter zou moeten beslissen over de werking van een grondrecht.

(126) Memorie van Antwoord, Tweede Kamer 1976-1977, 13 872, nr. 7, p. 10-11.

(127) Tweede Kamer, 1987-1988, 20 051, nr. 1-2.

(128) Tweede Kamer 1987-1988, 20 051, nr. B, p. 2.

(129) Het internationale gelijkheidsbeginsel en de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen, in: Staatsrecht, Buitenlandse betrekkingen en de Internationale rechtsorde, Nijmegen 1987.

(130) Overigens ben ik, met Kortmann (Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, 2e druk, Deventer 1987, p. 48), van mening, dat er geen sprake is van horizontale werking als een grondrecht in wettelijke voorschriften wordt uitgewerkt, al lijkt de regering dit wel als een variant van horizontale werking te beschouwen.

Dat grondrechten op een of andere manier betekenis hebben in het civiele rechtsverkeer lijkt inmiddels wel algemeen aanvaard. De één formuleert het voorzichtiger ('Dat neemt niet weg dat aan de grondwetsbepaling een zekere betekenis in het onderlinge verkeer van mensen kan worden toegekend' (131)) dan de ander ('de eenzijdige staatsgerichtheid van grondrechten is een gepasseerd station' (132)). Degenen die voorzichtiger zijn zullen ook minder ver willen gaan op de schaal die de regering voor horizontale werking voorstelt. Zij wijzen op de ontstaansgeschiedenis van grondrechten (133), op het verschil tussen privaat- en publiekrechtelijk domein (134).

Beide argumentaties zijn voor discussie vatbaar. Kijkend naar de geschiedenis van grondrechten kan men constateren dat 'de grondrechten als historisch-juridisch verschijnsel hun laatste en meest essentiële betekenis altijd weer hebben gevonden in de bescherming die zij boden tegen macht en bezitters van macht, ook als dat gemeenschapsmacht was.' (135) Dit karakter, machtsbeperking, noodzaakt tot het laten meewegen van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen. Tegenover het benadrukken van de eigen aard van het civiele recht kan men wijzen op de vervaging van de grenzen tussen publiek en privaatrecht, zoals de beide preadviseurs van 1969 deden (136).

33. Deze laatste argumenten spreken mij aan. Hierboven heb ik al gepleit voor hantering van machtsverhoudingen als relevant criterium bij de bepaling van de reikwijdte van een bepaald grondrecht. Dit is

(131) W.C.L. van der Grinten in zijn afscheidsrede, *Discriminatie en burgerlijk recht*, Zwolle 1984.

(132) M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een constitutioneel vraagstuk van de eerste rang'*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1986, p. 45.

(133) Grondrechten zijn oorspronkelijk rechten van de burger tegenover de overheid, A.G. Maris, *Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en zo ja, welke?*, *Handelingen NJV*, Zwolle 1969, p. 9.

(134) 'De principiële aanvaarding van horizontale werking berust op een zienswijze volgens welke staatsrechtelijke normen een veel wijdere maatschappelijke betekenis hebben dan alleen de verhouding burger-overheid. Dit overheidsperspectief doet geen recht aan het eigen karakter van het publiek- en privaatrecht en kan gemakkelijk leiden tot een overschatting van het privaatrecht', aldus Koekkoek, *De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht*, WPNR 1985, nr. 5743, p. 411-412.

(135) J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, dissertatie 1958, herdruk, Zwolle 1988, p. 194.

(136) Zie A.G. Maris p. 16-17 en Polak op p. 81, *Handelingen NJV*, Zwolle 1969.

bij de vraag naar de horizontale werking eveneens mogelijk. De regering heeft in de Memorie van Antwoord bij de grondwetsherziening gewezen op bescherming van de burger tegen machtige instellingen (137). Van den Burg beveelt aan de horizontale werking van grondrechten toe te spitsen op machtsposities (138). Voor vrouwen liggen de door machtsongelijkheid opgeroepen problemen niet alleen in het publiekrecht. De grens tussen openbaar en privé is een vloeiende. Inzicht in het totalitaire karakter van machtsongelijkheid tussen mannen en vrouwen dwingt tot bezinning op de wijze waarop in het recht onderscheiden wordt tussen publiek en privaat. Met betrekking tot grondrechten meen ik dat deze ook in privaatrechtelijke verhoudingen bescherming moeten bieden tegen macht. Dat geldt evenzeer voor sociale grondrechten, al zal het daar moeilijker zijn.

34. Wat betekent dit voor ons onderwerp? De vraag, of het opleggen van positieve actie geen ongeoorloofde inbreuk maakt op de contractsvrijheid van werkgevers bijvoorbeeld, zal ontkennend beantwoord worden. Het gelijkheidsbeginsel verplicht ook in particuliere arbeidsrelaties tot een bevordering van gelijke behandeling. Zeker waar sprake is van machtige organisaties, die beslissen over de verdeling van schaarse goederen (men denke aan onderwijsinstellingen en instellingen op het terrein van de gezondheidszorg), dient de burger beschermd te worden tegen feitelijke discriminatie.

35. Met betrekking tot de wetgever is de vraag naar de uitbreiding van de werkingssfeer van grondrechten naar het civiele recht een vraag naar de *wenselijkheid* van wetgeving (139). Reeds in 1969 waren de preadviseurs het erover eens dat wetgeving niet *noodzakelijk* is om grondrechten in het privaatrecht te verwezenlijken (140). De vraag of het wenselijk was werd beantwoord aan de hand van de verwachtingen die men had ten aanzien van de mogelijkheden die men op dat moment de wetgever toedacht, bij de toenmalige stand van zaken. Terwijl Maris meende, dat de opnemng van een algemene bepaling betreffende de werking van grondrechten in een privaatrechtelijke

(137) Memorie van Antwoord, Tweede Kamer 1976-1977, 13 872, nr. 7, p. 10.

(138) Grondwetsinterpretatie en horizontale werking van grondrechten, Tijdschrift voor Openbaar bestuur, 1982, jrg. 8, p. 66.

(139) Zoals ook Van der Grinten het formuleert op p. 1 en 13 van zijn afscheidscollege, Discriminatie in burgerlijk recht, Zwolle 1984. In de oratie van Van der Heijden, Grondrechten in de onderneming, Deventer 1988, wordt gepleit voor een wettelijke regeling van de grondrechten van werknemers.

(140) A.G. Maris, p. 66 en Polak p. 86.

verhouding te onbepaald zou moeten blijven gezien de onbekendheid met het probleem, en dus de rechter en de wetenschap tòch inhoud zouden moeten geven aan de betekenis ervan, liet Polak de voorkeur uitgaan naar een algemene wettelijke bepaling. Hij deelde de wetgever in deze een richtingbepalende rol toe. Hoewel in de bij de grondwetsherziening voorgestelde glijdende schaal de opdracht aan de wetgever om een grondrecht ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken als lichtste vorm van horizontale werking wordt genoemd, gaat het hierbij mijns inziens om een andersoortig vraagstuk dan wanneer men doelt op de vraag in hoeverre de rechter bij de beoordeling van een civielrechtelijk geschil grondrechten mee moet laten wegen. Wat de wetgever vermag is immers een andere vraag dan de vraag wat de rechter moet doen in een zaak waar grondrechten een rol spelen. De bevoegdheden van de wetgever zijn in beginsel in de Grondwet te vinden. Het betreft formele voorschriften en er zijn doorgaans geen inhoudelijke belemmeringen voor een bepaald stuk wetgeving, dus ook niet voor wetgeving op het terrein van grondrechten. De vraag naar de *noodzaak* van wetgeving ter bevordering van gelijke behandeling door middel van positieve actie speelt wel een belangrijke rol bij de beantwoording van bestuursrechtelijke vragen rond dit instrument: in hoeverre is de overheid zelf zonder wettelijke regeling bevoegd om gelijke behandeling in al haar rechtsbetrekkingen met burgers af te dwingen?

36. Nu de wetgever positieve actie expliciet mogelijk heeft gemaakt, zal het probleem zich voor de civiele rechter vooral voordoen als een afwegingsvraagstuk wanneer er sprake is van conflicterende grondrechten, welk probleem door Biesheuvel als krent in de pap van het onderwerp 'burgerlijk recht en grondrechten' wordt behandeld (141). In een eerdere publikatie over dit onderwerp signaleert dezelfde auteur dat de rechter bij de afweging van conflicterende belangen gewicht toe lijkt te kennen 'aan het al dan niet bestaan van een machtsverhouding, waarbij één van de contractspartijen in een afhankelijke positie is komen te verkeren; ook de maatschappelijke waarde van het goed, ten aanzien waarvan afhankelijkheid bestaat (arbeid/inkomen, onderwijs, verzekeringen, financiële kredieten ed.) zal hierbij relevant zijn.' (142) Daarmee zou de rechter aansluiten bij de door mij ge-

(141) Burgerlijk recht en grondrechten: een constitutioneel vraagstuk van de eerste rang, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, Lelystad, 1986, p. 43 e.v.

(142) Horizontale werking van grondrechten NJCM Bulletin, 1981, jrg. 6, nr. 3, p. 147-169 en nr. 4, p. 205-225, op p. 221.

noemde toetsingscriteria: machtsongelijkheid en de schaarste van het goed. De Hoge Raad heeft zich, voor zover mij bekend, nog niet uitgesproken over gevallen van positieve actie of voorkeursbehandeling. Daar ons onderwerp een illustratie is van de stelling van Schuyt, dat 'veranderingen van sociale posities of rollen aanleiding geven tot juridische conflictstof' (143), zal dit waarschijnlijk niet lang meer duren. Het lijkt mij wenselijk als de Hoge Raad zich dan ook bewust is van het feit dat hij zelf de maatschappelijke ontwikkelingen interpreteert en de ogen ook hier opent voor maatschappelijke onmacht, zoals dit met betrekking tot onderdelen van het contractenrecht gebeurt (144).

Wanneer de maatschappelijke verhoudingen en het onderwerp van de privaatrechtelijke verhouding aanleiding geven tot het toepassen van grondrechten in die rechtsverhouding zal bij conflicterende grondrechten de rechter een oordeel moeten vormen met inachtname van de hierboven bij de behandeling van conflicterende grondrechten genoemde overwegingen. Met behulp van het, eveneens door Biesheuvel (145) genoemde, proportionaliteitsvereiste moet per geval een redelijke oplossing gezocht worden. Het voordeel dat de rechter daarbij heeft is, dat hij slechts over het concrete geval hoeft te oordelen. Zijn verantwoordelijkheid wordt er niet minder om.

BESTUURSRECHTELIJKE ASPECTEN

Legaliteit en specialiteit

37. In een rechtsstaat wordt van het bestuur verwacht dat het zich aan de wet houdt, dat elk overheidsoptreden berust op een wet: het legaliteitsbeginsel. De wettelijke grondslag vormt tegelijkertijd de beperking voor het desbetreffende overheidsoptreden op grond van het specialiteitsbeginsel: elke wet heeft zijn eigen doelstellingen en bij de toepassing van die wet mogen alleen de daaraan gerelateerde belangen meewegen. Hierdoor is de burger niet overgeleverd aan de willekeur van het bestuur.

(143) De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, p. 316.

(144) Zie hiervoor dezelfde bijdrage van Schuyt, p. 312 e.v.

(145) Horizontale werking van grondrechten (II), NJCM Bulletin 1981, nr. 4, p. 221-222.

Tot zover lijkt het allemaal erg vanzelfsprekend, maar als het erom gaat wat de precieze inhoud van de eisen van legaliteit en specialiteit zijn barst de discussie los. Helaas gaat die discussie vaak gepaard met spraak- en begripsverwarring (146). Een oorzaak van alle verwarring is, dat het probleem zich op verschillende terreinen in heel verschillende gedaanten voordoet. Terwijl voor Tonnaer de bestuurlijke ontwikkelingen rond de ontgrondingsvergunning voor het Margaterplateau aanleiding waren voor een uitgebreide beschouwing over de kaders waarbinnen belangenafweging door de overheid plaats vindt (147), behandelt Hirsch Ballin de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het kader van een beschouwing over subsidieverhoudingen (148). Geen van de tot nu toe verschenen verhandelingen is zonder meer toepasbaar op het probleem waar het hier over gaat: het bestrijden van discriminatie en het bevorderen van gelijke behandeling. Gegeven het feit dat de overheid hiertoe verplicht is, rijst de vraag hoe zich die verplichting verhoudt tot de beperkingen die het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel dezelfde overheid opleggen. Ik wil eerst kort iets zeggen over de betekenis van beide beginselen, en vervolgens het afwegingsprobleem nader bezien voor vergunningen, subsidies en privaatrechtelijk handelen van het bestuur. Hierbij zal ik dankbaar gebruik maken van de artikelen van M. Scheltema en H. Stout in de bundel die is verschenen ter gelegenheid van het rechtsstaatcongres dat onlangs (februari 1989) aan de Rijksuniversiteit te Groningen is gehouden (149).

38. Het legaliteitsbeginsel gaat uit van het primaat van de wetgever. Het is daarmee een pijler van de rechtsstaat (150). De betekenis van dit in de klassieke rechtsstaat ontwikkelde begrip voor de moderne

(146) Zoals door Helder en Jue wordt geconstateerd, *Belangenafweging in het bestuursrecht, Bestuurswetenschappen* 1987, jrg. 41, nr. 1, p. 34.

(147) *Wikken en beschikken* (dissertatie), Zwolle 1982.

(148) *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen*, Preadvies Vereniging voor administratief recht, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht, Alphen aan den Rijn 1988.

(149) M. Scheltema, De Rechtsstaat, en H. Stout, Bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein?, beide in: *De Rechtsstaat herdacht*. Bij het voorbereiden van dit preadvies kon ik gebruik maken van concepten van de bijdragen dankzij de welwillendheid van de auteurs. Daar de bundel nog moest verschijnen kan een exactere vindplaats niet gegeven worden.

(150) Zie W.J. Witteveen, M.A.P. Bovens en W. Derkens, *Rechtsstaat en Sturing*, Inleiding bij de gelijknamige bundel, Zwolle 1987, p. n.

verzorgingsstaat is evenwel een andere geworden (151). Daarover is men het wel eens, maar de grote vraag is welke betekenis men dan wel aan het beginsel moet toekennen. Subsidiëring berust op een begrotingsartikel. Is dat een voldoende wettelijke basis? In 1977 pleitte preadviseur Van den Burg voor een wettelijke fundering van de bevoegdheid subsidies te verlenen in de Comptabiliteitswet (152), terwijl de andere preadviseur meer zag in algemene regelingen voor beperkte deel terreinen dan in een algemene wettelijke regeling (153). De discussie over de wettelijke grondslag van subsidies, de inpassing van subsidiëring in een rechtsstatelijk bestel was n jaar later actueel genoeg om onderwerp te vormen van de beraadslagingen in de Vereniging voor administratief recht (154).

Daartussen is een stroom literatuur, rapporten en uitspraken verschenen waarin wordt ingegaan op de problematiek rond de bevoegdheid van de wetgever, de betekenis van het toenemend aantal algemene regels die niet in een wet zijn neergelegd maar als uitvloeisel van discretionaire wettelijke bevoegdheden via circulaires, plannen, richtlijnen e.d. de burger bereiken (155). Steeds meer aandacht krijgt de eis van het materieel rechtsbegrip: als burgers lasten en verplichtingen opgelegd krijgen dient dit bij dan wel krachtens de wet te geschieden (156). De Commissie Wetgevingsvraagstukken brengt in 1986 rapport uit over 'mogelijk verbeteringen in het gebruik van onderscheiden vormen van regelgeving bij de centrale overheid', en

(151) Konijnenbelt schetst kort hoe de overheid in de verzorgingsstaat steeds meer door feitelijke werkzaamheden en het toekennen van gelden optreedt. De presterende overheid, 'Leistungsverwaltung' zoals het in Duitsland ontwikkelde begrip luidt, heeft steeds meer betekenis gekregen naast de klassieke 'Eingriffsverwaltung', de overheid die straf oplegt en belastingen heft. Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 6e druk, Culemborg, 1988, p. 37 e.v.

(152) Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging, Is het wenselijk dat de overheid maatregelen neemt tot ordening en publicatie van bestaande subsidievoorwaarden?, Zwolle 1977, p. 56-57.

(153) J.H. van Kreveld, In hoeverre mogen en moeten bij het verlenen van subsidie voorwaarden worden gesteld?, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1977, Zwolle 1977, p. 143-144.

(154) E.M.H. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht XCIX, Alphen aan den Rijn, 1988.

(155) Zie o.a. J.H. van Kreveld, Beleidsregels en het recht, Deventer 1983.

(156) Aan de ontwikkeling van het materieel wetsbegrip is een belangrijke impuls gegeven door het proefschrift van I.C. van der Vlies, Het wetsbegrip, en beginselen van behoorlijke regelgeving, Den Haag 1984.

beantwoordt daarbij de vraag wat in de wet geregeld moet worden en wat aan welk ander orgaan mag worden overgelaten (157). Gezocht wordt naar een aan de eisen van de verzorgingsstaat aangepaste invulling van het door de commissie voorgestane primaat van de wetgever, hetgeen neerkomt op de eis 'dat de wet zelf tenminste de reikwijdte, de structurele elementen en de voornaamste duurzame normen van een regeling dient te bevatten' (158). De regering deelt de opvatting dat de wetgever de hoofdlijnen moet vastleggen, maar brengt er een nuancering in aan, omdat niet altijd duidelijk is wat de voornaamste duurzame normen zijn. In die gevallen geeft de regering de voorkeur aan regeling door een lagere wetgever (159).

De uitwerking van het primaat van de wetgever zou ten aanzien van subsidies ten dele kunnen geschieden in de Algemene wet bestuursrecht (160). Ten dele, want daarnaast is op specifieke terreinen nadere wetgeving nodig (161).

Scheltema doet een, mijns inziens geslaagde, poging om de elementen die het rechtsstaatsbegrip bevat te structureren door uit een viertal beginselen van de rechtsstaat eisen af te leiden die dienen om de beginselen tot hun recht te laten komen. Hij geeft hiermee aan, wat nogal eens wordt vergeten, dat het gaat om de beginselen en dat men zich steeds weer zal moeten bezinnen op de bijdrage die de eisen kunnen leveren aan het bevorderen van die beginselen. Als beginselen noemt hij: het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van de dienende overheid. De legaliteits eis wordt, met de eis dat regels zo gedetailleerd mogelijk zijn, beschouwd als aspect van de rechtszekerheid. Maar meteen hierop laat Scheltema volgen, dat de huidige complexe overheidstaak zich niet in enkele regels laat vatten en dat er aanwijzingen zijn, dat juist

(157) Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Tweede Kamer 1985-1986, 19 200, nr. 14.

(158) Zie de bespreking van het rapport en van het regeringsstandpunt hierover, I.C. van der Vlies, Wetgevingsvraagstukken, *Ars Aequi*, 1987, jrg. 36, nr. 12, p. 778.

(159) Kabinettsstandpunt over Rapport Commissie Wetgevingsvraagstukken, Tweede Kamer 1986-1987, 20 038, nr. 2, p. 6.

(160) De door Van den Burg in 1977 gedane suggestie voor inpassing in de Comptabiliteitswet was door de commissie Wetgevingsvraagstukken als subsidiaire mogelijkheid wel genoemd (p. 26 van het Rapport) maar het kabinet wijst deze mogelijkheid van de hand, Regeringsstandpunt, Tweede Kamer 1986-1987, 19 200, nr. 4, p. 10-11.

(161) Zie in deze zin ook de bespreking van het rapport en kabinettsstandpunt over Orde in de regelgeving van Ph. Eijlander, Het primaat van de wetgever, *Bestuurswetenschappen* 1988, jrg. 42, nr. 2, p. 80.

gedetailleerde wetgeving afbreuk doet aan de rechtszekerheid. Waar het om gaat is, dat de burger mag verwachten, dat het bestuur tijdig een standpunt inneemt en zich daar vervolgens aan houdt, zodat hij weet waar hij aan toe is (162).

39. In de discussie over de legaliteit van het overheidshandelen wordt steeds meer aandacht besteed aan de verplichting die grondrechten de staat opleggen (163). Hirsch Ballin (164) herformuleert het legaliteitsbeginsel als een algemeen grondrecht op vrijheid, en accentueert daarmee de samenhang met de gecodificeerde grondrechten als grondslagen van de rechtsstaat. Dit sluit aan bij de materiële opvatting van het begrip rechtsstaat, waarbij op de overheid de taak rust om grondrechten te verwerkelijken. Expliciet rekent hij hiertoe de plicht van de overheid om verhindering van vrijheid door andere machten tegen te gaan (165). Ook subsidiëring ziet hij tegen deze achtergrond. Daarmee is niet alleen een begrenzing aan de vrijheid om subsidies te verstrekken gegeven, maar ook een beperking bij het verlenen van een bepaalde subsidie. Hij komt tot de conclusie dat in een rechtsstaat, naast het verlenen van betekenis van grondrechten als grondslag voor subsidiëring, ook grenzen zijn gesteld aan subsidiëring (166).

40. Hiermee komen wij meer en meer op het terrein van het specialiteitsbeginsel. Daarbij gaat het immers om de vraag welke belangen mogen meespelen bij bepaalde besluiten (167). Het specialiteitsbeginsel ligt ten grondslag aan administratieve wetgeving (168) en is een

(162) De rechtsstaat, in: *De rechtsstaat herdacht*, 1989.

(163) Zie de oratie van Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht*, Tilburg, 1982, zijn bijdrage aan de bundel *Rechtsstaat en Sturing* (M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, redactie), Zwolle 1987, p. 91-104, en zijn preadvies over rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, *Geschriften Vereniging voor Administratief recht XCLX*, 1988. Ook Van der Vlies gaat in haar bijdrage in de bundel *Rechtsstaat en Sturing* hierop in, p. 121-140.

(164) *Regelen op een afstand als vereiste van een sociale rechtsstaat*, M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen, *Rechtsstaat en Sturing*, Zwolle 1987, p. 91.

(165) Preadvies VAR, 1988, p. 19.

(166) Preadvies VAR 1988, p. 44-45.

(167) Dit beginsel mag zich verheugen in een toenemende belangstelling; zie, naast het artikel van H. Stout, in *De rechtsstaat herdacht*, 1989, F.A.M. Stroink en B.W.N. de Waard, *Het specialiteitsbeginsel*, in *Burger en overheid* (Steenbeek-bundel), Den Haag 1984, p. 231-256 en E. Helder en R.J. Jue, *Belangenafweging in het bestuursrecht*, *Bestuurswetenschappen* 1987, jrg. 41, nr. 1, p. 25-41, met name p. 33 e.v., alsmede de dissertatie van Tonnaer, *Wikken en beschikken*, Zwolle 1982.

(168) Van der Burg, Cartigny en Overkleef-Verburg, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, 5e druk, Nijmegen 1985, p. 109.

aspect van het legaliteitsbeginsel (169). Veel spraakverwarring wordt veroorzaakt door de vereenzelviging van het specialiteitsbeginsel met het verbod van *détournement de pouvoir*. Terwijl het specialiteitsbeginsel zich richt tot de wetgever/regelgever, is het verbod van *détournement de pouvoir* een algemeen beginsel van behoorlijk *bestuur*. Grofweg kunnen twee groepen onderscheiden worden: de preciezen, die menen dat het specialiteitsbeginsel zich verzet tegen het laten meewegen van andere dan de door de desbetreffende regeling beoogde belangen en de 'rekkelijken', die de noodzaak van een integrale belangenafweging benadrukken. Niettegenstaande de door Helder en Jue gesignaleerde begripsverwarring tussen beide groepen (170), is er sprake van fundamenteel andere opvattingen. Ook hier is een toenemende aandacht voor de betekenis van grondrechten. Een starre interpretatie van het specialiteitsbeginsel kan immers betekenen, dat grondrechten buiten beschouwing moeten blijven bij een regeling die niet expliciet ziet op de verwerkelijking van een of meerdere grondrechten. Anderzijds kan het ook juist van belang zijn om minder aandacht te schenken aan op zich respectabele andere belangen bij regelingen die gericht zijn op concretisering van grondrechten. In aansluiting op Scheltema's benadering van het rechtsstaatbegrip plaatst Stout het specialiteitsbeginsel in het kader van de verschillende soorten belangenafwegingen die het bestuur op grond van verschillende regelingen mag maken. Op grond van het specialiteitsbeginsel krijgt het wettelijke belang een zekere 'relatieve hardheid' ten opzichte van andere belangen, aldus Stout (171). Maar een afwegingsproces mag nooit resulteren in een volledige beknelling van andere openbare belangen. Die andere belangen verdienen zoveel mogelijk bescherming. De mate waarin die bescherming gegeven kan worden hangt weer af van de soort bevoegdheid die door de overheid wordt gebruikt.

41. Het wordt tijd te bezien welke de relevantie is van de discussies over legaliteit, specialiteit en *détournement de pouvoir* voor positieve actie. Zowel het legaliteitsbeginsel als het specialiteitsbeginsel spelen een rol bij de mogelijkheden die de overheid heeft om door middel van subsidies gelijkheid door positieve actie te bevorderen. Dit kan

(169) Helder en Jue, *Belangenafweging in het bestuursrecht*, Bestuurswetenschappen 1987, p. 34.

(170) T.a.p. p. 33-34.

(171) Bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein, *Congresbundel De rechtsstaat herdacht*, Groningen 1989.

door het verbinden van voorwaarden aan subsidies en door het gebruik maken van sancties.

Bij vergunningen kan de vraag gesteld worden of de overheid verplicht is om gelijke behandeling mee te laten wegen bij het al dan niet verlenen van een vergunning, bijvoorbeeld door het stellen van voorwaarden met betrekking tot positieve actie.

En tenslotte kan de vraag gesteld worden of de overheid bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden gehouden is actief gelijke behandeling te bevorderen. Binnen dit kader zal ik slechts ingaan op de globale afwegingen die hier gemaakt kunnen worden.

Vanuit de materiële invulling die ik aan het gelijkheidsbeginsel heb gegeven wil ik pleiten voor een actieve opstelling van de overheid (172). Zowel als regelgever (173) als als bestuurder dient de overheid in elk geval met het gelijkheidsbeginsel rekening te houden. Al is het een niet altijd eenvoudig te concretiseren beginsel, het gelijkheidsbeginsel is één van de door Scheltema genoemde grondslagen van de rechtsstaat (174). Met Stout (175) meen ik, dat het gelijkheidsbeginsel een absoluut karakter heeft gekregen, dat een instrumentele verplichting tot daadwerkelijke effectuering impliceert. Hieruit volgt dat deze uit art. 1 Grondwet en uit internationale verdragen voortvloeiende verplichting als het ware altijd in de doelstelling van een regeling verdisconteerd moet worden geacht. Iedere andere oplossing zou immers betekenen dat de overheid medeverantwoordelijk zou worden voor discriminatie als zij een bedrijf dat niet voldoet aan de normen van gelijke behandeling subsidieert, een vergunning geeft of er een contract mee sluit (176). Daarmee zou tevens het gelijkheidsbeginsel als rechtsstaatbeginsel geschonden worden.

(172) Zie ook in deze zin het advies van de Emancipatieraad over de Nota positieve actie van vrouwen in arbeidsorganisaties, 1989. Het advies was bij het schrijven van dit preadvies nog in voorbereiding. Ten behoeve van de advisering werd door mr. C.E. van Vleuten in opdracht van de Emancipatieraad onderzoek gedaan naar de juridische verankering van affirmative action-programma's en contract compliance in de Verenigde Staten, zie hiervoor de bijlage bij het advies.

(173) Zie ook I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle 1984, p. 182.

(174) De rechtsstaat, in: *De rechtsstaat herdacht*, 1989.

(175) Bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein, 1989.

(176) Vergelijk Hirsch Ballin, die er in zijn VAR-preadvises op wijst, dat de situatie kan ontstaan dat de overheid door subsidiëring bij ongeoorloofde activiteiten wordt betrokken. Hij lijkt vooral te zien op een verbod op *beperking* van grondrechten door subsidie(voorwaarden), en, impliciet met name op beperking van godsdienstvrijheid, maar de redenering kan logisch doorgetrokken worden naar een plicht tot bevordering van grondrechten, en met name van gelijke behandeling.

Subsidie

42. De vraag naar de wettelijke grondslag en de voorspelbaarheid van overheidsbeslissingen doet zich met name voor op het terrein van subsidies. Niet alleen door het geven van subsidies maar ook door het daaraan verbinden van voorschriften (177) legt de overheid de burgers verplichtingen op. Zowel de vraag naar de wettelijke grondslag als naar de doelstellingen die de overheid middels subsidiëring kan nastreven wordt gesteld. Mede door de mogelijkheid om voorwaarden aan subsidie te verbinden zijn subsidies niet als louter positieve sancties te beschouwen en de grens met negatieve sancties, straffen, is een vloeiende (178). En het belang van subsidies maakt het tevens belangrijk om juist bij het hanteren van dit instrument gelijke behandeling te kunnen bevorderen. Een overheid die gelijke behandeling als fundamenteel recht garandeert kan niet tegelijkertijd discriminatie subsidiëren.

43. Het uitgeven van geld is een van de weinige onderwerpen waarvan nog wordt aangenomen dat overheidsorganen daarover zonder wettelijke basis (anders dan een begrotingsartikel) regels kunnen stellen. Maar juist op deze mogelijkheid richt zich de kritiek, aldus Hirsch Ballin, die vervolgens ingaat op de achtergrond van deze kritiek (179). Verschillende oplossingen worden aangedragen om subsidiëring met het legaliteitsbeginsel te laten sporen. In elk geval lijkt een wettelijke regeling in vele gevallen onmisbaar. De mate waarin men een wettelijke basis noodzakelijk acht verschilt evenwel. De Haan, Drupsteen en Fernhout achten een wettelijke grondslag altijd noodzakelijk (180). Zij lijken daaraan strictere eisen te stellen dan de preadviseurs voor deze vereniging in 1977, die een meer globale grondslag voorstonden (181), waarbij, zoals hierboven gezegd Van der Burg aan een algemene en Van Kreveld aan specifieke regelingen dacht. Hirsch Ballin en Konijnenbelt zoeken naar criteria om te bepalen wanneer er wel en wanneer er niet een wettelijke grondslag no-

(177) Zie ook W.J. Witteveen, M.A.P. Bovens en W. Derksen, *Rechtsstaat en Sturing* (Inleiding), in: M.A.P. Bovens, W. Derksen en W.J. Witteveen (redactie), *Rechtsstaat en Sturing*, Zwolle 1987, p. 17.

(178) F.H. van der Burg, Is het wenselijk dat de overheid maarregelen neemt tot ordening en publicatie van bestaande subsidievoorwaarden, *Handelingen 1977 Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle 1977, p. 13 e.v.

(179) *Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen*, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht XCIV, Alphen aan den Rijn 1988, p. 66 e.v.

(180) *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, derde druk, Deventer 1986, p. 229.

(181) *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 1977.

dig is. Konijnenbelt ziet niets in een absolute wetmatigheidseis: ze berust zijns inziens op een overschatting van de mogelijkheden van de wetgever. Hij acht een wettelijke regeling alleen nodig als de gesubsidieerde ten gevolge van subsidiëring anders zal handelen dan hij uit eigen beweging zou hebben gedaan. Hij sluit daarmee aan op wat hij als de ratio van het legaliteitsbeginsel noemt: de wens tot regulering van inbreuken van overheidswege (182). Scheltema zit op dezelfde lijn: het gaat om 'de eis, dat de burger voor zijn concrete situatie zekerheid moet kunnen krijgen over te verwachten beslissingen van bestuursorganen.' (183) Damen vindt dit compromis te minimaal: hij acht voor heel het 'positieve' overheidsoptreden een wettelijke grondslag en regeling noodzakelijk (184). Hirsch Ballin meent, dat aan de kern van de eis van rechtsstatelijkheid, voorzienbaarheid, controleerbaarheid en kenbaarheid van overheidshandelen, ook met afdoende gepubliceerde beleidsregels kan worden voldaan. Als subsidiëring echter leidt tot inperking van grondrechten dient voldaan te zijn aan de grondwettelijke eisen voor inperking van grondrechten, dus aan een formeel wettelijke grondslag (185).

44. Tot zover een zeer summier overzicht van de verschillende standpunten met betrekking tot de noodzaak van een wettelijke grondslag voor subsidiëring. Toch is eigenlijk deze discussie voor ons onderwerp maar van beperkt belang. Wat ons interesseert is immers niet zozeer de vraag of de overheid door middel van subsidie mag sturen, maar welke rol het gelijkheidsbeginsel moet spelen *wanneer* zij gebruik maakt van het subsidie-instrument. Hierbij spelen het specialiteitsbeginsel en het verbod van détournement de pouvoir een rol.

Men zou een lijn kunnen trekken van subsidies die gebaseerd zijn op een begrotingsartikel zonder verdere regeling naar subsidies die gebaseerd zijn op regelingen die nauwkeurig aangeven in welke gevallen waarvoor subsidie verstrekt wordt. Bij de subsidies die niet op een subsidieregeling berusten is de beleidsvrijheid in principe het grootst. Het verschil tussen dit soort subsidies en het sluiten van een overeenkomst door een overheid met een particulier is vaak gering. Het gaat er in deze gevallen dikwijls om een activiteit van de grond te

(182) Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 6e druk, Culemborg 1988, p. 40.

(183) De rechtsstaat herdacht, 1989.

(184) L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur (dissertatie), Deventer 1987, p. 384.

(185) Preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1988, p. 68.

brenge, waar de overheid waarde aan hecht. De onderhandelingen over de subsidievoorschriften vertonen gelijkenis met die over contractvoorwaarden (186). Naarmate de overheid meer gebonden is aan (beleids)regelingen, zal de mogelijkheid tot het geven van voorschriften met betrekking tot positieve actie meer afhangen van die regels (187). En daarmee komt de problematiek bij deze vormen van subsidieverlening overeen met de vragen die opgeroepen worden bij het stellen van voorwaarden en het verbinden van voorschriften bij vergunningverlening.

45. Evenwijdig aan de lijn van geheel vrije (binnen grenzen van wettelijke bevoegdheid, uiteraard) subsidies naar op grond van regelingen gebonden subsidieverlening loopt de lijn van *moeten* naar *mogen*. Dat wil zeggen: de overheid dient in *alle* gevallen verplicht geacht te worden discriminatie tegen te gaan. De grondslag hiervoor is te vinden in art. 1 van de Grondwet en in de internationale gelijkheidsbepalingen. In geval van rassendiscriminatie kan gewezen worden op de plicht die het Verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie ook aan gemeentebesturen oplegt tot actieve bestrijding. Ook in art. 2 van het (nog steeds niet door Nederland geratificeerde) Verdrag inzake uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens de vrouw (188) worden de staten verplicht maatregelen te nemen tegen discriminatie. Anders dan Louise Mulder meen ik, dat het belang van het gelijkheidsbeginsel in onze rechtsorde rechtvaardigt, dat dit beginsel in alle gevallen een redelijke grond verschaft voor het verbinden van voorschriften aan subsidiëring (189). Op basis van het adagium 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere', wordt er doorgaans vanuit gegaan dat de bevoegdheid tot het geven van voorschriften beperkt wordt door het verbod op *détournement de pouvoir* (190). Daarnaast wordt er echter ook gewezen op de begrenzing die

(186) Zie o.a. J.H. van Kreveld, Juridische ontwikkeling van subsidieverhoudingen, Geschriften van de Vereniging voor administratief recht XCIX, Alphen aan den Rijn 1988, p. 94.

(187) Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten in te gaan op de vraag naar de exacte juridische status van verschillende soorten subsidieregelingen. Voor de praktijk zal dit bij de toetsing van verschillende voorschriften uiteraard wel verschil kunnen maken, zie Advies M. Scheltema aan de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwsubsidies, Tweede Kamer 1987-1988, 19 623 nr. 30, Bijlage 5, met name p. 463-464.

(188) Nederlandse tekst: Tractatenblad 1981, 61.

(189) Discriminatiebestrijding en de gemeente. Veel moet en weinig mag, De Gemeentestem, 1987, jrg. 137, nr. 6823, p. 359.

(190) F.H. van der Burg, Preadvies NJV 1977, p. 25.

grondrechten opleggen aan het subsidiërende bestuursorgaan: subsidiëring mag geen ontoelaatbare beperking van grondrechten ten gevolge hebben, maar tevens kan de gelijke behandeling van verschillende overtuigingen noodzaken tot een consequent subsidiebeleid (191). Hirsch Ballin wijst op het gevaar dat een situatie ontstaat waar subsidiëring de overheid bij ongeoorloofde activiteiten zou betrekken (192). Voorschriften met betrekking tot positieve actie zijn erop gericht te voorkomen dat de overheid discriminerende praktijken subsidieert. Verschillende gemeenten hebben in hun subsidieverordeningen bepalingen, dat subsidie niet wordt verleend ten behoeven van discriminerende organisaties of activiteiten (193), al dan niet onder expliciet toestaan van onderscheid ter opheffing van achterstand, dus van positieve actie en voorkeursbehandeling.

Voorschriften met betrekking tot positieve actie liggen in het verlengde van deze discriminatieverboden. Zij zijn te beschouwen als het soort sturing dat Hirsch Ballin typeert als voorschrift van rechtmatigheid van het beleid van de gesubsidieerde (194). Hij noemt deze als de meest afstandelijke positie die de subsidiegever inneemt ten aanzien van de gesubsidieerde activiteit (195). Even later geeft hij aan, dat overtreding van wettelijke voorschriften een reden is voor intrekking van subsidie (196). Wanneer men ervan uitgaat, dat voorschriften van rechtmatigheid toegestaan zijn, lijkt het mij een logi-

(191) Hirsch Ballin, Preadvies VAR 1988, p. 45 en Van der Burg, Preadvies NJV 1977, p. 37, I.C. van der Vlies, Subsidiëring en gemeentelijke regelgeving, De Gemeentestem, 1988, jrg. 138, nr. 6854, p. 169-175. In verschillende uitspraken is door de (Voorzitter) Afdeling Rechtspraak van de Raad van State beslist dat bij subsidiëring geen onderscheid gemaakt mag worden tussen verschillende levensovertuigingen; zie o.a. Voorzitter ARRS 19-8-1986, AB 1987, 51, ARRS 18-12-1986, 260 met noot I.C. van der Vlies, ARRS 30-12-1986, AB 1987, 261, met noot I.C. van der Vlies en ARRS 2-9-1987, AB 1988, 303, met noot I.C. van der Vlies.

Het feit, dat de overheid niet mag discrimineren naar geloofs- of levensovertuiging bij subsidiëring was reden voor spontane vernietiging van een bepaling in de subsidieverordening van de gemeente Hasselt, KB 4 december 1984, Stb. 685, AB 1985, 163 (Hasselt).

(192) Preadvies VAR 1988, p. 44.

(193) Zie, behalve het door Hirsch Ballin, 1988, p. 55 gegeven Rhedense voorbeeld ook de Algemene Subsidieverordening Amsterdam, zoals gewijzigd in 1985, Gemeenteblad afdeling 1, nr. 900.

(194) Preadvies VAR 1988, p. 53.

(195) Preadvies VAR 1988, p. 56.

(196) Zie onder andere Van Wijk/Konijnenbelt, Hoofdstukken van Administratief recht, 6e druk, Culemborg 1988, p. 262 e.v.

sche stap om ook voorschriften ter voorkoming van onrechtmatigheid toe te staan. Nu discriminatiepatronen zo hardnekkig blijken te zijn, dat de kans dat zonder extra aandacht de discriminerende praktijken veranderen, uiterst klein moet worden geacht, zijn voorschriften met betrekking tot gelijke behandeling als preventieve maatregel gerechtvaardigd.

Het voorkómen van onrechtmatigheid moet in het algemeen mogelijk geacht worden. Wel betekent het ontbreken van een expliciete regeling dat de mogelijkheden voor voorschriften met betrekking tot positieve actie beperkter zijn: het desbetreffende overheidsorgaan moet (verdere) discriminatie tegengaan maar mag zonder verdere regeling niet verder gaan. In alle gevallen mag verwacht worden dat gegarandeerd en aangetoond wordt dat er geen discriminatie plaats vindt. In regelingen kunnen voorts meer concrete voorschriften opgenomen worden. In beide gevallen geldt, dat de voorschriften strenger zullen moeten worden, indien de gesubsidieerde niet kan aantonen dat er geen sprake is van discriminatie, dus dat er geen onevenredigheid bestaat tussen verschillende groepen en dat er voldoende maatregelen getroffen zijn om eventuele onevenredigheid te bestrijden.

46. Concluderend: ook bij op een algemeen begrotingsartikel gebaseerde subsidieverlening kan van de subsidieontvanger verlangd worden dat deze waarborgt dat er niet wordt gediscrimineerd. Deze verplichting, voortvloeiend uit (internationale en grondwettelijke) non-discriminatiewetgeving behoort tot de 'naar buiten werkende' (197) normen die door de wetgever gesteld zouden moeten worden. Hoewel het wenselijk zou zijn als de wetgever hier duidelijkheid over zou scheppen, mag het stilzitten van de wetgever er niet toe leiden, dat het bestuur geen anti-discriminatiebeleid kan voeren (198). Dit kan betekenen, dat er eisen worden gesteld omtrent de verdeling van de te subsidiëren goederen of diensten of dat door middel van een positief actieplan wordt gegarandeerd dat de personele samenstelling

(197) F. H. van der Burg, Een nieuw materieel wetsbegrip, in: Bestuur en norm, Bundel opstellen aangeboden aan R. Crinice le Roy, Deventer 1985.

(198) Deze conclusie sluit aan op die van I. C. van der Vlies met betrekking tot de noodzaak om de samenstelling van besturen van gesubsidieerde instellingen die overheidstaken behartigen te regelen volgens rechtsstatelijke principes; deze noodzaak blijft bestaan al ware een wettelijke regeling wenselijk, Subsidiëring en gemeentelijke regelgeving, De Gemeentestem, 1988, jrg. 138, nr. 6854, p. 175.

voldoet aan bepaalde evenredigheidseisen ten aanzien van vrouwen en minderheden. De criteria die worden toegepast door de Commissie gelijke behandeling (met in achtneming van de door de Amsterdamse rechtbankpresident in de Barleuszaak aangebrachte correctie bij de berekening van de achterstand) in navolging van het door Sloot ontwikkelde model kunnen hier gebruikt worden om af te bakenen wat *noodzakelijk* is ter voorkoming van discriminatie. Wil de subsidiërende overheid méér doen en bijvoorbeeld ook bepaalde verdergaande stimulerende maatregelen voorschrijven dan dient dit in een (materieel) wettelijke regeling vastgelegd te worden. Daarbij dient rekening gehouden te worden met het specialiteitsbeginsel, in de zin zoals het door H. Stout wordt geïnterpreteerd: er moet een duidelijke expliciete en consistente belangenafweging plaats vinden (199).

Aan subsidieregelingen kan op grond van de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichtingen de eis gesteld worden dat er in de regelingen expliciet wordt aangegeven hoe gelijke behandeling gegarandeerd moet worden. Een subsidieregeling kan in principe meer dan een minimaal non-discriminatiegebod inhouden, maar het bestaan van een regeling betekent tevens, dat de overheid niet verder mag gaan dan op grond van de hierboven genoemde algemene verplichting en het in de subsidieregeling voorgeschrevene is toegestaan.

Vergunningen

47. Hoe zit het nu bij vergunningen? Ook hier is geen eenduidig antwoord mogelijk. Bij de beantwoording van de vraag welke argumenten mogen leiden tot het stellen van voorwaarden aan een vergunning of tot het intrekken ervan, speelt het karakter van de vergunning een belangrijke rol: is er sprake van een vrije of een gebonden vergunning? Terwijl bij subsidiëring nog gesteld kan worden dat de overheid een bepaalde vrijheid heeft om te beslissen in bepaalde gevallen subsidies te verstrekken, kan een vergunning uitsluitend gegeven worden als er een wettelijke basis voor is. Dat kan een formele wet zijn maar ook een plaatselijke verordening.

In zijn rede tot de Vereniging van administratief recht in 1984 is Kohnenbelt ingegaan op de betekenis van het verbod van *détournement de pouvoir*. Hij wijst erop, dat het begrip niet alleen recht-

(199) Bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein? Bundel Rechtsstaatcongres R.U. Groningen: 'Specialiteit voor de structurering van belangenafwegingskaders'.

streeks, maar ook als interpretatiemaatstaf van belang is (200). Zo speelt *détournement de pouvoir* een rol bij de toetsing aan het motiveringsbeginsel (201). Op deze plaats is het niet direct van belang of er al dan niet rechtstreeks aan het verbod van *détournement de pouvoir* wordt getoetst. Van belang is, zoals Konijnenbelt het formuleerde, dat het verbod 'ertoe leidt, dat elke vergunningsaanvraag afzonderlijk moet worden behandeld en dat het bestuur zich daarbij reenschap zal moeten geven van de belangen die bij de beslissing op de aanvraag mogen meespelen.' (202) Konijnenbelt legt de verantwoordelijkheid voor een integrale belangenafweging, terecht, bij de wetgever. Net als bij subsidieregelingen, zal bij het invoeren van vergunningstelsels steeds de gelijke behandelings-norm geconcretiseerd moeten worden. De vraag is echter of hier ook, zoals ik stelde ten aanzien van subsidies, het stilzitten van de wetgever de verplichting van het bestuur tot het voeren van een actief anti-discriminatiebeleid onverlet laat, of dat, zoals Konijnenbelt concludeert het verbod van *détournement de pouvoir* aan een behoorlijk (hier in de zin van anti-discriminatoire) vergunningstelsel in de weg staat.

48. Naar mijn mening bieden de verschenen rapporten over integrale vergunningverlening weinig houvast bij het beantwoorden van de vraag, of ook bij een gebonden vergunning voorwaarden mogen worden gesteld ter voorkoming van inbreuk op het gelijkheidsbeginsel wanneer deze niet terug te vinden zijn in de regeling waar de vergunning op is gebaseerd. Dat in principe in elke vergunningsregeling, ongeacht het doel van de desbetreffende regeling, plaats is voor anti-discriminatievoorschriften, volgt uit de (beperkte) betekenis die ik aan het specialiteitsbeginsel heb toegekend.

Het voorkomen van onrechtmatig discriminatoir gedrag kan slechts een argument zijn bij het al dan niet verlenen van een vergunning, al dan niet onder voorwaarden, wanneer onrechtmatigheid ook zou kunnen leiden tot intrekking van de vergunning. Dat lijkt bij een strikt gebonden vergunning niet goed houdbaar. Voor deze gevallen lijkt tussenkomst van de wetgever onmisbaar.

49. Wanneer er echter sprake is van enige beleidsvrijheid hoeft het bevorderen van gelijke behandeling geen problemen op te leveren.

(200) Geschriften van de Vereniging voor administratief recht, XCII, Alphen aan den Rijn 1984, p. 144.

(201) Zie: G. Schermers, *Beleidscontrole door de afdeling rechtspraak op basis van het motiveringsbeginsel*, Bestuurswetenschappen 1988, jrg. 42, nr. 1, p. 6-8.

(202) T.a.p. 1984, p. 144.

Dit blijkt uit de jurisprudentie met betrekking tot het vestigingsbeleid van huisartsen. Vanderheyden leidt uit de uitspraak van de Voorzitter afdeling rechtspraak Raad van State inzake Oud-Beijerland (203) af, dat het mogelijk is om positieve actie in het vestigingsbeleid op te nemen (204). Inmiddels is dit in een tweetal zaken bevestigd. Uit de overwegingen van de Voorzitter afdeling rechtspraak Raad van State blijkt dit:

‘Verweerders (gemeentebestuur, JEG) streven ernaar binnen de gemeente Leiden 30 % van de capaciteit per waarneemgroep door vrouwelijke huisartsen te laten vervullen. Dit uitgangspunt is in de advertentie, waarin kandidaten voor de betrokken vestigingsplaats worden opgeroepen, tot uiting gebracht, zodat ook verzoekers (o.a. de gepasseerde eerstgenoemde op de voordracht, JEG) hiervan op de hoogte konden zijn. Naar Ons oordeel is een dergelijk beleid, waarbij bij voldoende geschiktheid aan vrouwelijke kandidaten de voorkeur wordt gegeven, wat er verder ook zij van een bezettingsgraad van vrouwelijke artsen van 30 %, niet onaanvaardbaar te achten. Wij nemen in aanmerking dat in de betrokken waarneemgroep slechts ongeveer 6 % van de capaciteit door vrouwelijke huisartsen wordt ingenomen . . . Nu . . . beide kandidaten de geschiktheid voor de onderhavige vacature bezitten is naar Ons oordeel in het nastreven van vorengenoemd beleidsdoel een voldoende rechtvaardiging gelegen om in het onderhavige geval van de voordracht van de (advies-JEG) commissie af te wijken.’ (205) In het tweede geval was er sprake van een expliciete voorkeur voor een vrouwelijke kandidaat uit een minderheidsgroep (206).

Nu bij amendement in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces expliciet is opgenomen, dat gelijke behandeling ook van toepassing is op de uitoefening van het vrije beroep, waarbij met name gedacht wordt aan vestigingsregelingen voor huisartsen (207), is ook de mogelijkheid voor voorkeursbehandeling uit deze wet hier erkend.

(203) 23 juni 1987, Nrs. 03.87.3196/S 5775 en S 5776.

(204) Jurisprudentie vestigingsbeleid huisartsen, een tussenbalans, Tijdschrift voor gezondheidsrecht 1988, jrg. 12, nr. 2, p. 91.

(205) 18 februari 1988, nr. R03.88.0491/S 5196 99-92.

(206) 5 november 1987, nr. R 03.87.5728/S 6399.

(207) Tweede Kamer 1987-1988, 19 908, nr. 23.

Gebruik van privaatrecht

50. Hier komt niet de vraag aan de orde *of* de overheid gebruik mag maken van privaatrecht, maar de vraag *hoe* bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden gelijke behandeling mee moet wegen. Terwijl in de Verenigde Staten deze verplichting is vastgelegd in Executive Orders (208), is in Nederland de uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichting nergens uitgewerkt voor het privaatrechtelijk optreden van de overheid. De verplichting is er echter wel, daar de overheid altijd, ook wanneer zij optreedt als privaatrechtelijk persoon, grondrechten dient te eerbiedigen. Van een 'vlucht van het openbaar bestuur in het privaatrecht' kan dan ook geen sprake zijn als er grondrechten in het geding zijn. Simon wijst erop, dat de privaatrechtelijke vrijheid van de overheid weliswaar beperkt wordt door de zorg voor het algemeen belang, maar dat daartegenover staat dat de overheid in het privaatrecht soms meer mag dan een private (rechts)persoon. Het verbod van détournement de pouvoir speelt in het privaatrecht nauwelijks een rol. Een door Simon gegeven voorbeeld is het voeren van een milieubeleid door middel van erfpachtvoorwaarden: daarbij worden 'vreemde' voorwaarden aan een overeenkomst verbonden (209).

Aanknopingspunten voor de beoordeling van het optreden van de overheid in het privaatrecht biedt het recente IKON-arrest, waarin de Hoge Raad besliste dat een overheidsorgaan ook bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden gebonden is aan beginselen van behoorlijk bestuur (210). Het gelijkheidsbeginsel is immers niet alleen een grondrecht, maar ook een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Behalve de reeds gestelde vraag naar de plicht van de overheid om ook bij gebruik van privaatrecht gelijke behandeling te bevorderen, wordt ook de vraag gesteld of er geen sprake is van ongelijke behandeling, wanneer de overheid aan bepaalde privaatrechtelijke partners eisen stelt die niet direct relevant geacht moeten worden. In 1987 werd een besluit van de Arnhemse gemeenteraad om aannemers die betrokken waren bij de bouw van de raketbasis Woensdrecht uit te sluiten van contracten door de Kroon wegens

(208) Zie de bijlage door C.E. van Vleuten over de juridische inbedding van contract compliance in de Verenigde Staten bij het advies van De Emancipatieraad over positieve actie in arbeidsorganisaties, Den Haag 1989.

(209) H.J. Simon, De directe toetsing getoetst, over publieke normen in het privaatrecht, *Bouwrecht* 1988, jrg. 25, nr. 1, p. 2-12.

(210) HR 23 maart 1987, AB 1987, 273 met noot FHvdB.

strijd met art. 1 Grondwet vernietigd (211). Mijns inziens is hier echter sprake van een wezenlijk andere situatie dan wanneer de overheid voorwaarden met betrekking tot positieve actie stelt ter bevordering van gelijke behandeling. Niet alleen omdat dit een grondwettelijke plicht is van alle overheidsorganen (in het geval Woensdrecht was er een verschil van mening tussen de gemeente Arnhem en de rijksoverheid over het kernwapenbeleid), maar ook omdat de voorwaarde in alle gevallen kan worden gesteld. Dat een positief actiebeleid maatwerk is en voor elk bedrijf anders uit zal vallen doet daar niet aan af. De vervaging van de grens tussen publiek en privaatrecht wordt zichtbaar door de doorwerking van grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht (212). Ook het NBW (art. 3.1.1.15) en het voorontwerp Algemene Wet Bestuursrecht gaan ervan uit dat de overheid in privaatrechtelijke gedaante evenzeer gebonden is aan publiekrechtelijke beginselen (213). Daaruit is mijns inziens te concluderen dat het stellen van eisen met betrekking tot positieve actie aan privaatrechtelijke rechtshandelingen op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden als bij vrije vergunningen en subsidies mogelijk geacht moet worden. Ik acht dit ook wenselijk omdat door ontwikkelingen als privatisering de overheid steeds vaker gebruik zal gaan maken van het privaatrecht, hetgeen niet wegneemt dat de overheid verantwoordelijk blijft voor de implementatie van grondrechten (214). Privatisering betekent dat er bevoegdheden, macht worden overgedragen of overgelaten aan niet-overheidsorganen. Daarom volgt ook uit hetgeen ik hierboven heb gezegd over de betekenis van de factor macht bij de werking van grondrechten, dat het van belang is om te waarborgen dat privatisering niet leidt tot schending van fundamentele rechten, zoals gelijke behandeling.

TOT SLOT

51. Uitgaande van het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel beginsel van de rechtsstaat heb ik willen aangeven hoe dit beginsel ingevuld

(211) KB 9 januari 1987, Stb. 11.

(212) Zie de kroniek van D.A. Lubach, Bestuur en privaatrecht, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 1988, nr. 5, p. 176-182.

(213) Zie: P. Nicolai, Kroniek, Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 1987, nr. 3, p. 94.

(214) Zie ook P.F. van der Heijden, Grondrechten in de onderneming, Deventer 1988.

kan worden ter bestrijding van de discriminatie die het gevolg is van onevenredige machtsverhoudingen. Die machtsverhoudingen acht ik van doorslaggevende betekenis bij de problemen die zich voordoen bij het concretiseren van grondrechten. Bij het hanteren van verschillende bestuursinstrumenten dient de overheid zelf haar macht in te zetten ter verbetering van de positie van onderdrukte groepen, en mag niet te gauw worden aangenomen dat dit ongeoorloofd is. Een wettelijke regeling bijvoorbeeld in de algemene wet Bestuursrecht kan een duidelijke grondslag verschaffen voor een anti-discriminatiebeleid van de overheid. Het ontbreken van een dergelijke regeling betekent evenwel niet dat er geen enkele bevoegdheid is om bij subsidies, vergunningen en gebruik van privaatrecht gelijke behandeling te bevorderen. De uit de rechtsstaat voortvloeiende verplichting van de overheid om het gelijkheidsbeginsel te concretiseren kan geacht worden altijd aanwezig te zijn. Slechts wanneer er sprake is van een strict gebonden bevoegdheid tot vergunningverlening ontbreekt de bevoegdheid om aan het gelijkheidsbeginsel ontleende elementen mee te laten wegen.

Zonder een actief overheidsbeleid zal het gelijkheidsbeginsel, zeker voor vrouwen, een lege huls blijven.

III. POSITIEVE ACTIE EN HET ARBEIDSRECHT

Preadvies mr. W.J.P.M. Fase

1. INLEIDING, 121
2. GELIJKHEID, 122
3. ONDERSCHIED, 125
4. COMMUNAUTAIR RECHT, 126
5. DIRECT EN INDIRECT ONDERSCHIED, 128
6. DE CONTEXT VAN HET HANDELEN, 130
7. DE OPVATTING VAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EG, 132
8. NADERE ANALYSE, 134
9. DEFINITIES, 135
10. WERKBEGRIIP, 137
11. RUIMTE VOOR AFWIJING, 138
12. BEVOORRECHTING, 140
13. RECHTVAARDIGING GEBRUIK VAN VERBODEN KENMERK, 142
14. EEN OMWEG, 145
15. DE SMALLE MARGES, 147
16. ERVARINGEN IN HET ARBEIDSRECHT, 148
17. ZELFREGULERING, 151
18. DE HANDHAVING VAN AFSPRAKEN, 153
19. BELEIDSKADER, 155
20. STAPPENPLAN, 157
21. FLANKEREND BELEID, 160
22. POSITIEVE ACTIE EN INDIRECT ONDERSCHIED, 161
23. SAMENVATTENDE CONCLUSIES, 162

Positieve actie en het arbeidsrecht

1. INLEIDING

Over positieve actie is in Nederland wel het nodige geschreven, maar daarmee is nog weinig ervaring opgedaan (1). Daarom zullen mijn beschouwingen noodzakelijkerwijs een verkennend karakter dragen en vooral conceptueel getint zijn. Ik kies voor een arbeidsrechtelijke invalshoek. Met name staat de vraag centraal in hoeverre positieve actie een zinvolle bijdrage is tot een eerlijker verdeling van arbeid, naast de al ter beschikking staande instrumenten. Een globale verkenning van de arbeidsmarkt leert, dat vele groepen bij het vinden van werk problemen ondervinden. Het gaat daarbij niet alleen om werk op zich, maar ook om voor de betrokken persoon passend werk. De problematiek is het schrijnendst voor de etnische en culturele minderheidsgroepen, waar veertig tot vijftig procent werkloos is (2). Niet veel minder moeilijk is het vinden van werk voor gedeeltelijk arbeidsgeschikten (3). Langdurige werkloosheid vormt ook een niet te onderschatten negatieve factor bij het vinden van werk. Ouderen,

* De auteur is thans voorzitter van de Sociale Verzekeringsraad te Zoetermeer. Vordien was hij hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Het preadvies is op persoonlijke titel geschreven. Het is afgesloten op 21 januari 1989.

(1) Zie hierover onder meer B.P. Sloot, *Positieve discriminatie*, Zwolle 1986; I.P. Asscher-Vonk, *Positieve actieplannen*, SMA 1985, p. 823 e.v.; E.V.M.E. Honée e.a., *Minderheden in een dominante cultuur*, Zwolle 1988; *Themanummer Beleid en Maatschappij over positieve discriminatie 1988/4* en G. Oosterhuis en A. Glebbeek, *Ras en geslacht bij personeelselectie*, Mens en maatschappij 1988, p. 237 e.v.

(2) Zie SER-advies inzake werkgelegenheid etnische minderheden van 18 december 1987, SER-publ. 87/24, p. 19 e.v.

(3) In 1988 hadden 814 duizend personen een arbeidsongeschiktheidsuitkering, waarmee f 17½ miljard is gemoeid (kerncijfers sociale verzekering van de SVr). Niet is bekend hoeveel personen daarvan nog (gedeeltelijk) zouden kunnen werken. Dit is de verborgen werkloosheid in de AAW/WAO, mede ontstaan door de verdiscontering van de werkloosheid in de arbeidsongeschiktheidsschatting.

zeg boven de vijfenveertig jaar, ondervinden met het klimmen van de leeftijd toenemende weerstanden voor indiensttreding. Voor jongeren met een afgebroken schoolopleiding is het perspectief evenmin rooskleurig (4).

Met deze groepen als vergelijking is de participatiegraad van vrouwen aan het arbeidsproces slechts een onderdeel van een complex vraagstuk. Vrouwen winnen op de arbeidsmarkt overigens snel terrein. Nam in 1960 nog slechts een kwart van de vrouwen aan arbeid deel, thans ligt dit al boven de veertig procent (5). Nu onbekend is hoeveel vrouwen betaalde arbeid ambiëren, is een afweging met de andere genoemde groepen moeilijk.

Toch wordt bij positieve actie veelal in de eerste plaats aan vrouwen gedacht. Gedeeltelijk arbeidsgeschikten en etnische en culturele minderheden kunnen echter evenzeer op een dergelijke actie aanspraak maken (6) om van de overige groepen maar niet te spreken. De relatief sterke aandacht voor vrouwen is verklaarbaar.

Hun wensen vinden bij de politiek een willig oor. Vrouwen worden gesteund door op hen toegesneden internationale en nationale regelingen. Vrouwen vormen in een tijd van vergrijzing en ontgroening een welkom arbeidsreservoir om toekomstige problemen het hoofd te bieden en verbreden de groeimogelijkheden van de economie. Toenemende arbeidsparticipatie draagt bij tot zelfstandigheid en onafhankelijkheid.

In het hierna volgende zal ik echter proberen zoveel mogelijk een algemene schets te geven, dus, als het kan, enigszins te abstraheren van de gelijke behandeling van man en vrouw. Voor de andere groepen met een achterstand op de arbeidsmarkt zijn immers voldoende argumenten te geven om ook voor hen – voorzover een geschikt middel – positieve actie te bepleiten, waarvan een aantal identiek is aan die voor vrouwen gelden.

2. GELIJKHEID

Sedert 1983 opent de grondwet met de bepaling, dat allen die zich in

(4) Zie maandoverzicht De arbeidsmarkt in november 1988, uitgave ministerie van SZW, p. II e.v.

(5) Het percentage is 43,5. Zie nota positieve actieprogramma's voor vrouwen in arbeidsorganisaties, kamerstuk 20 342, nr. 2. Vgl. ook Vrouw en arbeidsmarkt, een tussenstand, SER-publicatie 1987.

(6) Vgl. Resolutie van de Raad van Ministers EG van 22 december 1986, Pb EG C340 van 31 december 1986, p. 4

Nederland bevinden, in gelijke gevallen gelijk behandeld worden en dat discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond ook, niet is toegestaan. Een soortgelijke bepaling is in art. 26 van het Bupoverdrag te vinden: de wet verbiedt discriminatie van welke aard ook en garandeert eenieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook. Daarna volgen voorbeelden van gronden van verboden discriminatie, waarvan slechts huidskleur, taal, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status niet in de grondwet terug te vinden zijn.

De laatste bepaling heeft de Centrale Raad van Beroep aangegrepen om gedeelten van de sociale verzekeringswetgeving onverbindend te achten en vrouwen of mannen dezelfde rechten te geven, die personen van het andere geslacht reeds hadden (7).

Naast het grondwetsartikel en het Bupoverdrag zijn vele andere verdragen te noemen, die gelijkheidsbepalingen bevatten, al dan niet toegespitst op bepaalde groepen. Ik laat die rusten. Wel is van belang te wijzen op het communautaire recht van de Europese Gemeenschappen, dat van eminent belang is voor de garantie van gelijke behandeling van onderdanen van andere lidstaten en voor de man-vrouwverhouding. Ik kom daarop nog uitgebreid terug.

Waar het mij hier om gaat, is dat het arbeidsrecht het gelijkheidsbeginsel heeft te eerbiedigen en dat binnen en buiten het arbeidsrecht waarborgen dienen te bestaan dat eenieder gelijke toegang tot de arbeid heeft (8). Discriminatie is niet toegestaan. Dit moet ruim worden genomen. Er mag geen onderscheid worden gemaakt bij de toegang tot de arbeid, de arbeidsvoorwaarden, de bevorderingsmogelijkheden, scholings- en vormingsfaciliteiten, de ontslagmogelijkheden en -modaliteiten etc (9).

Deze bescherming beperkt zich uiteraard tot degenen, die zich rechtmatig op het Nederlands grondgebied bevinden, met andere woorden krachtens de Wet arbeid buitenlandse werknemers (10) hier

(7) CRvB 5 januari 1988, RSV 198-200 (AAW) en CRvB 7 december 1988, AWW 1987/17 en 1987/46, niet gepubl. Zie over de eerste uitspraken ook M. Steinmetz, *Kroniek sociaal zekerheidsrecht*, Nemesis 1988, p. 68 e.v. en W.M. Levelt-Overmars, *De uitspraken van de CRvB dd 15 (moet zijn 5)-1-1988 over art. 26 Bupoverdrag*, NJB 1988, p. 589 e.v.

(8) Zie hierover uitvoerig het te verschijnen proefschrift van I.P. Asscher-Vonk, *De toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn 1989.

(9) Vgl. art. 1 van de richtlijn gelijke behandeling in het arbeidsproces.

(10) Wet van 9 november 1978, Stb. 737.

werkzaam mogen zijn, voor zover het niet om EG-onderdanen gaat (11).

Het gelijkheidsbeginsel is in het arbeidsrecht een begrip. Aan het begin van deze eeuw was het met name in Amsterdam reeds zo, dat ieder aanspraak kon maken op gelijke arbeidsbemiddeling zonder enige voorselectie naar plaatsingskansen (12). Het zich aan het begin van deze eeuw ontwikkelende c.a.o.-recht had met name de gelijke behandeling van werknemers ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden als uitgangspunt. Zelfs was er toen al sprake van contract-compliance, al was het begrip onbekend. Aanbestedingen door lokale overheden waren afhankelijk van de bereidheid een bepaalde arbeidsvoorwaardenregeling (vaak een c.a.o.) na te leven. De landbouwcrisiswetgeving kende als subsidievoorwaarde naleving van de c.a.o. (13). Deze vroege voorbeelden van het gelijkheidsstreven kennen ook hun tegenkanten, zoals het ontslaggebod voor de gehuwde vrouw en het tegengaan van industriële arbeid door vrouwen (14). De mannelijke werknemer was immers in het arbeidsrecht lange tijd maatstaf. Gelijke rechten binnen het arbeidsrecht voor vrouwen komen eerst na de tweede wereldoorlog tot ontwikkeling, maar dan in een snel tempo: opheffing van het ontslaggebod (15), de verwezenlijking van de gelijke beloning (waartoe de Wet minimumloon de belangrijkste bijdrage was) (16), de invoering van een ontslagverbod wegens huwelijk of bevalling en tijdens zwangerschap (17) tot aan de gelijke behandelingswetgeving (18). De laatste staat thans model voor bredere wetgeving. Het wetsontwerp gelijke behandeling van 25 maart 1988 be-

(11) Zie besluit van 19 september 1967, Stb. 387, zoals gewijzigd bij besluit van 9 februari 1981, Stb. 30 ex art. 49 Vreemdelingenwet.

(12) Zie hiervoor W.L.P.M. de Kort, *De arbeidsbemiddeling in Nederland*, Alphen aan den Rijn 1940.

(13) Zie mijn Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, Alphen aan den Rijn 1980, p. 40.

(14) Zie M.G. Levenbach, *Nederlands bestuursrecht III*, Alphen aan den Rijn 1964, p. 439 e.v.

(15) Voor de overheid zie men KB 30 november 1957, Stb. 527.

(16) Wet gelijk loon vrouwen en mannen 1975, Stb. 129.

(17) Wet van 6 mei 1976, Stb. 295.

(18) Wet gelijke behandeling 1980. Stb. 86 en Wet gelijke behandeling in burgerlijke openbare dienst 1980, Stb. 384, die zullen opgaan in een nieuwe wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (wetsontwerp 19 908 van 18 maart 1987). Het verbod om kostwinnerschap als criterium voor ontslagvolgorde te hanteren lag voor het bedrijfsleven tot dan in de (nood) Wet van 25 juni 1979, Stb. 278. Zie voor dit verbod voor de overheidsdienst ook KB 1 augustus 1979, Stb. 472.

oogt in het arbeidsproces discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, sexuele geaardheid en burgerlijke staat uit te bannen (19). Deze voorgenomen algemene wet tegen discriminatie stelt het gelijkheidsstreven op een bredere basis en werkt het eerste grondwetsartikel nader uit.

3. ONDERSCHIED

Het begrip discriminatie heeft een negatieve klank. Men hoort niet te discrimineren. De gediscrimineerde wordt gekrenkt en geschaad. Discriminatie miskent dat mensen gelijk zijn en aanspraak op gelijke behandeling kunnen maken. Achterstelling mag niet. Zo ingekleurd is discriminatie wellicht een te vermijden juridisch begrip. Voor de vaststelling van discriminatie is in die visie nodig aan te tonen, dat van achterstelling sprake is. Dat was de reden, dat in het strafrecht het begrip discriminatie door het neutralere begrip onderscheid werd vervangen (20). Ook in het civiele recht – in navolging van het (niet altijd consequente) communautaire recht – wordt veelal voor de term onderscheid gekozen. Onderscheid wordt verboden, dus het anders behandelen. Of van slechter behandelen sprake is wordt aan degene, die op gelijke behandeling aanspraak maakt, overgelaten. Of hij of zij wordt achtergesteld, behoeft niet te worden aangetoond. Het anders behandeld worden is voldoende grond voor correctie.

Het ontkleurde begrip onderscheid zal ik verder gebruiken.

Onderscheid maken impliceert, dat personen, die in gelijke omstandigheden verkeren, verschillend worden behandeld. De uitkomst kan echter hetzelfde zijn. Zo zal – een aan de rechtspraak ontleend voorbeeld (21) – pensioenpremieplicht voor mannen en premievrijstelling voor vrouwen geen verschil uitmaken, als de lonen met hetzelfde bedrag verschillen. Toch is van een ongeoorloofd onderscheid sprake, als daaraan een premierestitutieregeling bij voortijdige beëindiging van het dienstverband gekoppeld wordt: mannen zijn per saldo beter af (22). Of die situatie werkelijkheid wordt, is niet

(19) Wetsontwerp 20 501.

(20) Zie wetsontwerp 16 115, MvT, p. 4.

(21) Hof van Justitie EG 11 maart 1981, Jur. p. 991.

(22) Vgl. het Liefding/ac. Ziekenhuisarrest van het Hof van Justitie EG van 18 september 1984, nr. 23/83.

relevant, slechts de mogelijkheid is voldoende basis voor redres. Bij onderscheid gaat het dus niet om de werkelijke, maar de mogelijke uitkomst.

Het verwezenlijken van gelijke behandeling via het verbieden van het maken van onderscheid is een instrumentele benadering (23). Door het verbod beoogt men een gewenst resultaat te bereiken. Deze benadering kiest het communautaire recht. Zij verschilt van de inhoudelijke benadering, waarbij men het resultaat als uitgangspunt kiest en het handelen vanuit het bereikte resultaat wordt gelegitimeerd. Het te bereiken resultaat kan onderscheidend handelen geoorloofd maken. Bij de instrumentele benadering is onderscheid niet geoorloofd, tenzij uitdrukkelijk toegelaten (24).

De instrumentele benadering past bij de gelijke kansenfilosofie. Gelijkheid is in voldoende mate gediend, indien eenieder gelijke kansen heeft. De inhoudelijke benadering ziet op de uitkomst en vraagt om een notie van verdelende rechtvaardigheid, althans een verder uitgewerkte notie dan waarmee een instrumentele benadering kan volstaan.

4. COMMUNAUTAIR RECHT

Het communautaire recht van de Europese Gemeenschappen heeft de instrumentele benadering tot de zijne gemaakt. Het verbod van onderscheid wordt reeds gevonden in het EEG-verdrag. Spreekt art. 48 van afschaffing van discriminatie op grond van nationaliteit van werknemers wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en andere arbeidsvoorwaarden, in de verhouding tussen vrouw en man verbiedt art. 119 onderscheid ter zake van beloning.

Beide termen, discriminatie en onderscheid, zijn echter inwisselbaar. Het verbod van onderscheid van art. 119 vindt evenmin als dat van art. 48 zijn oorzaak in het veiligstellen van grondrechten. Eerlijke concurrentie op een vrije markt deed Frankrijk op vastlegging

(23) Zie W.J.P.M. Fase, A.Th.S. Leenen en W.M. Levelt-Overmars, Het directe en indirecte onderscheid in Gelijke behandeling in de sociale zekerheid, Deventer 1986, p. 52.

(24) Vgl. C.W.A. Timmermans, Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie, SEW 1982, p. 431.

van het gelijke beloningsbeginsel aandringen (25), terwijl art. 48 aan het vrije verkeer van personen gekoppeld is.

Art. 119 is echter wel de basis geworden van vrij uitgewerkte richtlijnen ter zake van gelijke beloning en gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Te noemen vallen de richtlijn gelijke beloning van 10 februari 1975, de richtlijn ter zake gelijke behandeling in het arbeidsproces van 9 februari 1976, de richtlijn ter zake gelijke behandeling in de wettelijke sociale zekerheidsregelingen van 19 december 1978, de richtlijn ter zake de gelijke behandeling in de beroepsregelingen op het gebied van de sociale zekerheid van 24 juli 1986 en de richtlijn inzake de gelijke behandeling van zelfstandigen van 11 december 1986 (26). Het ligt in de bedoeling deze reeks af te sluiten met de zogenaamde voltooiingsrichtlijn, waarvan de Commissie op 23 oktober 1987 de Raad van de Europese Gemeenschappen een concept heeft aangeboden (27).

Uiteraard kon art. 100 van het EEG-verdrag niet altijd voldoende rechtsbasis voor de richtlijnen bieden, aangezien het niet alleen om een nadere uitwerking van vastgelegd communautair recht gaat. Daarom zijn de richtlijnen ter zake van gelijke behandeling in het arbeidsproces en op het gebied van de sociale zekerheid op art. 235 gebaseerd, terwijl de richtlijn ter zake beroepsregelingen en de voltooiingsrichtlijn zich op beide artikelen baseren.

Een uitvoerige beschrijving van de richtlijnen behoeft hier niet te worden gegeven. Wel wil ik de daaraan ten grondslag liggende conceptie weergeven.

Gelijke beloning van man en vrouw is uitgangspunt. Dit recht kan eerst goed functioneren, als mannen en vrouwen op gelijke voet toegang hebben tot het arbeidsproces, op dezelfde arbeidsvoorwaarden worden tewerkgesteld, dezelfde promotiekansen hebben en dezelfde ontslagbescherming genieten. De gelijke toegang wordt bevorderd als het voor werkgevers geen verschil in arbeidskosten betekent, indien hij een man of vrouw in dienst neemt.

Daarom behoren mannen en vrouwen tegen dezelfde kosten aanspraak te kunnen maken op sociale zekerheidsprestaties, die veelal een combinatie zijn van wettelijke en in beroepsregelingen vastge-

(25) Vgl. P. J. G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, Deventer 1974, p. 299.

(26) Te vinden in Pb EG 1975 L 45/171; 1976 L 39/40; 1979 L 6/24; 1986 L 225/40 resp. 1986 L 359/56.

(27) Voorstel van 23 oktober 1987, COM (87)494 def.

legde aanspraken. De aanvullende aanspraken moeten echter ook daarom reeds gelijk zijn, omdat zij in art. 119 onder uitgesteld loon worden begrepen. Door het samenstel van richtlijnen wordt bereikt, dat mannen en vrouwen aan de deelneming aan het arbeidsproces dezelfde rechten kunnen ontleen tegen een gelijke bijdrage van hun zijde en van hun werkgever (28).

Natuurlijk gaat de intentie verder en is de verwezenlijking van een fundamenteel recht in het geding, maar men mag niet zover gaan te stellen, dat bijvoorbeeld vanuit de sociale zekerheid de arbeidsparticipatie van vrouwen moet worden vergroot (29). Dat doet tekort aan het feit, dat de derde richtlijn een logisch vervolg is op de tweede ter zake van gelijke behandeling in het arbeidsproces. Een scheve verdeling van zekerheidsprestaties behoeft geen correctie als dat uit een verschil in participatie in betaalde arbeid voortvloeit. Gelijke behandeling in de sociale zekerheid is geen doel op zichzelf.

5. DIRECT EN INDIRECT ONDERSCHIED

Hoewel dit begrippenpaar eerst in de tweede richtlijn voor het eerst opduikt, is in de term onderscheid van art. 119 van het EEG-verdrag deze tweezijdigheid reeds begrepen (30). De uitleg van dit begrip door het Hof van Justitie is maatgevend voor de verbindendheid van de richtlijnen. Deze mogen aan de reikwijdte ervan geen afbreuk doen. Uiteraard ontstaan eerst problemen, als men de begrippen poogt te definiëren. Hiertoe is eerst in de concept-richtlijn betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning en behandeling van vrouwen en mannen van 24 mei 1988 een poging gedaan (31).

Hierop wordt hieronder ingegaan.

Evenmin als richtlijnen mag de nationale wetgeving in de verhouding van vrouwen en mannen het begrip onderscheid insnoeren. Een

(28) Zie arresten in noot 21 en 22 genoemd en Bilka/Weber van 13 mei 1986, nr. 170/84 en Beets-Propert/Van Lanschot van 26 februari 1986, nr. 262/84.

(29) De daarin opgenomen uitzondering op het verbod van direct onderscheid betreft de nataliteitsfeer. Vgl. I.P. Asscher-Vonk en L.H. van den Heuvel, Toegelaten onderscheid in Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid, p. 67.

(30) Zie mijn Beloning naar communautaire normen, SMA 1982, p. 80. Zie ook Hof van Justitie EG 31 maart 1981, Jur. 1981, p. 91.

(31) Voorstel van de Commissie aan de Raad van 27 mei 1988, COM (88)269 def., Pb C 176/5.

wettelijke definitie, voor zover die beoogt het begrip te beperken in plaats van uit te breiden, mist dan ook betekenis. De in de zgn. Reparatiewet (32) ondernomen poging zal ik ook hieronder bespreken, evenals de definitie in het ontwerp van algemene wet gelijke behandeling (33). Daarbij zij nu al aangetekend, dat hoewel een zoveel mogelijk gelijke inhoud van het begrip onderscheid in de wetgeving uiterst wenselijk is, de wetgever buiten de man-vrouwverhouding vrijer is om het begrip af te bakenen.

Het begrip onderscheid is vaag. Gezien de enorme implicaties, die het communautaire verbod van onderscheid op het rechtstelsel heeft gehad en wellicht nog zal hebben, wekt dit enige verbazing. Daarom is er des te meer reden dit begrip te analyseren.

Onder onderscheid wordt verstaan het gebruik van een bepaald kenmerk als beslissende maatstaf voor de behandeling van tot een groep behorende personen, die niet allen aan dat kenmerk voldoen. Het kenmerk brengt een splitsing in twee subgroepen teweeg. Dat behoort op zich niets onoirbaars te hebben. Zo zijn het stellen van functie-eisen bij sollicitaties en het verbinden van voordelen aan een langdurig dienstverband op zich zeker niet onjuist. Het probleem is welke kenmerken wel en niet mogen worden gehanteerd.

Indien de wetgeving ter zake verboden kenmerken noemt, zoals het man of vrouw zijn, het communautaire recht daarnaast de nationaliteit noemt en rechtstreeks werkende verdragsbepalingen ook andere gronden noemen, is het duidelijk. Die kenmerken mogen niet als selectie criterium voor het vormen van subgroepen worden gehanteerd. Problematisch wordt het dan pas als onderscheid wordt verboden op welke grond dan ook, dus op ongespecificeerde gronden (34).

Het verbod van het gebruik van bepaalde kenmerken als selectie criterium voor de wijze van behandeling sluit logischerwijs in, dat het gebruik van kenmerken, die weliswaar niet verboden zijn, maar volledig correleren met het verboden kenmerk, evenzeer verboden is.

Als derhalve het vrouw- of man-zijn niet als selectie criterium mag worden gehanteerd, geldt hetzelfde voor de onverbreekelijk daaraan verbonden subkenmerken, zoals zwangerschap (35) en – door juri-

(32) Wetsontwerp 19908, zie noot 18.

(33) Wetsontwerp 20501.

(34) Art. 1 Gw en art. 26 Bupoverdrag.

(35) Discriminatie van vrouwen op grond van (de mogelijkheid tot) zwangerschap is dus direct onderscheid en geen indirect onderscheid, zoals soms in de literatuur wordt gemeend.

dische duiding – dienstplicht, die in ons land slechts voor mannen geldt (36).

Van volledig correlerende kenmerken naar in overwegende mate correlerende kenmerken is maar een kleine stap.

Het verbod van het gebruik van bepaalde kenmerken dient zich ook uit te strekken tot het gebruik van criteria, die op zichzelf niet verboden zijn, maar wel tot gevolg hebben, dat een resultaat wordt bereikt, dat in overwegende mate op hetzelfde neerkomt, als wanneer het verboden kenmerk als selectie criterium was gebruikt.

Daarbij moet geabstraheerd worden van de bedoelingen van degene, die de kenmerken hanteert. Niet alleen is de werkelijke bedoeling vaak moeilijk traceerbaar, maar ook wordt aan het verbod tekort gedaan, als onbedoeld het verbod van onderscheid zou kunnen worden ontkracht.

Langs deze denkwijze is het begrippenpaar direct en indirect onderscheid ontstaan. Direct onderscheid ziet op onderscheid op basis van een bepaald kenmerk waarbij de scheiding op basis van dat kenmerk tevoren vaststaat. Indirect onderscheid moet vanuit het resultaat worden vastgesteld. Hoewel het kenmerk niet als beslissend is gehanteerd, is het resultaat hetzelfde of overwegend hetzelfde geworden. Een verbod een bepaald kenmerk te hanteren moet vanuit een oogpunt van effectiviteit een strekking hebben die zowel het oogmerk als het gevolg bestrijkt. Vanuit het gevolg kan een bedoeling worden geconstrueerd, waarbij irrelevant wordt of die bedoeling wel of niet aanwezig was. Er is geen verschil tussen bedoeld en onbedoeld indirect onderscheid. Het gaat om de strekking van het verbod. Vanuit dit oogpunt bezien is het hierboven gemaakte onderscheid tussen de instrumentele en inhoudelijke benadering van het gelijkheidsbeginsel slechts een gradueel onderscheid.

6. DE CONTEXT VAN HET HANDELEN

Wezenlijk voor de reikwijdte van het verbod van onderscheid lijkt mij, dat het selecteren op basis van een bepaald kenmerk in zijn con-

(36) Het bij voorkeur werven van een dienstweigeraar (wegens de geringe kosten) is dus direct onderscheid. Kostwinnerschap of gezinshoofd zijn is, als de wet die hoedanigheid exclusief aan de man toekent, ongeacht de werkelijkheid, ook een vorm van direct onderscheid.

text wordt geplaatst. Van daaruit moet het handelen worden beoordeeld (37). Dit geldt uiteraard uitsluitend voor die kenmerken ten aanzien waarvan de wetgever niet contextonafhankelijk een verbod heeft uitgesproken.

Verwacht mag worden – en door het recht geëist – dat het gebruik van onderscheidende selectiecriteria geëigend is. Dat wil zeggen, dat iedere selectie criterium op zijn relevantie en toereikendheid mag worden gezien.

Het gebruik van een selectie criterium moet ingebed zijn in en voortvloeien uit bepaalde legitieme doelstellingen (38).

Deze nuancering raakt direct de vraag welke kenmerken wel en niet mogen worden gehanteerd als wettelijke verboden ontbreken, maar raakt evenzeer de vraag of bij aanwezigheid van een verbod bepaalde resultaten van het selecteren op bepaalde kenmerken wel of niet aanvaardbaar zijn. Met andere woorden indirect onderscheid moet toch anders worden benaderd dan direct onderscheid, al blijft de verwevenheid tussen beide begrippen groot. Beide begrippen hebben in ieder geval gemeen, dat een functioneel gebruik van selectiecriteria wordt vereist. Soms heeft de wetgever de keus van affunctionaliteit gemaakt, in andere gevallen moet de functionaliteit worden aange-toond (39), of de affunctionaliteit ontkracht (40).

In het communautaire recht heeft het begrip indirect onderscheid dankzij de rechtspraak een nadere uitwerking gevonden, die mijns inziens spoort met de hierboven ontwikkelde gedachtengang en een nuttige uitgangspositie oplevert hoe onderscheid anders dan in de man-vrouwverhouding te benaderen. Daaruit blijkt, dat het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen weliswaar het gebruik op zich van kenmerken die een segregatie op basis van geslacht teweeg brengen, verdacht maakt, maar niet onomstotelijk tot de conclusie leidt dat in effect ongelijke behandeling van vrouwen en mannen een verboden onderscheid, ongeacht de grond die wordt gehanteerd, vormt. Daarmee wordt een dictatuur van het gelijke behande-

(37) Vgl. W.J.P.M. Fase en P.F. van der Heijden, *Gelijke behandeling in behandeling*, SMA 1982, p. 86 e.v.

(38) Vgl. B.P. Sloot, *Positieve discriminatie*, p. 29 e.v. Dit uitgangspunt legt reeds een belangrijk werktein van positieve actie open.

(39) Zie HR 10 december 1983, NJ 687 over de bewijslastverdeling bij een vermoeden van indirect onderscheid. Zie hierover B.P. Sloot, *Positieve discriminatie*, p. 157 e.v.

(40) Affunctioneel handelen kan onzorgvuldig handelen worden of handelen in strijd met goed werkgeverschap.

lingsbeginsel voorkomen (41). Een afweging van dit beginsel tegen andere beginselen blijft nodig, ook al heeft de (communautaire) wetgever de gelijke behandeling voorop gesteld.

7. DE OPVATTING VAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EG

Verschillende malen is het Hof van Justitie van de Gemeenschappen in aanraking gekomen met de vraag of er van indirect onderscheid sprake is. Ik kies een drietal arresten, die mijns inziens voor het betrokken onderwerp kernarresten zijn. In het Jenkins-Kingsgate-arrest (42) ging het om de vraag of een stelselmatig lager belonen van deeltijdwerkers indirect onderscheid van vrouwen in de zin van art. 119 van het verdrag oplevert, nu de deeltijdarbeid zich hoofdzakelijk bij vrouwen concentreerde. Het Hof overwoog, dat het betrokken artikel verschil in beloning op grond van het geslacht verbiedt, maar niet aan verschillen in beloning tussen vol- en deeltijd in de weg staat, mits voor mannen en vrouwen maar dezelfde regeling geldt. Indien echter het percentage vrouwen, met het 'normale' uurloon aanzienlijk lager uitvalt dan het percentage mannen, wordt het verschil in beloning er een in strijd met art. 119, wanneer het loonbeleid van de onderneming niet kan worden verklaard door factoren, die discriminatie op grond van het geslacht uitsluiten. Uit deze parafrasering van de uitspraak van het Hof wordt duidelijk, dat een vermoeden van indirecte discriminatie kan worden aangenomen indien een ogenschijnlijk sexeneutraal criterium in overwegende mate werknemers van een bepaald geslacht treft. Het is dan aan degene, die het criterium hanteert om aan te tonen, dat objectief gerechtvaardigde gronden aan het gebruik ten grondslag hebben gelegen, waaraan elke gedachte van discriminatie vreemd is. Met andere woorden, niet de afwezigheid van een onderscheidend oogmerk is voldoende, er moet ook een objectieve rechtvaardiging bestaan. Het rechtsvermoeden van indirect onderscheid kan slechts daardoor worden weerlegd. In het arrest Bilka-Kaufhaus/Weber von Harz (43) ging het om de

(41) Vgl. A.W. Govers, *Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht*, Alphen aan den Rijn 1981, p. 26 e.v. en W.J.P.M. Fase en P.F. van der Heijden, *SMA* 1982, p. 86 e.v.

(42) Arrest van 31 maart 1981, Jur. p. 911 e.v.

(43) Arrest van 13 mei 1986, Jur. p. 1607 e.v.

vraag of deeltijdwerkers terecht van een bedrijfspensioenregeling konden worden uitgesloten, nu dat in de praktijk betekende dat hoofdzakelijk vrouwen daarvan het slachtoffer werden. Het Hof, concluderend dat bedrijfspensioenregelingen onder beloning van art. 119 van het verdrag vallen, acht schending van het artikel aanwezig, als een onderneming deeltijdwerkers uitsluit, wanneer dat tot gevolg heeft dat een veel groter aantal vrouwen dan mannen wordt getroffen. Dit is slechts anders, indien de onderneming aantoont, dat bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren, die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Dergelijke factoren kunnen zijn het ondernemingsdoel om zo weinig mogelijk deeltijdwerkers te hebben, mits wordt aangetoond, dat dit doel aan een echte behoefte van de onderneming beantwoordt en de ter bereiking van dat doel gekozen middelen daarvoor ook geschikt en noodzakelijk zijn.

Naar mijn smaak gaat dit arrest een stap verder.

Een vermoeden van indirecte discriminatie kan worden weerlegd door objectief gerechtvaardigde factoren – die moeten worden aangetoond – en het gebruikte criterium, dat uiteraard sexeneutraal moet zijn, moet geschikt en noodzakelijk zijn voor het beoogde doel. Deze aansnoering wordt bevestigd in het Teuling-Worms-bedrijfsvereniging chemische industrie-arrest (44). Hier ging het eens niet om art. 119, maar om de derde richtlijn inzake gelijke behandeling in de wettelijke sociale zekerheid. De vraag was of een systeem van verhogingen van uitkeringen, rekening houdend met de echtelijke staat of de gezinssituatie, tot het sociale minimum in strijd is met de richtlijn. Het Hof concludeert, dat een aanvulling tot het sociale minimum voor degenen, die door een echtgenoot of kinderen zwaardere lasten hebben te dragen, gerechtvaardigd is. Indien de nationale rechter vaststelt, dat de verhogingen als hier bedoeld geschikt en noodzakelijk zijn om de uitkeringsgerechtigden een voor hen toereikend bestaansminimum te garanderen, dan is de omstandigheid, dat die verhogingen aan een veel groter aantal gehuwde mannen dan gehuwde vrouwen toekomen niet voldoende om te concluderen dat de toekenning ervan in strijd is met de richtlijn.

Deze uitspraak stelt in ieder geval buiten twijfel, dat het Hof ten aan-

(44) Zie Pb C 181/5 van 9 juli 1987.

zien van niet uit art. 119 voortvloeiende richtlijnen hetzelfde begrip indirect onderscheid hanteert (45).

8. NADERE ANALYSE

Het gebruik van een selectie criterium, dat een scheiding teweeg brengt, die in hoge mate lijkt op die door het gebruik van een verboden criterium tot stand zou zijn gekomen, schept een weerlegbaar rechtsvermoeden van een verboden indirect onderscheid.

Dat vermoeden – eenvoudig door statistische gegevens vast te stellen – kan slechts worden weerlegd door objectief gerechtvaardigde factoren, welke door de gebruiker van het criterium moeten worden aangetoond als drijfveer voor zijn handelen (46). Het moet dan gaan om een authentiek doel (47), waartoe het gebruik van het gehanteerde criterium noodzakelijk en geschikt is.

Deze begrenzing van de ontkrachting van een vermoed indirect onderscheid lijkt sterk op de met Van der Heijden ontwikkelde theorie (48). Deze gaat uit van het functionaliteitsbeginsel. Met het gebruik van een criterium moet een binnen de context beoogd doel worden gediend van zodanig gewicht, dat daarvoor het verbod van onderscheid moet wijken. Binnen het arbeidsproces moet het dan gaan om een algemeen aanvaard doel van ondernemings- of personeelsbeleid dat ook binnen de betrokken arbeidsorganisatie wordt nagestreefd. Dit functionaliteitsbeginsel kan ook worden doorgetrokken naar de sociale zekerheid. In die context is het garanderen van een relevant sociaal minimum een geoorloofde doelstelling, ook al profiteren daarvan mannen in hogere mate (49). In die context is ook geoorloofd om prestaties te beperken tot gevallen waarin van inkomensderving sprake is, ook al blijven vrouwen daardoor vaker buiten het bereik van de regeling (50).

(45) Het ging hier om een op art. 235 van het Verdrag van Rome 1957 gebaseerde richtlijn.

(46) Vgl. art. 3, eerste en tweede lid, ontwerp-richtlijn bewijslastverdeling gelijke belonings- en behandelingszaken (zie noot 31).

(47) In het Bilka/Weber von Harz-arrest spreekt het Hof van 'echte behoefte'.

(48) SMA 1982, p. 86 e.v.

(49) Zo reeds Commissie EG in tussentijds verslag over toepassing derde richtlijn van 6 januari 1984, COM (83)793 def., p. 8.

(50) Zo ook de SER in advies van 20 januari 1989 over de ontwerp-voltooiingsrichtlijn.

Een aldus begrensde ontsnappingsmogelijkheid aan de gevolgen van een vermoed indirect onderscheid voorkomt, dat het al dan niet geoorloofd zijn van bepaalde handelingen afhankelijk is van hetzij de personeelsopbouw en – samenstelling, hetzij de arbeidsparticipatie van vrouwen en mannen, dus van toevallige uitkomsten: wat in de ene onderneming niet mag, kan in de andere wel: in het ene land zijn bepaalde regelingen wel geoorloofd, in andere niet. Dat zou een verbod van onderscheid willekeurig maken.

De hierboven omschreven implicaties van een verbod van indirect onderscheid zijn tamelijk vaag en pas in concreto zal de reikwijdte moeten blijken. Er zijn wel pogingen gedaan om het begrip indirect onderscheid nader te definiëren.

9. DEFINITIES

De Europese commissie komt in art. 5 van de ontwerprichtlijn inzake de verdeling van de bewijslast in gelijke belonings- en behandelingszaken tot de definitie, dat van onrechtstreekse discriminatie sprake is wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatstaf of handelwijze de leden van een van beide geslachten in onevenredige mate benadeelt door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezinssituatie en niet objectief gerechtvaardigd is door een dwingende reden of noodzakelijke voorwaarde die los staat van het geslacht van de betrokkene. Deze definitie ent de commissie op eerdere eigen opvattingen, communautaire rechtspraak en nationale wetgevingen. De definitie geeft eerder tot interpretatieproblemen aanleiding, dan dat zij helderheid schept. Zo is 'in onevenredige mate' niet hetzelfde als 'een aanzienlijk lager percentage' of 'in overwegende mate', zoals in de rechtspraak als scheidslijn wordt gehanteerd.

Zo is een dwingende reden of noodzakelijke voorwaarde niet hetzelfde als een geschikt en noodzakelijk middel voor de bereiking van een bepaald doel.

In de herzienings- of reparatiewet (51) wordt eveneens een definitie van indirect onderscheid voorzien.

Van belang is dat van direct onderscheid ook een uitbreidende definitie wordt gegeven. Art. 1637ij BW en art. 1 van de Wet gelijke behandeling zullen na inwerkingtreding gaan luiden, dat onder direct on-

(51) Wetsontwerp 19 908.

derscheid mede wordt verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap (52).

Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden dan het geslacht, bijvoorbeeld echtelijke staat of gezinssituatie, dat onderscheid op grond van het geslacht tot gevolg heeft, tenzij onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

Deze definitie verschilt in zoverre met die van de commissie dat de echtelijke staat en de gezinssituatie als voorbeelden worden genoemd, terwijl de commissie die voorbeelden met name in verdachte hoek plaatst. Praktisch verschil maakt dat echter niet. Gelet op het bovenstaande is de definitie voor de rest weinig precies. Wanneer is van onderscheid als gevolg sprake? Wanneer is onderscheid objectief gerechtvaardigd?

Het wetsontwerp gelijke behandeling volgt een eigen definitiespoor, dat de verwarring eerder vergroot dan verkleint (53). Onder direct onderscheid verstaat art. 1 onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen, dat direct onderscheid tot gevolg heeft. Art. 2 maakt dan een verschil tussen verboden indirect en niet verboden onderscheid door het verbod van onderscheid niet te doen gelden voor indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is. Dat laatste lijkt mij begripsvervuiling en niet consistent met internationale en nationale normstelling.

Nu niet blijkt, dat de Nederlandse wetgever in meer of minder gevallen onderscheid wil verbieden dan de communautaire wetgeving doet, lijkt het mij onjuist om via een te globale definitie de suggestie te wekken van het tegendeel.

Wel is loffelijk, dat op andere terreinen dan de man-vrouwverhouding gepoogd wordt dezelfde definitie te hanteren.

(52) Zie ook hierboven onder 5. Vgl. HR 24 juni 1988, RvdW 1988, 129, welk arrest enige prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG formuleert ter zake zwangerschap.

(53) Wetsontwerp 20 501. Vgl. wetsontwerp 20339 ter nieuwe vaststelling tekst van onder meer art. 429 quater Sr. Zie over deze materie ook B.P. Sloot, *Positieve discriminatie*, p. 201 e.v.

10. WERKBEGRIIP

Ik wil thans pogen een werkbegrip te vormen voor de rest van mijn betoog. Ik wil daarbij komen tot een algemene omschrijving, die het maken van onderscheid op afunctionele gronden van geoorloofd handelen scheidt.

Een verschillende behandeling van leden van een bepaalde groep is slechts geoorloofd op grond van kenmerken, die niet door de wet als verboden selectiecriteria zijn aangemerkt, en voor zover het om andere kenmerken gaat niet tot gevolg hebben, dat in overwegende mate een resultaat wordt bereikt, dat overeenkomt met de hantering van de verboden kenmerken. Bij het gebruik van criteria, die niet wettelijk verboden zijn, moet zowel in het geval dat het resultaat het gebruik van een verboden kenmerk in overwegende mate nabij komt als wanneer dat niet het geval is, de verschillende behandeling op gerechtvaardigheid worden getoetst. In het eerste geval moet bezien worden of het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren, waaraan iedere gedachte aan ongeoorloofd onderscheid vreemd is, dat wil zeggen een kenmerk gebruikt wordt dat geschikt en noodzakelijk is om algemeen aanvaarde en in deze situatie ook nagestreefde doelstellingen te bereiken, waarbij geen andere minder ver strekkende middelen tot het bereiken van de doelen openstaan. In het laatste geval geldt de norm van zorgvuldigheid. Kan degene, die handelt, in redelijkheid het betrokken kenmerk hanteren?

Met deze mondvul wordt niet meer dan een aantal kritische beslismomenten gegeven om het handelen van een werkgever, maar ook een overheid, te toetsen op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling. De charme van deze benadering is, dat zij een open oog heeft voor de 'open-eind-benadering' van art. 1 van de grondwet en verschillende verdragen en eenzelfde benadering van verschillende verboden discriminatiegronden biedt.

Voor de duidelijkheid wil ik erop wijzen, dat dit werkbegrip op het gebruik van expliciet verboden kenmerken geen uitzonderingen toelaat, tenzij het verbod daarin zelf voorziet (54). Met een direct verbod van gebruik van een kenmerk wordt tevens het gebruik van andere kenmerken die in overwegende mate tot eenzelfde resultaat leiden voorwaardelijk verboden. Tenslotte wordt aan het hanteren van een

(54) Dit systeem is dat van de EG-richtlijnen.

kenmerk dat op welke wijze dan ook een scheiding teweeg brengt een toets aangelegd: kan in redelijkheid dit kenmerk in deze situatie worden gebruikt (55)? Een en ander betekent, dat ieder werkgevers- en overheidshandelen, dat ongelijke behandeling, hoe dan ook impliceert, rechtvaardiging behoeft. Dit lijkt mij een juist uitgangspunt. Dit werkbegrip is toepasbaar niet alleen op de man-vrouwverhouding, maar ook op die van allochtonen en autochtonen, arbeidsgeschikten en gedeeltelijk arbeidsgeschikten, langdurig werklozen en andere werkzoekenden en iedere verdere segregatie tussen personen op de arbeidsmarkt, zowel in- als extern, dus de in-, door- en uitstroom van werknemers naar, in en uit ondernemingen, alsmede op de behandeling in sociale zekerheidsregelingen.

II. RUIMTE VOOR AFWIJING

Het verbod van het gebruik van een bepaald kenmerk hangt vrijwel altijd samen met het feit, dat dat kenmerk de kansen van degenen met dat kenmerk nadelig beïnvloedt (56). Het vrouw zijn, het buitenlander zijn, het ouder of lange tijd werkloos zijn veroorzaakt ten opzichte van anderen een achterstelling. Veelal is niet voldoende om een verbod van onderscheid, direct en indirect, op grond van dat kenmerk te scheppen, ook al zou theoretisch gezien strikte naleving van dat verbod logischerwijs tot gelijke kansen moeten leiden, althans tot opheffing van dat nadelig effect. Die gelijke kansen zijn dan ook slechts tot de toekomst beperkt en maken in het verleden ontstane ongelijkheden niet goed.

In de instrumentele communautaire regelgeving kan indirect onderscheid door objectieve rechtvaardigingsgronden worden opzij gezet, maar is inbreuk op het verbod van direct onderscheid slechts geoorloofd, indien en voor zover uitdrukkelijk toegestaan. Het lijkt zinvol, die expliciete ontsnappingsroute nader te verkennen. Daarbij laat ik rusten de mogelijkheid op grond van (zwanger- en) moederschap, die

(55) Dat betekent, dat ook als niet in overwegende mate een resultaat wordt bereikt dat overeenstemt met het gebruik van een verboden kenmerk, er toch een toets op functionaliteit kan worden aangelegd, zij het dat het gedrag eerder gerechtvaardigd is dan bij een vermoeden van indirect onderscheid.

(56) Zie ook de nota van de Commissie EG, Gelijke kansen voor de vrouw 1986-1990, die meermalen spreekt van het scheppen van gelijke kansen en van bewustmakingsacties ter bevordering van een mentaliteitsverandering.

gebruikelijk is. Evenzeer laat ik rusten de geoorloofdheid van direct onderscheid ten aanzien van functies, waarvoor het geslacht bepalend is om mij uitsluitend te richten op de mogelijkheid van verbetering van de kansen voor degenen, die feitelijk geen gelijke kansen hebben.

Art. 2, vierde lid van de richtlijn inzake gelijke behandeling in het arbeidsproces bevat de clause, dat de richtlijn geen belemmering vormt voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in art. 1, eerste lid van de betrokken richtlijn bedoelde gebieden (57) nadelig beïnvloeden.

Dit artikellid staat iets toe, maar verplicht niet.

Het staat maatregelen toe ter vergroting van gelijke kansen voor met name de vrouwen als groep. Die maatregelen moeten er op gericht zijn om negatief beïnvloedende factoren op het gelijke kansbeginsel op te heffen. De richtlijn stelt dus duidelijke beperkingen (58).

De Nederlandse wetgeving – art. 1637j BW en de gelijke behandelingswetten – vertalen de uitzonderingsmogelijkheid aldus, dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is indien het gemaakte onderscheid beoogt personen van een bepaald geslacht in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen. Het zal duidelijk zijn dat deze omschrijving bepaald niet hetzelfde is. Allereerst is hier weggefallen, dat het in het bijzonder om maatregelen ten aanzien van vrouwen gaat. De thans dubieuze geslachtsneutrale omschrijving wordt in de reparatiewetgeving weer recht getrokken en beperkt tot maatregelen ten behoeve van vrouwen (59). In de tweede plaats spreekt de wetgeving van het plaatsen in een bevoorrechte positie, terwijl het om de verwezenlijking van gelijke kansen moet gaan. Tenslotte wordt bevoorrechtiging gemotiveerd door de intentie van opheffing van feitelijke ongelijkheid, terwijl de richtlijn gelijke kansen wil door de feitelijke ongelijkheid ongedaan te maken.

Ik vermoed dat het hier om meer gaat dan een verschil in terminolo-

(57) Te weten de toegang tot het arbeidsproces, inclusief de promotiekansen, tot de beroepsopleiding, alsmede de arbeidsvoorwaarden.

(58) In feite gaat het om conditionerende maatregelen ter verwezenlijking van het gelijke kansbeginsel!

(59) Vgl. J. Outshoorn, De verwording van een politieke eis: positieve actie en het vrouwenvraagstuk, *Beleid en Maatschappij* 1988/4, p. 221 e.v.

gie. Het gaat om een verschil in intentie. Hierop nader ingaan is van belang omdat het voorstel van algemene wet gelijke behandeling en de voorgestelde nieuwe tekst (60) van art. 429quater Sr, die ook expliciet culturele en etnische minderheden als doelgroepen van geoorloofde bevoorrechting noemen, eenzelfde omschrijving hanteren. Zij nemen de onjuiste interpretatie van de richtlijn ter zake over. Daardoor kunnen misverstanden ontstaan.

12. BEVOORRECHTING?

In de context van de communautaire regelgeving zal een werkgever, die een voorrangsbeleid van vrouwen entameert, zich vooraf een aantal vragen moeten stellen. Is er in mijn onderneming sprake van ongelijke kansen voor vrouwen en mannen? Welke factoren veroorzaken een achterstelling van vrouwen? Hoe is die achterstelling adequaat om te buigen in een gelijkstelling? Bereik ik met de gekozen maatregel een situatie, die recht doet aan het gelijke kansbeginsel?

Het doordenken van dit soort vragen komt voor een groot deel neer op de kernvraag of er geen kenmerken worden gebruikt, die een vermoeden van onderscheid scheppen, waarbij het gebruik niet door objectieve gronden gerechtvaardigd kan worden, zodat van indirect onderscheid sprake is (61).

Natuurlijk heeft de werkgever een zekere beleidsruimte. Hij kan, de gevolgen van het gebruik van een kenmerk inschattend, afstand doen van een - terecht - beroep op een objectieve rechtvaardigingsgrond.

Vanuit het ondernemingsdoel zal dat niet altijd voor de hand liggen. Mag een werkgever echter ook zover gaan, dat hij vanuit louter emancipatorische overwegingen vrouwen bevoordeelt, dus het gelijke kansbeginsel vervalst? Hier ligt de kern: schept de richtlijn ook die bevoegdheid? Zulks is mijns inziens in strijd met de bewoordingen en strekking ervan.

Natuurlijk mag een werkgever wenselijke getalsverhoudingen tussen vrouwen en mannen meewegen. Dat betekent echter niet een onge-

(60) Zie noot 53.

(61) Vgl. HR 25 november 1988, RvdW 1988, 205; Hof 's-Gravenhage 17 februari 1988, TAR 1988, 133; Hof 's-Hertogenbosch 17 april 1984, NJ 1985, 202 en Hof van Justitie EG 1 juli 1986 (Rummler/Dato Druck), Jur. p. 2101 e.v.

clausuleerd recht van de werkgever: onverkort blijft gehandhaafd dat vrouwen tot dan ongelijke kansen moeten hebben in zijn onderneming, dat de te treffen maatregelen op het gelijk maken van de kansen zijn gericht en dat die maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn om het beoogde doel van gelijke kansen te bereiken. Met andere woorden, de ontsnapingsclausule om het geslacht als positief onderscheidend kenmerk te hanteren is aan beperkingen gebonden en sluit nauw aan bij hetgeen via het verbod van indirect onderscheid bestreden wordt.

Uit het voorgemelde vloeit voort, dat bevoorrechtiging in de zin van op gelijkheid van kansen gerichte actie geen permanent verschijnsel kan zijn. Zij behoort te eindigen, zodra het doel, de verwezenlijking van gelijke kansen, is bereikt en de handhaving ervan gewaarborgd is.

Een en ander miskent de terminologie van de Nederlandse wetgeving. De wetgeving heeft zich op dit punt te ver verwijderd van de uitzonderingsmogelijkheid op het verbod van direct onderscheid van de richtlijn. Het begrip bevoorrechte positie is te diffuus.

In mijn opvatting is evenzeer ongeoorloofd, dat een werkgever die met personeelsgebrek wordt geconfronteerd zich op de markt van deeltijdwerk werpt en deeltijdarbeid alleen voor vrouwen openstelt (62), faciliteiten van kinderopvang alleen tot vrouwen beperkt of uitsluitend vrouwen werft voor bepaalde functies (met daarop afgestemde arbeidsvoorwaarden). Zijn op het oog emancipatoire gezindheid laat zich simpel herleiden tot op economisch voordeel gericht handelen of het blokkeren van werkelijk op gelijkberechtiging gericht ondernemingsbeleid. Ook het bewust op werving van vrouwen gericht beleid moet gerechtvaardigd zijn door vanuit het ondernemingsbelang bepaalde objectieve factoren (63) waaraan ieder on-

(62) Vgl. Ar Rotterdam 18 februari 1980, AB 1981, 164.

(63) Daarom is de redenering in Hof 's-Gravenhage 9 juli 1987, NJ 1989, 21 onjuist. Daarbij wordt de achterstelling van deeltijdwerkers (dus overwegend vrouwen) bij arbeidsduurverkorting gerechtvaardigd door het effect, dat de vrijkomende (deeltijd) werkgelegenheid vooral vrouwen ten goede is gekomen. Dit kan natuurlijk geen objectieve rechtvaardigingsgrond zijn, ontleend aan het ondernemingshandelen zelf. Dat deze redenering behoorlijk rammelt moge ook daaruit blijken, dat als deeltijdwerkers van arbeidsduurverkorting zouden hebben kunnen profiteren, de beoogde en gerealiseerde effecten nog gunstiger geweest zouden zijn. De gekozen vorm was dus evenmin noodzakelijk en geschikt, zoals het communautaire recht eist.

derscheid op grond van het geslacht vreemd is. Voor mannen moeten de faciliteiten dus ook openstaan.

Het gaat immers om het aantrekken van extra personeel (64).

Dit leidt tot de gevolgtrekking dat ook bevoorrechting via het gebruik van een kenmerk aan grenzen gebonden is. Het moet een op gelijkstelling gericht doel hebben en ingebed zijn in een functionele context.

13. RECHTVAARDIGING GEBRUIK VAN VERBODEN KENMERK

Het gebruik van een kenmerk, normaliter verboden maar ter wille van het doel toegelaten, vereist de nodige zorgvuldigheid. De commissie gelijke behandeling overheidsdienst stelt dan ook grenzen aan het gebruik, die hoewel vanuit een andere invalshoek geformuleerd goed sporen met het bovenstaande (65).

Een eerste begrenzing is dat de maatschappelijke achterstand van een bepaalde groep – in casu vrouwen – ook binnen de arbeidsorganisatie tot een feitelijke achterstand heeft geleid. Compensatie van maatschappelijke achterstand als ondernemingsdoel wordt daarmee ongeoorloofd.

In de tweede plaats moet de zwaarte van de voorkeursbehandeling in verhouding staan tot de opgelopen achterstand. Deze eis leidt ertoe, dat de mate van bevoorrechting moet worden gedoseerd.

Vervolgens moet het om tijdelijke maatregelen gaan, dus om maatregelen die tot eigen overbodigheid leiden en dus niet impliciet het gebruik van een bepaald kenmerk structureel maken.

Tenslotte moet de voorkeursbehandeling in zwaarte afnemen. Die eis vloeit uit het voorgaande al min of meer voort.

Voor deze en de hierboven ontwikkelde begrenzingsen zijn goede redenen. De meest in het oog springende reden is, dat het gelijke behandelingsbeleid er op gericht moet zijn het gebruik van bepaalde kenmerken (vaak vanuit vooroordelen of attitudes gemotiveerd) van hun relevantie te ontdoen (66). Daarmee verdraagt zich slecht het

(64) Zie ook A.W. Govers, a.w., p. 60.

(65) Adviezen van 22 juni 1986 en 27 juni 1987.

(66) Bij overheidsbenoemingen heeft lange tijd in Nederland en België de politieke kleur een rol gespeeld. In Nederland is daar niet met regulering op gereageerd, in België wel. Het gevolg is dat in België de politieke kleur nog steeds relevant is en er in Ne-
→

'omgekeerde' gebruik van dezelfde kenmerken, zodat die hun relevantie behouden.

Een andere zwaarwegende reden is, dat bevoorrechtende maatregelen al heel snel een achterstellend effect hebben ten aanzien van personen, die niet het aan de bevoorrechtiging gekoppelde kenmerk hebben.

Dit geldt zeker voor die vormen van bevoorrechtiging die de ongelijkheid van kansen tot een kansvoordeel omsmeden en daarbij voorbij het doel van gelijke kansen schieten. Daarmee worden personen, die niet het onderscheidend kenmerk hebben in hun kansen geschaad. De achterstelling van individuen terwille van een tot dan achtergestelde andere groep, waarvan de gedupeerde leden niet per definitie van de bevoorrechtiging profiteren, omdat zij ook de nog niet geschade leden tegemoet komt, is wel een erg wankel basis voor rechtvaardiging. Het creëren van een groepsrecht als schulddelging van aan leden van die groep aangedaan onrecht is discutabel (67). Ik laat dit probleem verder rusten, omdat de richtlijn deze vorm van bevoorrechtiging niet toestaat (68).

Ook een zwaarwegende reden voor voorzichtigheid bij bevoorrechtiging is, dat het niet verder het vooroordeel, dat veelal aan achterstelling van personen die aan een bepaald groepskenmerk voldoen ten grondslag ligt, inslijpt, met andere woorden een stigmatiserend effect heeft ten aanzien van de bedoelde groep en daardoor een averechts effect, dat perpetuering van de bevoorrechtiging oproept.

Bij bevoorrechtiging is vervolgens een vrijwillige keuze daarvoor be-

→
derland nauwelijks meer op wordt gelet. Er moet voor worden gewaakt dat het positief gebruik van kenmerken die kenmerken institutionaliseert.

(67) Vgl. T. van Asperen, *Gelijk of bijzonder?*, argumenten voor voorkeursbehandeling, *Beleid en maatschappij* 1988/4, p. 198 e.v.

(68) Vgl. E.M. van Eijden en J.E. Goldschmidt, *Van non-discriminatie via positieve actie naar gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij arbeid*, *Beleid en Maatschappij* 1988/4, p. 188 e.v. Zij verwerpen een retroactieve rechtvaardiging, gebaseerd op in het verleden toegepaste ongelijke behandeling (p. 193). Zie hierover ook B.P. Sloat, *Positieve discriminatie*, p. 227 e.v. Uiteraard kan een in het verleden gegroeide achterstand tengevolge van ongelijke behandeling de huidige behandeling in een verdacht licht stellen. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 17 april 1984, NJ 1985, 202. Als bijvoorbeeld in het verleden deeltijdwerk slechts voor vrouwen opstond, kan dat nu een voorrangspositie van deeltijdwerkers bij de ontslagvolgorde tot een indirect onderscheid maken, dat nauwelijks te rechtvaardigen valt. In zoverre kan het kijken naar het verleden een bepaalde gedragslijn voor de toekomst normeren. Geheel zwart-wit ligt het niet.

langrijk. Indien een bevoorrechting wordt afgedwongen, dan leidt dat bij een niet onderkende rechtvaardiging ervan tot een minimalistische invulling. Het vooropgestelde resultaat wordt het maximaal te bereiken effect. Dan wordt een werkelijke verwezenlijking van het gelijke kansbeginsel kwestieus, als de te bereiken doelstelling niet volledig daarop is afgestemd. Een suboptimaal effect ligt dan in de rede. Bij bevoorrechting op basis van vrijwilligheid worden deze klippen vermeden.

Hiermede hangt samen, dat bij bevoorrechtingsmaatregelen nimmer de werkelijke oorzaken van achterstelling uit het oog mogen worden verloren. Bevoorrechting is niet meer dan een tijdelijk noodverband, dat niet zonder verdergaande maatregelen kan fungeren. Het gaat er uiteindelijk om, dat het gelijke kansbeginsel als norm wordt geïnternaliseerd, dat wil zeggen als eigen norm wordt ervaren, dus dat een blik wordt ontwikkeld, dat slechts rationele overwegingen keuzes horen te bepalen, een voor wetgeving en beleid moeilijke, maar geen onmogelijke opgave. Gewenning leidt tot vanzelfsprekendheid (69).

Tenslotte is bevoorrechting discutabel en daardoor moeilijk aanvaardbaar, als zij zich onttrekt aan de werkelijkheid. Zo valt niet te ontkennen, dat functionele criteria, objectief gerechtvaardigd, altijd zullen blijven bestaan, ook al hebben die een achterstellend effect tot gevolg (70). Zo zullen fysieke kracht, taalbeheersing, opleidingsniveau, werkervaring enz. altijd voor bepaalde functies eisen blijven. Als daaraan zou moeten worden afgedaan, dan wordt bevoorrechting ongeloofwaardig, waarbij, voor zover het om te beïnvloeden kenmerken gaat, het probleem van ongelijke kansen op het verkeerde bord wordt gelegd.

De werkelijkheid gebiedt ook te erkennen dat voorrangbeleid een belangenafweging behoort te maken tussen de sociale belangen van het aanwezige en aan te trekken personeel. Het wordt moeilijk geaccepteerd, als nieuwkomers een streepje voor krijgen, maar zittend personeel daarop geen aanspraak meer kunnen maken, als zij in de

(69) Ook al is het instituut betrekkelijk jong, eenieder vindt het recht op vakantie vanzelfsprekend. Dit recht is van onderop gegroeid en eerst daarna wettelijk gecodificeerd.

(70) Zo verzetten werkgevers zich tegen een quotumverplichting voor gedeeltelijk arbeidsgeschikten, omdat die tot een verstarring van de arbeidsmarkt leidt en vakbekwaamheids- en gezondheidseisen, te stellen aan kandidaten voor een baan, vervalst of minstens verwaterd.

zelfde omstandigheden komen te verkeren. Uiteraard gaat dit alleen aan, als het om veranderlijke kenmerken, zoals arbeidsongeschiktheid, gaat (71).

14. EEN OMWEG

Indien wordt geconstateerd, dat toepassing van het gelijke kansbeginsel niet tot een verwachte uitkomst leidt, is dat aanleiding om te onderzoeken of er daadwerkelijk sprake van gelijke kansen is geweest en zo neen, welke maatregelen er moeten worden getroffen om aan het gelijke kansbeginsel recht te doen. Een omweg is om het kansbeginsel zo te manipuleren, dat een gewenste uitkomst er ook daadwerkelijk uitkomt. Vanuit een beoogd resultaat wordt de werking van het gelijke kansbeginsel beperkt. Deze omweg is gekozen door de gemeente Amsterdam in de Raadsnota vrouwen in de schoolleiding. Ter vervulling van directievacatures in het voortgezet onderwijs zal gedurende vijf jaar telkens eerst louter onder vrouwen worden geworven en pas in tweede instantie zonodig onder mannen en vrouwen totdat 40% van de functies door vrouwen zal zijn bezet. Ik laat nu daar of dit percentage een goed gekozen percentage is, dus laat de referentieproblematiek rusten. Wel lijkt het mij aangewezen, dat een norm wordt gesteld, die de uitkomst van een optimale werking van het gelijke kansbeginsel zou zijn.

Tijdens de procedure naar aanleiding van het tegen dit raadsbesluit ingestelde kroonberoep heeft de norm wijziging ondergaan (72). Alleen dan zal slechts onder vrouwen worden geworven, indien – na bepaling van het functietype aan de hand van de functie-eisen – blijkt dat vrouwen in die functies ondervertegenwoordigd zijn gemeten naar het aanbod van mannen en vrouwen die aan de eisen kunnen voldoen, en gemeten naar het aantal mannen en vrouwen, dat reeds in die functies is aangesteld (op de onder het centraal gezag van de gemeente vallende scholen).

Deze nieuwe norm (die naar het oordeel van de president van de Amsterdamse rechtbank een te beperkt referentiekader biedt) is in zekere zin een nadere invulling van de eerder gestelde 40% -norm. Daarbij gaat men uit van het relevante potentiële aanbod van man-

(71) Ook dit argument wordt tegen een quotumverplichting in stelling gebracht.

(72) Zie hiertoe Pres. Rb Rotterdam 29 november 1988, KG 1989, 4 of TAR 1989, 22.

nen en vrouwen voor een bepaalde functie en niet – zoals voor de hand zou liggen – het feitelijke aanbod van sollicitanten op een bepaalde functie. Het eerste wordt immers als maat genomen. Dat impliceert, dat de gemeente veronderstelt, dat het landelijke aanbod zich volledig weerspiegelt in het lokale aanbod, althans dat de te verwachten sollicitantenstroom bezien op het kenmerk geslacht niet zal afwijken van het landelijke beeld. Dat betekent, dat aan vrouwen ook compensatie wordt geboden als om niet met het geslacht samenhangende redenen een van het landelijk beeld afwijkend aanbod van vrouwelijke en mannelijke sollicitanten zich zou voordoen. Dat laatste kan niet blijken, want er wordt slechts onder vrouwen in eerste instantie geworven.

De nieuwe norm bevat geen clause, dat er geen reden is voor een voorrangsbeleid indien landelijk gezien geen achterstand van vrouwen voor de betrokken functies bestaat, zoals de president van de rechtbank waarschijnlijk als referentiekader kiest. Terecht lijkt mij, dat de gemeente bij de beslissing over een voorrangsbeleid slechts de hand in eigen boezem steekt, dus de vraag of het benoemingsbeleid van de gemeente tot een achterstandssituatie van vrouwen binnen de eigen te beïnvloeden sector heeft geleid, centraal stelt.

Wél kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het feit, of een gelijkstelling van potentiële en werkelijke sollicitanten als vooronderstelling verantwoord is en dus de beslissing juist is op basis daarvan eerst onder vrouwen te werven, als op basis van zeer algemene aanbodgegevens tot een feitelijke achterstand is geconcludeerd. De kans is groot dat niet het resultaat van een optimale werking van het gelijke kansbeginsel wordt gestuurd maar dat het gelijke kansbeginsel wordt vervalst. Daarom is dit een omweg, die niet zonder meer naar hetzelfde doel als optimale werking van dat beginsel leidt. Een veel verderreikend doel komt in het verschiep, dat een werkelijk gelijke behandeling voorbijschiet, zonder dat men het weet,; introductie van discriminatie ten gunste van de vrouw. Dat is niet hetzelfde als positieve discriminatie, gedefinieerd als instrument om gelijkberechtiging te bereiken.

Het inslaan van omwegen ter eliminering van de werking van eventuele vooroordelen is daarom een hachelijke keus, waarbij uiterste voorzichtigheid is geboden.

Indien echter het Amsterdamse beleid zo was ingevuld, dat, gelet op het aanbod van sollicitanten verdeeld naar mannen en vrouwen, de conclusie rechtvaardigt, dat vrouwen mindere kansen hebben dan

mannen, weshalve vrouwen bij gelijke geschiktheid voorrang (behoren te) krijgen, dan lijkt dit meer in overeenstemming met het gelijke kansbeginsel en een directere weg tot verwezenlijking ervan. Men mag ook dan niet de ogen sluiten voor het feit, dat gelijke geschiktheid een discutabel begrip is, dat nog steeds ruimte laat tot het doorwerken van vooroordelen. Met andere woorden, als de bedoeling is vooroordelen uit te bannen, moet tot een zo objectief mogelijke uitwerking worden gekomen van de toetsingscriteria ter zake gelijke geschiktheid. Wellicht moet zelfs een marge worden bepaald, dat eerst bij een significant verschil in de mate van geschiktheid van ongelijkheid kan worden gesproken. Die vrijheid heeft een werkgever.

Deze directe weg om feitelijke ongelijkheden op te heffen is in ieder geval aanbevelenswaardiger dan de gekozen omweg, omdat die te vermijden risico's inhoudt.

Dit Amsterdamse voorbeeld heb ik slechts als illustratie willen gebruiken van het hiervoor gestelde. Het viel mij overigens op, dat in rechte de geoorloofdheid van het beleid niet ten principale werd aangevochten, terwijl daartoe voldoende reden bestond.

15. DE SMALE MARGES

Voor positieve actie blijft op deze wijze een beperkt maar niet te onderschatten werkkerrein over. Het gaat om het scheppen van een perspectief, waarin de kansen werkelijk gelijk zullen zijn. Daarvoor kan positieve actie dienstig zijn, maar in goedbedoelde, maar afunctionele vormen ook contraproductief werken.

Het gaat vooral om een bewustwordingsproces (73). Werkgevers en werknemers moeten planmatig nagaan of hun arbeidsorganisatie aan eenieder gelijke kansen biedt. Als uit statistische gegevens blijkt, dat zulks vermoedelijk niet het geval is, moeten de oorzaken daarvan worden opgespoord. Als uit dat onderzoek blijkt, dat afunctionele aspecten daarvoor verantwoordelijk zijn, dan moeten deze worden geamoveerd. Hulpmiddel om te bezien of dat in de praktijk ook verwezenlijkt wordt, is het opstellen van streefcijfers (74), aan de hand

(73) Zie ook Aanbeveling van de Raad van Ministers EG van 13 december 1984, Pb L 311/34 onder a van de eerste aanbeveling.

(74) Bijvoorbeeld door te streven naar indiensttredingen van mannen en vrouwen naar evenredigheid van het aanbod. Vgl. B.P. Sloot, Grondwettelijke gelijkheid en de dis-

waarvan kan worden nagegaan, welke ruis in het hergeformuleerde beleid zit. Daardoor kan bijstelling plaatsvinden. Ook wordt zo expliciet, welke externe factoren en interne oorzaken verstoring van het gelijke kansbeginsel teweeg brengen.

Ik zei hierboven, dat hier een taak voor werkgever en werknemers ligt. Vooral de bijdrage van werknemerszijde wil ik benadrukken. Het welslagen van een voorrangsbeleid hangt in hoge mate van hen af, omdat van een dergelijk beleid een bedreigende werking ten opzichte van gevestigde posities kan uitgaan, met name als de noodzaak van een dergelijk beleid niet medegedragen wordt.

Ook ligt hier voor de ondernemingsraden een taak, die overigens wettelijk is erkend. Art. 28 van de Wet op de ondernemingsraden verplicht de ondernemingsraad te waken tegen discriminatie in de onderneming en te bevorderen, dat de gelijke behandeling van met name vrouwen en mannen verwezenlijkt wordt. Daarnaast geeft art. 27 de ondernemingsraad een instemmingsrecht op velerlei terrein van sociaal beleid. De ondernemingsraad kan ex art. 23, derde lid ook zelf het initiatief nemen tot overleg met de ondernemingsleiding (75). Overigens moet bij positieve actie worden bedacht, dat het veelal om groepsvoordelen of -rechten gaat, die zich niet zonder meer laten vertalen naar individuele aanspraken. Dit brengt mede, dat de effectiviteit van regelingen mede afhangt van het antwoord op de vraag in hoeverre anderen dan het individu kunnen waken over nakoming van de aanspraken en zonodig over rechtsmiddelen ter zake beschikken. Om een antwoord te geven moet ik, zij het in vogelvlucht, de in het arbeidsrecht vigerende handhavingsmechanismen bezien.

16. ERVARINGEN IN HET ARBEIDSRECHT

Het arbeidsrecht heeft veel ervaring met gelijke behandelingsvraagstukken, zeker niet uitsluitend van recente datum. Met name ter regulering van de arbeid en van de arbeidsmarkt hebben vele regelingen gegolden of gelden nog steeds. Deze houden vaak een groepsgewijze bevoorrechtiging in.

Het arbeidsrecht vindt zijn wortels in het tegengaan van kinderar-

→ discriminatie van katholieken in het negentiende-eeuwse Nederland, in *Minderheden in een dominante cultuur*, p. 39 e.v.

(75) Vgl. Nota positieve actieprogramma's 20342, nr. 2 hoofdstuk 4.

bied. Deze wetgeving was uiteraard bedoeld ter bescherming van het kind tegen de gezondheid bedreigende arbeid, maar er speelden meer motieven mee. Zo moesten werkgevers tegen oneerlijke concurrentie ten opzichte van elkaar beschermd worden en dus centraal kinderarbeid worden verboden (76). De volwassen mannelijke werknemers moesten tegen loonbederf beschermd worden, zodat het toenmalige ideaal, dat hij een loon kon verdienen, waarvan hij en zijn gezin konden leven, zou kunnen worden bereikt.

Bij het latere verbod van vrouwenarbeid speelden eveneens een veelheid van motieven. De vrouw moest vanuit zedelijk oogpunt beschermd worden, voor haar gezondheid moest worden gewaakt en haar verzorgende taken in het gezin moesten worden gerespecteerd. Het ideaal was dat gehuwde vrouwen niet zouden hoeven werken. Tot na de tweede wereldoorlog is het als een sociale verworvenheid beschouwd, dat de gehuwde vrouw niet aan het arbeidsproces behoefde deel te nemen.

Het terugdringen van kinder- en vrouwenarbeid bevooroordeelde de mannen. Dat gebeurde welbewust. Heel duidelijk kwam dat tot uiting in de depressiejaren vlak voor de tweede wereldoorlog met de massawerkloosheid. De Arbeidsgetalsverhoudingswet van 1937 beoogde te komen tot een herverdeling van het schaarse goed arbeid (77). Voor fabrieksarbeid zou de situatie van vóór 1 januari 1935 moeten worden hersteld. Dit kwam erop neer, dat de toename van vrouwenarbeid zou moeten worden ongedaan gemaakt. Deze wet, die een horizonbepaling van drie jaar geldingsduur kende, is echter een papieren wet gebleven. Een algemene maatregel van bestuur, die quoteringsregelingen bevatte, is nimmer tot stand gebracht.

Een voorontwerp van wet van Romme, ter advisering voorgelegd aan de Hoge Raad van Arbeid van december 1939, ging nog een stap verder. Hij wilde een arbeidsverbod voor gehuwde vrouwen, niet als crisismaatregel, maar vanuit de gedachte dat een gehuwde vrouw niet behoorde te werken. De wet was dan ook niet als tijdelijk bedoeld. Deze opzet is echter op zoveel weerstand gestuit dat het nimmer tot een wetsontwerp is gekomen.

Een en ander betekende overigens niet, dat de gehuwde vrouw als gelijkwaardig aan mannen op de arbeidsmarkt werd gezien. In zekere

(76) Vgl. het adres aan de Koning van de Leidse lakenfabrikanten van 17 maart 1863. Zie A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, deel 1, p. 253 e.v.

(77) Wet van 23 mei 1937, *Stb.* 802.

zin was zij een tweederangswerkster, omdat zij kon terugvallen op haar man als kostwinner. De wetgeving zou daarvan tot 1980 sporen dragen (78).

In de crisisjaren werden de Nederlandse werknemers voor het eerst beschermd tegen concurrentie van buitenlandse werknemers. Nadat voordien een liberaal beleid ten aanzien van vreemdelingen was gevoerd, kon vanaf 1934 een vreemdeling in ons land slechts met een vergunning in loondienst werken (79). Vanaf 1937 gold dat ook voor het vrije beroep en bedrijf (80). Deze Wet arbeidsvergunning vreemdelingen is in 1978 vervangen door de thans nog geldende Wet arbeid buitenlandse werknemers, die met een vergunningenlimiet en tewerkstellingsvergunning werkt voor vreemdelingen die over een tijdelijke verblijfsvergunning beschikken.

De vergunning heeft slechts betrekking op een bepaald soort arbeid bij een bepaalde werkgever in een bepaalde onderneming en kan geweigerd worden als voor de te verrichten arbeid voldoende aanbod op de arbeidsmarkt aanwezig is of redelijkerwijs te verwachten is. De vergunningenlimiet probeert de vreemdelingenarbeid te reguleren vanuit een tweetal gezichtspunten: de noodzaak om vreemdelingen tewerk te stellen en het in voldoende mate bieden van passende huisvesting. Omdat de limiet getalsmatig is uitgedrukt is het een quoteringsregeling.

Voor gedeeltelijk arbeidsgeschiedte werknemers gelden vanaf 1947 wettelijke regelingen. De Wet plaatsing minder valide arbeidskrachten van dat jaar (81) schreef aan iedere werkgever, die meer dan twintig werknemers te werk stelde, voor om op een personeelsbestand van ten hoogste vijftig werknemers tenminste een minder valide arbeidskracht in dienst te hebben en als hij meer dan vijftig werknemers in dienst had om op elke vijftig werknemers er een aan te stellen. Deze 2%-quoteringsregeling is door de gebrekkige definitie van de minder valide arbeidskracht een dode letter gebleven. De betrokken wet is inmiddels door de Wet arbeid gehandicapte werknemers van 1986 vervangen (82). Deze wet bevat een taakstellingsverplichting ten aan-

(78) Zie noot 2.

(79) Wet van 16 mei 1934, Stb. 257.

(80) Wet van 22 april 1937, Stb. 638.

(81) Wet van 1 augustus 1947, Stb. H283.

(82) Wet van 16 mei 1986, Stb. 300. Het wetsontwerp 17 384, dat tot deze wet leidde, was van 16 april 1982. Het bevatte tot 19 november 1984 een quotumverplichting van 5%.

zien van gedeeltelijk arbeidsgeschikten en faciliteert de indienstneming van deze personen.

Indien de wettelijke taakstelling niet wordt gehaald, dan kunnen voor de bedrijfstakken en ondernemingen vanaf 1 juli 1989 quota worden vastgesteld, liggend tussen de 3 en 7 % (83).

Tenslotte wil ik erop wijzen dat sedert 1927 de Wet op de c.a.o. een bepaling bevat, dat bepalingen in een c.a.o. nietig zijn, die de werkgever verplichten arbeiders van een bepaalde godsdienstige of staatkundige overtuiging of leden van een bepaalde vereniging niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen (84). In 1971 is daaraan ras toegevoegd (85). In het particulier bedrijfsleven is verder ten aanzien van het maken van onderscheid niet veel geregeld. Pas sedert de jaren zeventig treedt een zekere mate van regulering op, als de Wet gelijk loon in werking treedt, gevolgd door de gelijke behandelingswetten van 1979 en 1980, die te zijner tijd door de Algemene wet gelijke behandeling zullen worden vervangen.

17. ZELFREGULERING

Via publiekrechtelijke regelingen, variërend van gebods- tot verbodswetgeving en via wetgeving, die de contractsvrijheid op het c.a.o.-vlak en op het vlak van het individuele arbeidscontract normeert door de contractsvrijheid te beperken, is ten aanzien van verschillende groepen, die worden achtergesteld of bevoordeeld, een zekere mate van inkadering vastgesteld.

Moderne begrippen als positieve actie, quoteringsregelingen en contract compliance zijn voor het arbeidsrecht bepaald niet nieuw, al zijn de doelgroepen wel opmerkelijk verschoven.

Nu het arbeidsrecht vanouds erop gericht is om het gelijke kansbeginsel als noodzakelijk vertrekpunt voor rechtvaardige verhoudingen recht te doen, zou het voor de hand liggen, dat juist in dit deel van het recht een vruchtbare bodem gevonden wordt voor de verdere ontwikkeling van een op gelijkberechtiging gericht instrumentarium.

Dat is echter maar gedeeltelijk waar. Ten aanzien van gelijke behandeling van man en vrouw is er tamelijk veel wetgeving, voor gedeelte-

(83) Art. 3 van de Wet arbeid gehandicapte werknemers.

(84) Wet van 24 december 1927, Stb. 415.

(85) Dit gebeurde bij Wet van 18 februari 1971, Stb. 96.

lijk arbeidsgeschikten is het wettelijk instrumentarium minder ontwikkeld. Etnische en culturele minderheidsgroepen vinden eerder beperkende dan gelijkheidsbevorderende wetgeving op hun weg, terwijl langdurig werklozen het meer van beleid dan van wetgeving moeten hebben.

Oudere werknemers hebben weliswaar aanspraak op verhoogde bescherming bij ontslag door de vigerende anciënniteitsregels, de in acht te nemen opzegtermijnen en het ontslagbeleid van de Gewestelijke Arbeidsbureaus (waarbij naast het anciënniteits- ook het evenredigheidsbeginsel een rol speelt), maar een ouder iemand zonder baan is op de arbeidsmarkt vrij hulpeloos.

Zijn bescherming ligt vooral in de gunstiger werkloosheidsrechten, geboden door de Werkloosheidswet en de Wet inkomensvoorziening oudere en arbeidsongeschikte werknemers. Daarnaast kunnen de VUT-regelingen worden genoemd, die het afscheid van het arbeidsproces verzachten.

De animo om voor personen, behorend tot een bepaalde groep, het gelijke kansbeginsel via resultaatsbeïnvloedende maatregelen recht te doen is gering. De quoteringsregeling voor gedeeltelijk arbeidsgeschikten is omstreden. Dat geldt des te sterker voor andere groepen, zoals culturele en etnische minderheden en oudere werklozen (86). Voor de laatste groep klinkt wel zo nu en dan door, dat beschermende maatregelen tegen ontslag zich tegen de groep keren. Die maatregelen werpen een extra barrière op voor indienstneming. Dat argument is in zoverre valide, dat de mensen met de hoogste sociale kosten achteraan in de rij van gegadigden naar een arbeidsplaats kunnen opschuiven en dus geen gelijke kans behoeven te hebben.

Toch is van een overwegend somber beeld geen sprake. Ondernemingen en bedrijfstakken zijn bereid zich in te spannen om aan het gelijke kansbeginsel recht te doen, mits dat niet gepaard gaat met strenge regulering. Zelfbepaling lijkt een vruchtbaarder voedingsbodem te zijn dan stringente wetgeving (87). Dat lijkt ook logisch. Het kunnen terugkeren op een ingeslagen koers biedt meer veiligheid dan het verplicht volgen van een uitgezette koers, wat er ook gebeurt.

(86) Vgl. SER-advies van 18 december inzake werkgelegenheid etnische minderheden, SER-publ. 87/24.

(87) Vgl. de nota positieve actieprogramma's van 30 november 1987 en de Aanbeveling van de Raad van Ministers EG van 13 december 1984.

Zelfregulering biedt voor de verwezenlijking van het gelijke kansbeginsel het meest perspectief.

Het gaat dan niet om een normstelling van buitenaf, maar om een als noodzakelijk ervaren normering van het eigen handelen. Dat normatieve handelen wordt in overleg tussen werkgevers en werknemers bepaald. Deze tweezijdigheid is van groot belang om recht te doen aan om soms slechts op het oog tegenstrijdige belangen. Uiteraard veronderstelt deze redenering dat aan werknemerszijde niet slechts het persoonlijk belang van de betrokken werknemers telt, maar dat de solidariteit met andere groepen in de samenleving groot is. De vakbeweging in ons land is daarvoor, zo blijkt uit hun opereren, een waarborg. Die opstelling voorkomt, dat de wetgever zich een originele taak terzake moet voorbehouden. Veeleer kan in ons land de wetgever zich tot een complementaire taak beperken.

Bij collectieve arbeidsovereenkomst kunnen partijen een bepaald beleid overeenkomen om achtergestelde groeperingen tegemoet te komen. Zij kunnen daarvoor vele varianten kiezen. In het c.a.o.-rechtelijk jargon gaat het hierbij vaak om zogenaamde diagonale c.a.o.-bepalingen (88). Dat zijn bepalingen, waarbij de werkgever (of de werknemer) zich tegenover de c.a.o.-partijen verplicht om iets te doen of na te laten, of exacter uitgedrukt daartoe door c.a.o.-partijen verplicht wordt. C.a.o.-partijen hebben dan een zelfstandige bevoegdheid (losstaand van eventuele bevoegdheden van hun leden) om naleving van de betrokken c.a.o.-bepalingen te eisen en af te dwingen. Daarnaast kunnen zij de bij niet-naleving voor hen of voor hun leden ontstane schade, waaronder begrepen immateriële schade, in rechte vergoed krijgen (89). Juist met het oog op niet-individueel toe te rekenen schade hebben c.a.o.-partijen deze schadevergoedingsactie gekregen, hetgeen overigens onverlet laat dat zij bij wél individueel bepaalbare schade toch een eigen vorderingsrecht hebben, losstaand van de vorderingsrechten die de werknemer zelf heeft en eveneens losstaand van de beoordeling van de individuele werknemer van de opportuniteit van de door de vakorganisatie in te stellen vordering. Met andere woorden de werknemer kan de instel-

(88) Zie mijn C.a.o.-recht, p. 26.

(89) Vgl. de artt. 15 en 16 van de Wet op de c.a.o.

ling van een vordering door de vakorganisatie niet beletten (90). De gelijkberechtiging van werknemers, ondanks verschil in kenmerken, behoort, zoals geschetst, ook tot het takenpakket van de ondernemingsraad.

Dit instituut, dat voor arbeidsorganisaties met meer dan 35 werknemers verplicht is, waakt, zoals hiervoor reeds opgemerkt tegen discriminatie.

Op essentiële terreinen, althans in dit verband, heeft hij een instemmingsrecht, dat neerkomt op een voorwaardelijk vetorecht: het aanstellingsbeleid, het bevorderingsbeleid en het ontslagbeleid (91). Weliswaar reguleert de ondernemingsraad daarmee vooral de interne arbeidsmarkt, maar hij zit ook op de scheidslijn tussen de in- en externe arbeidsmarkt op het eerst- en laatstgenoemde terrein.

Elk besluit van de ondernemer/werkgever tot vaststelling, wijziging of intrekking van een besluit ter zake behoeft de instemming van de ondernemingsraad. Het treffen van een besluit kan ook worden afgeleid vanuit een feitelijk handelen: het volgen van een bepaalde gedragslijn is voldoende om van de vaststelling, intrekking of wijziging van een bepaald besluit sprake te doen zijn. Een besluit, waarmee de ondernemingsraad niet heeft ingestemd, is nietig, tenzij vervangende goedkeuring van de bedrijfscommissie of in beroep de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is gevraagd en verkregen. De ondernemingsraad moet binnen een maand nadat hem gebleken is, dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan een besluit, dat niet de instemming heeft verkregen, een beroep op de nietigheid doen. Zonodig kan voor de kantonrechter worden gevorderd, dat de ondernemer zich onthoudt van toepassings- of uitvoeringshandelingen dan wel op bepaalde wijze handelt (92).

De ondernemingsraad kan op deze wijze toezien op de naleving van gemaakte afspraken ter zake van bijvoorbeeld het aanstellings-, bevorderings- of ontslagbeleid. Algemeen wordt aangenomen, dat een beroep op nietigheid van de ondernemingsraad de door de ondernemer met de werknemer reeds gemaakte bedingen niet aantast (93).

(90) Vandaar dat dit groepsrecht model zou kunnen staan voor andere wetten, die beogen collectieve belangen te beschermen.

(91) Art. 27, eerste lid, onder f, Wet op de ondernemingsraden.

(92) Art. 36, derde en zevende lid, Wet op de ondernemingsraden.

(93) H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer 1987, p. 237. Zie ook mijn commentaar op art. 27 van de Wet op de ondernemingsraden in de losbladige uitgave *De ondernemingsraad*, Deventer z.j., aantekening 9.

Zeer wel te verdedigen valt echter, dat het goed werkgeverschap meebrongt (ar. 1638z BW), dat de werkgever, eventueel desgevraagd, in hernieuwd overleg treedt ten aanzien van bedingen, die niet stroken met het ingestemde besluit.

De invloed van de ondernemingsraad is dus enigszins indirect. Hij kan niet voor de werknemer contracteren, wel erop toezien, dat de ondernemer/werkgever van zijn ingekaderde contractsvrijheid ten aanzien van werknemers een juist gebruik maakt. Misbruik kan voor de toekomst worden belet via de rechter, maar de gevolgen van misbruik daarvòòr kan de ondernemingsraad niet zelf ongedaan maken. Daartoe is de medewerking van zowel de werkgever als de betrokken werknemer nodig (94).

19. BELEIDSKADER

In het beleidsplan Emancipatie van juni 1985 worden ten aanzien van de man-vrouwrelatie doelstellingen geformuleerd, die ook ten aanzien van andere groepen, die worden achtergesteld, bruikbaar zijn. Hoofddoelstelling is het bereiken van een situatie, waarin ieder volwassen individu, ongeacht sexe, burgerlijke staat of leefvorm, waarvan hij of zij deel uitmaakt, een zelfstandig bestaan kan opbouwen. Dat betekent in sociaal-economisch opzicht vooral dat men in eigen levensonderhoud kan voorzien en voor zichzelf kan zorgen. Primair staat de deelneming aan het arbeidsproces, maar als de mogelijkheid daartoe ontbreekt, moeten daar (zelfstandige) sociale zekerheidsrechten tegenover komen te staan.

De subdoelen zijn de volgende. Allereerst een gelijke behandeling in beloning en behandeling ten aanzien van betaalde arbeid, ook fiscaal en sociaalverzekeringsrechtelijk. Vervolgens moet de algemene deelname aan betaalde arbeid mogelijk worden door verbetering van de combinatiemogelijkheden van betaalde arbeid met andere (gezins-)taken en door een herverdeling van betaalde en onbetaalde arbeid. Tenslotte moet er een doorbreking plaats vinden van de scheiding tussen zgn. vrouwen- en mannenarbeid.

Deze subdoelstellingen laten zich gemakkelijk vertalen en veralgeme-

(94) Anders F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, Deventer 1987, p. 84 e.v.

(95) Zie Tweede kamerstuk 19 052, nr. 2 van 25 juni 1985.

menen: een ieder heeft recht op zijn deel van de schaars beschikbare arbeid, recht op arbeid van zijn niveau met daarbij behorende beloning en bevorderingsmogelijkheden en mag er aanspraak op maken, dat condities worden geschapen, die de toegang tot de arbeid vergemakkelijken en dat toegangsbelemmeringen worden opgeheven.

Ten aanzien van de ontwikkeling van positieve actieprogramma's voor – wederom – vrouwen heeft de minister van sociale zaken en werkgelegenheid op 30 november 1987 advies aan de Emancipatieraad en SER gevraagd (96). De SER zal daar dit voorjaar zijn standpunt over formuleren.

In deze adviesaanvraag wordt als beleid voorgesteld om ten aanzien van de ontwikkeling van positieve actieprogramma's een stimulerend beleid te voeren. Er wordt niet voor gevoeld om het maken van programma's dwingend op te leggen.

Een voorkeur wordt uitgesproken voor specifieke, op de betrokken arbeidsorganisatie toegespitste programma's. Uitgegaan wordt van de eigen verantwoordelijkheid van sociale partners op dit terrein. Tenslotte ziet de overheid voor zich een voorbeeldfunctie.

Op het vrijwillig karakter van positieve actie wordt in zoverre een uitzondering gemaakt, dat de zgn. reparatiewet de rechter de bevoegdheid geeft op vordering van de achtergestelde partij, degene, die een verboden onderscheid maakt, te verplichten om de gevolgen van zijn handelen ongedaan te maken. Het betreft hier niet de verplichting om in het algemeen een positief actieprogramma op te stellen, maar op het bestreden punt het beleid te herformuleren (97).

Het overheidsbeleid moet worden gezien in het perspectief van de aanbeveling van de Raad van Ministers van de EG van 13 december 1984 betreffende de bevordering van positieve acties voor vrouwen (98). Ook deze vertrok vanuit de respectering van de verantwoordelijkheid van sociale partners. Zij droeg de overheid een stimulerend beleid op om met name de nadelige effecten van attitudes, gedragspatronen en structuren, berustend op het denkbeeld van een traditionele rolverdeling, weg te nemen of te compenseren (99) en om de

(96) Zie Tweede kamerstuk 20 343, nr. 2.

(97) Zie wetsontwerp 19908, MvA, p. 28. Het opleggen van positieve actie als straf op overtreding van het verbod van onderscheid is onder het huidige recht vrijwel niet mogelijk. Vgl. voor een poging Pres. Rb Den Haag 18 oktober 1984, KG 1984, 731.

(98) Zie noot 73.

(99) Deze bewoordingen indiceren in welk kader positieve actie in het communautaire recht moet worden geplaatst.

deelneming van vrouwen aan de verschillende beroepsactiviteiten, waarin zij ondervertegenwoordigd zijn te bevorderen en dat vooral te doen in sectoren met toekomst en hoogwaardige arbeidsplaatsen.

20. STAPPENPLAN

Voor arbeidsorganisaties ligt er een taak om te bezien of eenieder gelijke kansen in de onderneming heeft. Daarbij behoort zowel de instroom, de doorstroom als de uitstroom te worden betrokken. Dit kan onderwerp van c.a.o.-overleg zijn, een met de ondernemingsraad overeen te komen aanstellings-, bevorderings- en ontslagbeleid of een eigen initiatief van de werkgever.

Vooraf bij grotere ondernemingen komt de ontwikkeling van een positief actieprogramma in aanmerking. Die hebben een veelheid van soorten arbeidsplaatsen, een geformaliseerd personeelsbeleid en beroepsmatige personeelsfunctionarissen; kennen voldoende natuurlijk verloop en hebben alternatieven voor de inrichting van het arbeidsproces, de verdeling van arbeidsplaatsen, werktijdregelingen en scholingsmogelijkheden.

Bij de formulering van een actieprogramma wordt veelal een vijftal voor zich sprekende fasen onderscheiden:

- de intentieverklaring;
- onderzoek;
- het opstellen van een beleidsplan;
- besluitvorming en
- uitvoering.

Op basis van registratie en evaluatie kan tot een bijstelling van een en ander worden gekomen (100).

Bij positieve actie gaat het er vooral om om meer dan intuïtief te bezien of de intentie van het vermijden van onderscheid op grond van verboden kenmerken of andere kenmerken, die in overwegende mate tot eenzelfde resultaat voeren, feitelijk wordt waargemaakt.

Daarvoor is een referentiekader nodig. Verondersteld mag bijvoorbeeld worden, dat personen met een bepaald kenmerk (vrouw, allochtoon) op vacatures in evenredigheid naar hun aantal op de externe arbeidsmarkt zullen solliciteren. Uiteraard wordt daarbij uitsluitend gekeken naar die personen, die aan de kwalificatie-eisen vol-

(100) Zie handleiding voor positieve actie, uitgave Ministerie van BiZa 1986.

doen. Als blijkt, dat die personen in te geringe mate solliciteren, moet dat een oorzaak hebben, die wel of niet met de arbeidsorganisatie te maken heeft. Is die oorzaak door de arbeidsorganisatie te beïnvloeden? Te denken valt bijvoorbeeld aan het scheppen van mogelijkheden om in deeltijd te werken, kinderopvang mogelijk te maken (uiteraard voor vaders en moeders) of het vervoer naar de vestigingsplaats te verbeteren.

Ook mag worden verondersteld, dat bij een gegeven aantal vacatures en een gegeven aantal sollicitanten, verdeeld over personen met een bepaald kenmerk en zonder dat kenmerk, de vacatures naar evenredigheid worden verdeeld. Als dat niet het geval is, wat is daarvan dan de oorzaak?

Spelen toch vooroordelen een rol bij de selecteurs, ligt het aan de inschappingsvoorwaarden, die sollicitanten doet afhaken, zijn de functie-eisen op papier andere dan in de praktijk werkelijk nodig, zodat onnodig een scheve selectie wordt gemaakt, spelen de wensen en opvattingen van degenen, met wie betrokkene moet gaan werken (past hij of zij op die plek) in het selectieproces onterecht door?

Het antwoord op dit soort vragen (waarbij ik er een willekeurig aantal ten aanzien van het aanstellingsbeleid heb geformuleerd) is van belang om het gelijke kansbeginsel aan te scherpen. Zij plaatsen bepaalde sollicitanten niet in een bevoorrechte positie. Toch behoort de beheersing van het gelijke kansbeginsel de essentie van op te stellen positieve actieprogramma's bij bijvoorbeeld aanstelling of bevordering te zijn. Zij pakt de oorzaak van achterstelling aan en buigt scheefgroei om. Bevoorrechtende maatregelen daarentegen scheppen wel op het oog mooie cijfers, maar aan de structurele oorzaak wordt daarmee niets gedaan.

Bevoorrechtiging wordt zo ook niet tijdelijk, maar structureel nodig. Een analyse van het personeelsbestand, afgezet tegen arbeidsmarktgegevens (voor het verstrekken waarvan de overheid zeker een taak heeft), kan leiden tot de conclusie, dat in de arbeidsorganisatie van scheefgroei sprake is. Bepaalde groepen blijken tot dan geen gelijke kans te hebben gehad. Langs welke weg mag dit worden hersteld? Moet dit geleidelijk worden recht getrokken door de lessen uit het verleden te trekken en het selectieproces zo te verbeteren dat leden van deze groep wel een gelijke kans hebben?

Mag het scheve beeld versneld worden rechtgetrokken door bij gelijke geschiktheid slechts personen met een bepaald kenmerk in dienst te nemen? Mag men het proces verder versnellen door niet ge-

lijke geschiktheid maar voldoende geschiktheid tot uitgangspunt te nemen? Mag zelfs zover worden gegaan dat arbeidsplaatsen, waar een bepaalde groep ondervertegenwoordigd is, uitsluitend voor personen, behorend tot die groep worden opengesteld?

Dit zijn moeilijke vragen, waarop het antwoord in mijn betoog besloten ligt (101). Hier wil ik laten zien, dat de mogelijke maatregelen in de context van de arbeidsorganisatie zijn geplaatst, in welk verband zij ook behoren te worden beoordeeld. Een algemene norm, voor alle arbeidsorganisaties geldend werkt vergroevend.

Als bijvoorbeeld ondernemingen worden verplicht om 5% gedeeltelijk arbeidsgeschikten in dienst te hebben, dan werkt dit voor de verschillende arbeidsorganisaties anders uit. Sommigen zouden zelfs bij optimale toepassing van het gelijke kansbeginsel nooit op dit percentage komen, voor anderen zou dit percentage als ondernemingsdoelstelling, gegeven de eisen, die de arbeidsplaatsen stellen, onverantwoord zijn.

Het gestelde percentage kan ook nog leiden tot een suboptimaal resultaat. Als dan op dat percentage gemikt wordt als ultieme doelstelling, dan wordt het gelijke kansbeginsel zelfs vervalst.

De psychologische effecten van een extern gestelde norm kunnen voor betrokkenen als stigmatiserend worden ervaren. Zij hebben immers niet op eigen kracht hun arbeidsplaats verworven, al is dat in het individuele geval wellicht het geval geweest. Een externe normering leidt tot een bestending van de zijlijnpositie op de arbeidsmarkt.

De verwezenlijking van het gelijke kansbeginsel lijkt vooral gebaat bij een beleid, dat aangript bij de arbeidsorganisatie, dus een beleid dat van onderop gestalte krijgt.

Het uitgangspunt, dat zelfregulering de aangewezen weg is om ongeoorloofd onderscheid uit te bannen en een rechtvaardiger verdeling van de beschikbare arbeid te bereiken, belooft de beste resultaten, zo was reeds mijn conclusie.

(101) Met de laatste vraag wordt mijns inziens de grens van het geoorloofde overschreden. Bij de eerdere vragen bestaat er beleidsvrijheid voor de werkgever. Positieve actie moet prospectief zijn.

De overheid kan de ontwikkeling van positieve actieprogramma's op verschillende wijze steunen.

Ik heb er al op gewezen, dat vanuit het arbeidsvoorzieningsapparaat relevant statistisch materiaal kan worden aangedragen. De arbeidsorganisatie op haar beurt genereert gegevens over vereiste kwalificatieniveaus, die voor de overheid van belang kunnen zijn voor gerichte arbeidsvoorziening, voor scholingsprogramma's of de onderwijsvoorziening in het algemeen.

Daarnaast kan de overheid via subsidies de ontwikkeling van positieve actieprogramma's steunen. De meest directe steun is het subsidiëren van de kosten voor opstelling van de programma's. Een andere vorm van subsidiëring is de indienstneming van personen, die behoren tot een achtergestelde groep te premieren. De Wet Vermeend/Moor is daar een voorbeeld van. Deze vorm van subsidiëring gaat echter gepaard met scheeftrekking van het gelijke kansbeginsel en moet uit dien hoofde beperkt blijven. Ook kan een extra last worden gelegd op arbeidsorganisaties, die in onvoldoende mate personen met een bepaald kenmerk in dienst hebben of nemen. Hieraan kleeft uiteraard hetzelfde gebrek, omdat de keus tussen een persoon met of zonder dat kenmerk financiële gevolgen heeft.

Een combinatie van beloning en straf kent de Wet arbeid gehandicapte werknemers. Ondernemingen, die niet aan een opgelegde quotumverplichting voldoen, wordt een heffing verschuldigd, terwijl ondernemingen, die meer doen dan strikt vereist, daarvoor worden beloond.

Deze wet kent echter ook de mogelijkheid om gedeeltelijk arbeidsgeschikten voor voorzieningen in aanmerking te brengen, die het mogelijk maken om aan het arbeidsproces te blijven deelnemen. Ook is het mogelijk de kosten, die voortvloeien uit de noodzakelijke aanpassing van de samenstelling en toewijzing van arbeid, de inrichting van de arbeidsplaatsen, de produktie- en werkmethoden en de bij de arbeid te gebruiken hulpmiddelen en aanpassing van de werkomgeving vergoed te krijgen. Zijn deze bepalingen toegesneden op een bepaalde groep met een achterstand op de arbeidsmarkt, de achtergrondgedachte is ook elders toepasbaar. Indien de mogelijkheid bestaat om kosten voor een betere aanpassing van de arbeidsorganisatie op het samengestelde arbeidsaanbod vergoed te krijgen, dan wordt daardoor een drempel voor gelijkberechtiging weggenomen.

Een andere vorm van subsidiëring van positieve actieprogramma's kan in de gesubsidieerde sector worden gebruikt door namelijk daarvan subsidieverlening afhankelijk te stellen. In hetzelfde vlak ligt contract compliance, namelijk dat de overheid alleen aan die arbeidsorganisaties aanbestedingen doet, die een positief actieprogramma hebben opgesteld. Bij de twee laatste vormen van stimulering kunnen echter grote vraagtekens worden geplaatst.

Allereerst wordt min of meer het beleidsuitgangspunt losgelaten, dat positieve actie een vrijwillige aangelegenheid behoort te zijn, wil zij tot een mentaliteitsverandering leiden. Daarnaast behoren bij subsidiëring en aanbestedingen een veelheid van factoren een rol te spelen: kwaliteit van het te leveren produkt, produktsspecificaties, kosten, snelheid van oplevering enz. Het ligt niet voor de hand die overwegingen bij voorbaat ondergeschikt te maken aan positieve actieprogramma's.

Tenslotte is een bezwaar van deze indirecte dwangmiddelen, dat zij selectief zijn en slechts kunnen worden gehanteerd waar de overheid een zekere mate van zeggenschap kan uitoefenen, terwijl de overheid zich in zekere zin ook medeverantwoordelijk stelt voor de effectivering van de met de positieve actie beoogde doelen zonder daarop beslissende invloed te kunnen uitoefenen.

Tenslotte kan de overheid in de onderzoeks- en voorlichtingssfeer ten aanzien van positieve actieprogramma's een bevorderende rol spelen. Deze taken deelt zij overigens met anderen, zoals onafhankelijke onderzoeksinstituten en organen van het bedrijfsleven.

Uiteraard geldt voor het bovenstaand flankerend beleid, dat steun aan positieve actie uitsluitend geoorloofd is, voor zover de gekozen vorm van die actie dat is.

22. POSITIEVE ACTIE EN INDIRECT ONDERSCHIED

Positieve actie beoogt een bewustwordingsproces op gang te brengen, waarom het gelijke kansbeginsel niet goed werkt. Van direct onderscheid op basis van een bepaald kenmerk is men zich veelal zonder meer bewust. Positieve actie beoogt vooral het bewustzijn, dat het gebruik van op zich zelf neutrale kenmerken tot niet gewild of niet bedoeld onderscheid kan leiden, manifest te maken. Daarom is positieve actie vooral erop gericht indirect onderscheid terug te dringen. De daarvoor gekozen vorm is het kritisch bezien of de rechtvaardig-

ging van het selecteren op bepaalde kenmerken wel functioneel is, of het niet mogelijk is die kenmerken te vervangen door andere, die minder onderscheidend effect hebben.

Met positieve actie gaat men een stap verder dan hetgeen het verbod van onderscheid nog toelaat.

Is het verbod van indirect onderscheid erop gericht om in individueelrechtelijk bepaalde situaties het gelijke kansbeginsel te realiseren, positieve actie stelt zich vooral ten doel om collectieve achterstelling voor de toekomst ongedaan te maken. Daarom kan positieve actie nimmer indirect onderscheid ten opzichte van een bepaald individu rechtvaardigen, met het argument dat voor zijn of haar groep al zoveel wordt gedaan. Het gelijke kansbeginsel behoort centraal te blijven staan (102).

Positieve actie kan derhalve indirect onderscheid ongedaan maken en verder dan dat gaan, maar laat onverlet dat het verbod van indirect onderscheid overeind blijft. Bestrijding van onderscheid vindt dus van twee zijden plaats.

Bestrijding van indirect onderscheid en het voeren van positieve actie zijn te onderscheiden zaken. Zoals hiervoor reeds gezegd, maar hier pregnanter wordt verwoord, wil positieve actie bijzondere aandacht aan bepaalde groepsleden schenken, terwijl het bij het bestrijden van indirect onderscheid om het formuleren van onderscheidsvrij handelen gaat. De eerste behoort in het perspectief van het laatste te staan. Bij positieve actie gaat het soms om bijstelling van eisen in de richting van degenen, die van het stellen van die eisen nadeel ondervinden, bij bestrijding van onderscheid gaat het in de eerste plaats om de functionaliteit van die eisen.

Bestrijding van indirect onderscheid en positieve actie zijn derhalve complementair.

23. SAMENVATTENDE CONCLUSIES

In het voorgaande is hoofdzakelijk in abstracte termen de problematiek van positieve actie in het arbeidsrecht geschetst. Het abstractieniveau is bewust gekozen vanwege de geringe ervaring die met dit instrument is opgedaan. Ook is opzettelijk enigszins geabstraheerd van de vrouw-manverhouding, binnen welke context vaak de discussie

(102) Anders het in noot 63 genoemde arrest.

wordt gevoerd. Het gaat om een algemener vraagstuk.

Positieve actie is een beleidsinstrument van ondernemingen, die ervaren dat het wettelijk verbod van direct en indirect onderscheid er niet toe leidt, dat van gelijkberechtiging in de zin van gelijke kansen sprake is. Positieve actie is uitsluitend geoorloofd, indien binnen de onderneming ten aanzien van de relevante groep van een achterstand sprake is. Positieve actie moet er op gericht zijn om gelijkberechtiging in die zin te verwezenlijken.

Zij kan niet vanuit louter emancipatorische overwegingen worden gelegitimeerd, maar moet ingebed zijn in de opheffing van een in de arbeidsorganisatie concreet aanwezige achterstandssituatie. Positieve actie dient het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen, dat wil zeggen dat zij geen verder liggend doel mag beogen dan de verhoudingen op de arbeidsmarkt te doen weerspiegelen in de onderneming, dus evenredigheid tussen de verhoudingen op de externe en interne arbeidsmarkt nastreeft. Positieve actie moet op beëindiging daarvan zijn gericht, dus geen blijvend instrument zijn. De zwaarte van het instrument moet in verhouding staan tot de mate van achterstand.

De achterstand van een bepaalde groep legitimeert niet tot exclusieve rechten van leden van die groep, ongeacht of zij in het verleden schade hebben opgelopen. Achterstand biedt dus geen legitieme basis voor bevoorrechtiging in het algemeen. Wel is aanvaardbaar, dat bij gelijke geschiktheid personen, behorend tot de achterstandsgroep voorkeur genieten, maar niet aanvaardbaar wordt als voor de personen behorend tot de achterstandsgroep andere eisen worden gesteld dan voor personen, behorend tot de tot dan bevoorrechte groep. Evenmin aanvaardbaar is werkgelegenheid voor personen, behorend tot de in het verleden achtergestelde groep te reserveren.

Al deze varianten komen erop neer dat het gelijke kansbeginsel vervalst wordt. Het communautaire recht staat dat voor de man-vrouw-verhouding in ieder geval niet toe.

Een en ander leidt ertoe, dat positieve actie voornamelijk ten doel heeft een bewustwordingsproces van de oorzaken, die tot achterstand hebben geleid op gang te brengen. Indirect onderscheid wordt zo teruggedrukt.

Arbeidsorganisaties mogen via positieve actie niet de achterstanden, die door externe oorzaken zijn ontstaan, compenseren. Zo mag ook de sociale zekerheid niet compenseren hetgeen in het arbeidsproces is misgegaan. Gehandeld moet worden binnen de functionele context.

De overheid heeft derhalve de grootste mogelijkheden om de emancipatie van achterstandsgroepen op te heffen. Zij is ook verantwoordelijk voor de externe randvoorwaarden, die gelijke kansen in het arbeidsproces bepalen. Zij behoort daarbij aan te grijpen bij de oorzaken. Symptoombestrijding helpt op de duur niet, integendeel.