



Preadvies 1

Gelijkheid revisited

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

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

Samenvatting

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

1. Inleiding

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

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

1. Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme, *Aard, omvang en oorzaken van discriminatie en racisme in Nederland: eerste inzichten en vervolg*, Den Haag 2023.

2. Zie de preadviezen van Linda Senden en Mirella Visser en van Jan-Peter Loof, Guido Terpstra en Hannah Jans.

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

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

2. Begrippen

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

2.1 Discriminatie – een verkenning van dit begrip

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

De term ‘onderscheid maken’ zwakt de negatieve lading en maatschappelijke ernst van discriminatie af.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Structurele discriminatie – een verkenning van dit begrip

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

11. Rapport POC, a.w., p. 17.

12. Zie o.m. het Rapport POC, het rapport van het Kennisplatform Integratie & Samenleving, *Institutioneel Racisme in Nederland*, Utrecht: Movisie 2021; en het rapport van de Staatscommissie over de Gelijkeheidsplicht Publieke Sector, Den Haag september 2025.

13. Een voorzet daartoe is te vinden in een recent rapport van het Ierse Mensenrechteninstituut. Zie: <https://www.ihrec.ie/publications/submission-on-the-review-of-the-equality-acts>.

14. Rapport POC, a.w., p. 17.

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

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

2.3 Institutionele discriminatie – een verkenning van dit begrip

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

21. Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

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

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

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

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

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

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

25. Artikel 2, derde lid, AWGB.

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

2.5 Tot slot – een nieuwe definitie van discriminatie

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

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

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

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

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

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

3.1 Drie invullingen van juridische gelijkheid

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

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

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

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

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

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

30. R. Holtmaat, ‘Sekse-discriminatie en de blijvende noodzaak van Ander Recht’, *Ars Aequi* 2016, afl. 6, p. 467-472.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4 Tot slot – naar een bredere benadering van het antidiscriminatierecht

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

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

³⁹. R. Holtmaat & G. Terpstra, a.w.

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

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

4. Verbetering van bestaande rechtsnormen

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

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

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

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

41. Staatscommissie, *Gelijkeheidsplicht Publieke Sector*, a.w., p. 18.

42. Staatscommissie, *Gelijkeheidsplicht Publieke Sector*, a.w.

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

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

4.1 Definitie van indirecte discriminatie

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

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

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

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

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

4.2 Het verbod op het nalaten van doeltreffende aanpassingen

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

4.3 Positieve actie

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

4.4 Universeel ontwerpen – het bevorderen van inclusiviteit

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

4.5 Een transparantieplicht

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

4.6 Het recht op een discriminatievrije (werk)omgeving

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

45. Artikel 10 AWGB.

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

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

48. Artikelen 6 en 7 van de Richtlijn.

49. Artikel 18 van de Richtlijn.

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

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

4.7 De inbreng van rechters – contextualisering

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

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

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

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

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

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

5. Tot slot

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

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

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

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

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

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