

Het is niet zwart-wit

Onrechtmatige daad: een geschikt rechtsmiddel bij discriminatie?



Martijn Schouw

ieder¹gelijk

Hogeschool  van Arnhem en Nijmegen

Het is niet zwart-wit

Onrechtmatige daad: een geschikt rechtsmiddel bij discriminatie?

Onderzoek naar sanctionering bij discriminatie

In opdracht van Ieder1Gelijk - Bureau Gelijke Behandeling Gelderland-Zuid

Ter afronding van de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool van Arnhem en Nijmegen

Naam	Martijn Schouw
Studentnummer	442551
Periode	februari 2011 – juni 2011
Opdrachtgever	Ieder1gelijk
Praktijkbegeleider	dhr. drs. R. Sluijs
Docentbegeleider	mw. mr. F. van der Lugt
Tweede lezer	mw. mr. P. Jongeneel – Lamers

"In Hitler-Duitsland ging het ook niet alleen tegen de joden. Ook tegen de zigeuners. Ook tegen de homofielen. Wie in en om Nederland vreemdelingenhaat, racisme, discriminatie van zigeuners en ook antisemitisme ziet, kan niet helemaal gerust zijn."

Abel Herzberg (1893 – 1989), advocaat en schrijver

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksverslag dat gaat over het gebruik van het beroep op onrechtmatige daad bij discriminatie. De opdracht tot het onderzoek is gegeven door Ieder1Gelijk en het is uitgevoerd in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-Rechten van de Hogeschool van Arnhem en Nijmegen.

Het onderwerp, dat zowel over het mensenrecht om gelijk behandeld en niet gediscrimineerd te worden als over het civiele rechtsbegrip 'onrechtmatige daad' gaat, heeft mij afgelopen maanden zeer geboeid. Enerzijds is discriminatie nog altijd actueel en blijft het een grote uitdaging voor Nederland (maar ook Europa en eigenlijk de gehele wereld) hiertegen te strijden. Anderzijds is de 'onrechtmatige daad' een zo belangrijke en bekende rechtsfiguur in ons burgerlijk recht, dat het nader bestuderen ervan en het toepassen op het discriminatievraagstuk, het tot een heel interessante bezigheid maakt.

Het onderzoek heeft mij een genuanceerdere kijk gegeven op het discriminatieprobleem. Daar laat de titel van dit werk zich ook verklaren: het is niet zwart-wit. Veel discriminatie komt voort uit het zwart-wit denken ofwel het ongenuanceerd denken. Een gedachte die ergens in de eerste maanden in mij op kwam maar waar, naar later bleek, de Nijmeegse Frank Boeijen al in 1984 een hit mee scoorde.

Geen mens is gelijk aan een ander mens, iedereen vraagt om een nieuwe benadering en een eigen behandeling, en tegelijkertijd is voor de wet eenieder wel gelijk en moet men in gelijke gevallen (als die al bestaan) gelijk behandeld worden. Ik ben dankbaar voor de inzichten die voortkwamen uit deze schijnbare tegenstrijdigheid en uit het meedragen van de onderzoeksvragen de afgelopen tijd. Ik zou ze iedereen gunnen!

Dank ben ik ook verschuldigd aan Ieder1gelijk, in de persoon van mijn praktijkbegeleider Ralph Sluijs, die mij veel vrijheid gaf in de benadering van het probleem. In combinatie met docentbegeleider Femke van der Lugt, die in het toewerken naar dit eindproduct de touwtjes op tijd wat strakker aantrok en zorgvuldig meelas, werkte dit goed. Daarnaast maakte het geduld en de ondersteuning van vriendin, vrienden en familie het voor mij een stuk gemakkelijker om dit solowerk door te zetten.

In het bijzonder dank ik de negen juristen en deskundigen, die zich lieten bevragen over hun kennis en ervaringen. Dit was een prettig deel van het onderzoek omdat zo het onderwerp tot leven kwam. Veel van de verworven inzichten kwamen rondom deze interviews tot stand.

Rest mij niets meer dan u veel leesplezier te wensen met dit onderzoeksverslag.

Nijmegen, juni 2011
Martijn Schouw

DEEL I. INLEIDING EN METHODEN

1	INLEIDING	7
	§1.1 Aanleiding	7
	§1.2 Totstandkoming van de huidige gelijkebehandelingswetgeving	7
	§1.3 Richtlijnen, uitleg van het Hof van Justitie en sancties	8
	§1.4 Onrechtmatige daad	9
	§1.5 Onderzoeksvragen	10
	§1.6 Terminologie	10
2	METHODEN EN AFBAKENING	12
	§2.1 Onderzoeksmethoden	12
	§2.2 Afbakening	12

DEEL II. ONDERZOEK

1	WAT IS DE OORZAAK VAN HET ZELDZAAM GEDANE BEROEP OP ONRECHTMATIGE DAAD BIJ DISCRIMINATIE?	14
	§1.1 Inleiding	14
	§1.2 Antwoorden uit de literatuur, wet- en regelgeving en jurisprudentie	14
	§1.2.1 Vastgelegde sancties	14
	§1.2.2 Het scala aan middelen	16
	§1.2.2.1 De civiele procedure uit hoofde van onrechtmatige daad	16
	§1.2.2.1.1 Rechtvaardigingsgrond	17
	§1.2.2.1.2 Schade en vergoeding	17
	§1.2.2.1.3 Bewijs	20
	§1.2.2.2 De strafrechtelijke route	22
	§1.2.2.2.1 De wet	22
	§1.2.2.2.2 Aanwijzing discriminatie	23
	§1.2.2.2.3 Opportuniteitsbeginsel	23
	§1.2.2.2.4 Andere kenmerken van strafvervolgning	24
	§1.2.2.2.5 Sancties en voeging	24
	§1.2.2.3 De Commissie Gelijke Behandeling	25
	§1.2.2.3.1 Follow-up	26
	§1.2.2.3.2 Commissie versus de burgerlijke rechter	27
	§1.2.2.3.3 College voor de Rechten van de Mens	28
	§1.2.3 Het slachtoffer	29
	§1.2.3.1 Kennis en assertiviteit	29
	§1.2.3.2 Geld	30
	§1.2.3.3 Victimisatie	30
	§1.3 Antwoorden uit de beroepspraktijk	31
	§1.3.1 Onrechtmatige daad	31
	§1.3.2 Schade en vergoeding bij onrechtmatige daad	32
	§1.3.3 Bewijs in de civiele procedure	33
	§1.3.4 De Commissie Gelijke Behandeling	34
	§1.3.5 Kennis juristen	34

§1.3.6 Houding en rol van het slachtoffer	35
§1.4 Conclusie	35
2 HET BEROEP OP ONRECHTMATIGE DAAD BEVORDEREN	39
§2.1 Inleiding	39
§2.2 Antwoorden uit de literatuur, wet- en regelgeving en jurisprudentie	39
§2.2.1 Regels bewijslastverschuiving uniform toepassen	39
§2.2.2 Sancties opnemen	40
§2.2.3 Wetgeving structureren	42
§2.2.4 Motiveringsplicht voor de burgerlijke rechter	42
§2.2.5 Voorlichting en kennis	43
§2.2.6 Andere aandachtspunten	44
§2.3 Antwoorden uit de beroepspraktijk	45
§2.3.1 Minimumsanctie opnemen	45
§2.3.2 Juridisch bindende oordelen van de CGB	45
§2.3.3 Voorlichting en kennis	46
§2.3.4 Andere mogelijkheden	46
§2.4 Moeten we het beroep op onrechtmatige daad wel willen bevorderen?	47
§2.5 Conclusie	48
3 HEEFT DE NEDERLANDSE WETGEVER DE RICHTLIJNEN CORRECT GEIMPLEMENTEERD?	50
§3.1. Inleiding	50
§3.2 Antwoorden uit de literatuur	50
§3.3 Antwoorden uit de beroepspraktijk	51
§3.4 Conclusie	52
 <u>DEEL III. CONCLUSIES, SUGGESTIES EN BIJLAGEN</u>	
1 CONCLUSIES	53
§1.1 Het probleem en de oorzaken	53
§1.2 Bevorderingsmaatregelen	54
§1.3 Juiste implementatie van de Europese richtlijnen?	54
2 SUGGESTIES VOOR NADER ONDERZOEK	55
 Bijlagen	
A. Definities	56
B. Lijst van afkortingen	58
C. Literatuur- en jurisprudentielijst	59
D. Uitwerkingen interviews	62

DEEL I. INLEIDING EN METHODEN

1 INLEIDING

§1.1 Aanleiding

Dit onderzoek over sanctionering bij discriminatie geschiedt in opdracht van Ieder1Gelijk. Ieder1Gelijk is een bureau gelijke behandeling voor de regio Gelderland-Zuid.¹ Deze stichting is voortgekomen uit een antidiscriminatiebureau, dat in de tachtiger jaren al actief was en het doel heeft discriminatie te voorkomen, te signaleren en te bestrijden. Dit doel wordt nagestreefd door middel van het geven van training en voorlichting op scholen en in andere organisaties. De belangrijkste activiteit is de klachtbehandeling. Mensen die zich gediscrimineerd voelen, getuige zijn van een geval van discriminatie, van discriminatie beschuldigd worden of zomaar een vraag hebben, kunnen zich wenden tot Ieder1Gelijk voor advies. Naast advies worden slachtoffers van discriminatie begeleidt in hun stappen om het onrecht aan te pakken, bijvoorbeeld door middel van een procedure bij de Commissie Gelijke Behandeling.

Een andere mogelijkheid voor een gediscrimineerde is de gang naar de civiele rechter. Het feit dat deze gang nog weinig wordt gemaakt, vormde de aanleiding voor het onderzoek. In de paragraaf over de onderzoeksvragen wordt deze vraag verder toegelicht, alsook twee daarmee verbandhoudende vragen. De drie vragen vormen de kern en worden in Deel II in afzonderlijke hoofdstukken behandeld. In Deel III worden definitieve conclusies getrokken. Als geheel dient dit praktijkonderzoek als basis voor een beroepsproduct waarin de onderzoeksresultaten zijn verwerkt. Dit zal een juridische brochure zijn, gericht aan alle juristen en raadgevers die slachtoffers (maar wellicht ook beschuldigten) van discriminatie bijstaan. De brochure dient meerdere doelen zoals bijvoorbeeld het bieden van een handvat bij de beoordeling of een casus geschikt is voor een procedure, als uitgangspunt voor het uitzetten van een strategie indien besloten is tot een procedure en mogelijk ook als onderdeel van verdere verdieping in het onderwerp van sanctionering en discriminatie, in welk kader dan ook.

Met deze inleiding wordt ook getracht een achtergrond van het non-discriminatierecht (of gelijkebehandelingsrecht) te scheppen. Daarnaast wordt de mogelijkheid tot handhaving van dit rechtsgebied via het beroep op onrechtmatige daad aangestipt (dit betreft immers het hoofdelement van de onderzoeksvragen) en wordt verduidelijking gegeven van de, soms wollige en verwarrende, terminologie.

In het volgende hoofdstuk wordt kort de methode van onderzoek toegelicht.

§1.2 Totstandkoming van de huidige gelijkebehandelingswetgeving

De basis van de huidige gelijkebehandelingswetgeving is gelegd na de Tweede Wereldoorlog met de juridisch niet-bindende Universele Verklaring van de Rechten van de

¹ In 2009 is de Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen van kracht geworden. Die wet regelt onder meer de toegangsmogelijkheid voor elke burger tot een dergelijke voorziening.

Mens in reactie op de Jodenvervolgung. Voordien, in de begintijd van de EEG, waren de motieven voor gelijke behandeling vooral economisch van aard.² Zo werd om een eind te maken aan het productiekostenverschil in verschillende lidstaten een verbod op ongelijke lonen toegepast. Art. 2 UVRM begint met “Een ieder heeft aanspraak op alle rechten en vrijheden, (...), zonder enig onderscheid naar welke aard ook, zoals (...)”, waarna een uitgebreide opsomming volgt. De verklaring heeft geen verdragsstatus maar diende wel als accessoir rechtgever en als inspiratiebron voor andere mensenrechtenverdragen. Art. 3 van het wel juridisch bindende Internationaal Verdrag inzake de Burgerrechten en Politieke Rechten stelt dat “The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant”, en art. 26 dat “All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. ...”, waarna een opsomming van discriminatiegronden volgt. Het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van Rassendiscriminatie 1966, het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van Discriminatie van Vrouwen (IVDV) 1979, het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Culturele en Sociale Rechten (IVECSR) zijn in dit kader ook belangrijk.

De genoemde verdragen kennen verplichtingen voor overheden tot onthouding of inspanning. Ook betreffen ze waarborgen tegen de macht van de overheid en het dient als basis voor aanspraken die burgers in de verticale lijn tot die overheid kunnen maken. In de zestiger jaren lagen niet langer louter economische redenen aan de discriminatieverboden ten grondslag. Een meer mensenrechtelijke en principiële tendens bracht bijvoorbeeld het verbod op discriminatie wegens sekse en ras. De mening van haar leiders dat de Europese Unie op fundamentele waarden gebaseerd moest zijn, leidde in 1997 bij het sluiten van het Verdrag van Amsterdam tot het invoeren van art. 19 in het VWEU³. Dit artikel schiep de mogelijkheid voor de Europese Raad maatregelen te treffen ter bestrijding van discriminatie. De richtlijnen die uit deze bevoegdheid voortvloeiden zijn in Nederland geïmplementeerd in diverse gelijkebehandelingswetten.⁴ Deze wetten vormden een aanvulling op, alsook een wijziging van de al bestaande Algemene Wet Gelijke Behandeling. De AWGB is in 1994 voortgekomen uit het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod vervat in art. 1 Grondwet. In dit onderzoek zal met name worden gekeken naar de sancties die in de Nederlandse (gelijkebehandelings)wetgeving zijn opgenomen.

² Art.1, ‘Dossier: Europa en non-discriminatie’, (<http://www.art1.nl/categorie/48-Europa_en_non-discriminatie/meer>) geraadpleegd op 5 maart 2011.

³ Sinds 1 december 2009 Art. 19 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Voorheen art. 13 EG-verdrag.

⁴ Het betreft de implementatie van de Kaderrichtlijn en de Rasrichtlijn in een gewijzigde AWGB, de WGBL en de WGBH/CZ. Zie verder de paragraaf over Richtlijnen en sancties.

§1.3 Richtlijnen, uitleg van het Hof van Justitie en sancties

Vanaf 2000 heeft de Raad van de Europese Unie een vijftal antidiscriminatie-richtlijnen uitgevaardigd.⁵ De richtlijnen creëren een kader voor de bestrijding van discriminatie in het algemeen op grond van ras of etnische afstamming (Rasrichtlijn), specifiek bij arbeid en beroep op grond van godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (Kaderrichtlijn), specifiek bij arbeid op grond van sekse (Wijzigingsrichtlijn en Gelijke kansenrichtlijn) en ook op grond van sekse op de specifieke terrein van goederen en diensten (Goederen- en dienstrichtlijn). Richtlijnen dienen door de lidstaten binnen een termijn van drie jaar te worden omgezet in nationaal recht, hetgeen in Nederland (grotendeels)⁶ is gedaan. Elk van de richtlijnen bevat een bepaling die lidstaten verplicht sancties te stellen op overtreding van het geïmplementeerde.⁷ De sanctiebepaling luidt: *“De lidstaten stellen vast welke sancties gelden voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. (...)”* Dit betekent zoveel dat een handhavingmechanisme moet worden opgesteld.⁸ Een andere bepaling in de richtlijnen stelt minimumeisen aan de implementatie. Bij de omzetting is de lidstaat namelijk niet gebonden aan de exacte tekst van de richtlijn – het beoogde doel moet worden verzekerd – maar de wetgeving mag onder geen beding een lager beschermingsniveau bereiken dan er voorheen was of als de richtlijn voorschrijft.⁹ Ook dient het beginsel van voldoende effectiviteit in acht te worden genomen, zo antwoordde het Europees Hof van Justitie (HvJ EU) in het arrest Von Colson/Kamann.¹⁰ De termen ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’, die veel ruimte voor interpretatie overlaten, worden in het arrest uitgelegd. De doeltreffendheid moet tot uiting komen in sancties die daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming verzekeren, evenredigheid in de passende verhouding tussen de hoogte van de eventuele schadevergoeding tot de geleden schade en het afschrikkende is er in gelegen dat een sanctie een werkelijk ontmoedigend effect moet hebben op de overtreder van de norm. Het mag bijvoorbeeld niet gaan om een louter symbolische schadevergoeding. Lidstaten blijven echter vrij zelf oplossingen te kiezen om het doel van de richtlijnen te behalen. In het Dekker-arrest oordeelt het HvJ EU dat ook wanneer er in nationaal recht een rechtvaardiging voor discriminatie bestaat, of wanneer er schuldbevijs ontbreekt, dit de aansprakelijkheid van de overtreder niet wegneemt.¹¹ Met andere woorden: discriminatie is nimmer gerechtvaardigd. Zagen bovengenoemde arresten nog op de voorganger van de wijzigingsrichtlijn 2002/73/EG, in de zaak Feryn krijgt het HvJ EU een schone kans om onder

⁵ Het betreffen de richtlijnen 2000/43/EG (Rasrichtlijn), 2000/78/EG (Kaderrichtlijn), 2002/73/EG. (Wijzigingsrichtlijn), 2004/113/EG (Goederen- en dienstenrichtlijn) en 2006/54/EG (Gelijke kansenrichtlijn).

⁶ Ruygrok, W. 2011, Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU Uitgevers / Special 3, januari 2011, p4.

⁷ Bijvoorbeeld richtlijn 2000/43/EG (Rasrichtlijn) art. 15: sancties.

⁸ Ambrus, M. 2011, p271: ‘ubi ius, ibi remedium’.

⁹ Berge, van den T. (2007). Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase? SMA, juli/augustus 2007, p278.

¹⁰ HvJ EG 10 april 1984, zaak C-14/83 (Con Colson/Kamann), Jur. 1984, p. 1891, r.o. 18 en r.o. 23 en 24.

¹¹ HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88 (Dekker), NJ 1994, 224 en HR 13 september 1991, nr. 13221.

meer de sanctiebepaling van de recentere rassenrichtlijn uit te leggen.¹² Een firma-eigenaar die publiekelijk verklaarde te discrimineren bij de aanwerving van werknemers op grond van ras, is in overtreding en verdient een sanctie volgens art. 15 rassenrichtlijn. Het HvJ EU doet de een suggesties met betrekking tot de sanctionering die welhaast volledig wordt overgenomen door de nationale rechter.¹³ Voor recht werd verklaard dat de firmant een discriminatoir aanwervingsbeleid hanteerde en de staking hiervan werd bevolen. In vier landelijke dagbladen moest voor rekening van overtreder het arrest gepubliceerd worden op straffe van een dwangsom en tot slot diende hij de proceskosten en de rechtsplegingskosten te vergoeden. Ondanks dat er geen aanwijsbaar slachtoffer in deze discriminatiezaak was, werd de discriminatie toch doeltreffend, evenredig en afschrikkend gesanctioneerd.

§1.4 Onrechtmatige daad

Art. 6:162 lid 1 BW luidt: *“Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.”* Op grond van dit algemene artikel kunnen vele soorten vorderingen in de niet-contractuele relatie tot schadevergoeding worden ingesteld en kan ‘recht worden gehaald’. Zo ook in geval van discriminatie. Het beroep op onrechtmatige daad is een rechtsmiddel dat een slachtoffer van discriminatie kan invoeren¹⁴. Discriminatie kan, gezien art. 6:162 lid 2 BW, een onrechtmatige daad opleveren als inbreuk op een subjectief recht, of als doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’ De laatste volzin van het lid betreffende de rechtvaardigingsgrond gaat niet op, zoals besproken in §2. In het eerste hoofdstuk zal dieper ingegaan worden op de figuur van de onrechtmatige daad. Met name zal gekeken worden naar de schade in discriminatiecontext en het bewijs en de regels daaromtrent.

§1.5 Onderzoeksvragen

Discriminatie is, zoals gezegd, bij verschillende wetten verboden. Helaas kan niet gezegd worden dat discriminatie daardoor niet meer voorkomt.¹⁵ Indien men slachtoffer wordt van discriminatie kunnen meerdere (juridische) middelen worden aangewend om ‘recht’ te halen. Dit onderzoek richt zich hoofdzakelijk op een civiele route: de sanctie die kan worden opgelegd op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Komt de rechter bij zijn toetsing van de feiten aan de wet tot de conclusie dat aan alle vereisten is voldaan van de onrechtmatige daad, dan kan hij degene jegens wie onrechtmatig gehandeld is, de

¹² HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07 (Feryn)

¹³ Arbeidshof Brussel, Kort geding nr. 292, 28 augustus 2009

¹⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1: Implementatie van richtlijnen inzake gelijke behandeling, p8 en p19.

¹⁵ Alleen al de CGB oordeelde in 2010 dat in 106 zaken verboden onderscheid is gemaakt. Commissie Gelijke Behandeling, Jaarverslag 2010, Koster, L. e.a., 12 mei 2011, p37. Meldpunten en antidiscriminatiebureau's registreerden in 2009 in totaal 5931 klachten over discriminatie, blijkens Art.1, 2010, Kerncijfers 2009.

gediscrimineerde, een schadevergoeding toekennen of op zijn minst een sanctie opleggen aan de overtreder. Slechts enkele zaken hebben in navolging van de Europese jurisprudentie, de inwerkingtreding van de AWGB en de implementatie van de bovengenoemde richtlijn geleid tot een sanctie¹⁶. Daarmee staat zo goed als vast dat gediscrimineerde burgers amper een beroep op onrechtmatige daad doen, teneinde een sanctie in hun voordeel te bewerkstelligen.

Met dit onderzoek wordt ten eerste een verklaring gezocht naar de oorzaak van het feit dat in gevallen van discriminatie, in de rechtspraktijk nog nauwelijks een beroep wordt gedaan op onrechtmatige daad teneinde een schadevergoeding of andere sanctie af te dwingen. Indien een goede verklaring wordt gevonden kan ten tweede naar een oplossing worden gezocht naar hoe het beroep op grond van onrechtmatige daad beter te benutten. Ten derde zal worden getracht een antwoord te vinden op de vraag of de Nederlandse wetgever met de implementatie van de richtlijnen wel heeft voldaan aan de verplichtingen voortvloeiende uit Europese richtlijnen en jurisprudentie.

§1.6 Terminologie

In de uiteenlopende literatuur en wetgeving met betrekking tot het onderwerp worden de termen 'discriminatie', 'ongelijke behandeling' en 'onderscheid' inconsequent gehanteerd. De richtlijnen spreken over 'discriminatie' terwijl de uit de richtlijnen voortvloeiende AWGB 'gelijke behandeling' gebruikt. Het gevolg van het inconsequent hanteren van deze begrippen is dat men in de praktijk niet altijd goed weet wat met welke term wordt bedoeld. Echter bestaat wel degelijk verschil. In het belang van de duidelijkheid zal in dit onderzoek worden aangesloten bij de gehanteerde terminologie uit de hoogste regelgeving, die van Europese Unie.

Het van het Latijns afkomstige 'discrimineren' heeft als betekenis 'onderscheiden' en wordt naast als in de onderhavige studie ook in andere wetenschappen gebruikt. In bijvoorbeeld de wiskunde en de psychologie kent het begrip een veel neutralere betekenis dan in het maatschappelijk leven waar men het haast onbewust direct associeert met negatieve onderscheiding en achterstelling.¹⁷ Naast de associatie met negatieve onderscheiding wordt met discrimineren ook dikwijls het maken van *verboden* onderscheid bedoeld. Het gaat bij discriminatie echter niet per definitie om een verboden vorm van het maken verschil.¹⁸ In dit onderzoek zal worden aangesloten met de hantering van het begrip discriminatie in de zin van verboden ongelijke behandeling, zoals dat ook in de richtlijnen gebeurt. De AWGB wijkt in haar titel 'Algemene wet gelijke behandeling' hiervan af en de feitelijke tekst van de wet spreekt zelfs over 'onderscheid'. De wetgever heeft bij het opstellen van de

¹⁶ Bijvoorbeeld: Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62, Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193, Rb. Amsterdam 14 juli 1993, JAR 1993/190 en Arrest van het Hof Leeuwarden 4 augustus 1999, rolnummer H98/213.

¹⁷ Amnesty, encyclopedie van de mensenrechten, (<http://www.amnesty.nl/encyclopedie_lemma/1061>) geraadpleegd op 1 maart 2011.

¹⁸ Terlouw, A. 2010, p8.

gelijkebehandelingswetten afgezien van het gebruik van de beladen term discriminatie uit de Europese regelgeving teneinde een groter draagvlak voor deze wetten te creëren.¹⁹

De naam Commissie Gelijke Behandeling verraadt aan welke term zij de voorkeur geeft. De Raad van State stelt in zijn advies bij de implementatie van de artikel 13-richtlijnen dat aan de termen discriminatie en onderscheid niet dezelfde betekenis kan worden toegedicht: "Het maken van onderscheid op welke grond dan ook is, als dat onderscheid niet objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden, een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Van discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt op bepaalde gronden. Onder deze gronden plegen menselijke eigenschappen of kenmerken waarvan in het geheel geen afstand kan worden gedaan, of eigenschappen of kenmerken waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de eigen persoonlijkheid te beschadigen."²⁰ In het licht van de richtlijnen kan daar aan worden toegevoegd dat het onderscheid benadeling van de gediscrimineerde teweeg moet brengen, hij wordt ongunstiger behandeld dan een ander in vergelijkbare situatie.

Met discriminatie wordt volgens de richtlijnen ook bedoeld indirecte discriminatie, intimidatie, het geven van de opdracht tot discriminatie en het niet treffen van een voorziening (met betrekking tot de grond handicap). Van indirecte discriminatie is sprake als een ogenschijnlijk neutrale maatstaf de met de richtlijn beoogde beschermden benadeelt ten opzichte van anderen.

¹⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, p. 11, 14 en p. 44; Kamerstukken II 1990/91, nr. 5, p. 31,32,34 en 66.

²⁰ Advies RvS bij wetsvoorstel 'Implementatie Artikel 13-richtlijnen', Kamerstukken II 2001/02, 28 187 A, p4.

2.1 Onderzoeksmethoden

Elke vraag is benaderd vanuit zowel theoretisch perspectief als vanuit praktisch perspectief. De theoretische benadering ziet op literatuurstudie en jurisprudentieonderzoek waarmee is getracht antwoorden te vinden op elke vraag. Met die theoretische kennis en daaruit voortvloeiende dilemma's zijn interviews voorbereid en gehouden. Dit vormt de praktische kant van het onderzoek. Specialisten in het onderwerp, advocaten en een rechter, allen werkzaam zijn in het civiele rechtsgebied en dus te maken hebben met onrechtmatige daad en mogelijk ook discriminatievraagstukken hebben op die manier bijgedragen.

Voor de onderzoeksmethode van het diepte-interview is gekozen omdat ik wilde weten wat de meningen en antwoorden van deskundigen zijn omtrent de onderzoeksvragen. De aanvullende vragen voor het interview zijn opgesteld nadat al veel informatie was verzameld en bestudeerd. In de diepte-interviews is ruimte opengelaten voor discussie tussen de interviewer en de geïnterviewde teneinde inzicht te verkrijgen in de verschillende theorieën en visies. De gedachte was hierbij dat de mening van bijvoorbeeld een rechter lijnrecht tegenover die van een advocaat kunnen staan. Door confrontatie met een totaal afwijkende opvatting zouden interessante zienswijzen naar voren kunnen komen.

Deze manier van onderzoeken heeft af en toe geleid tot filosofische discussies met een hoog hypothetisch gehalte. Het ging nauwelijks over feiten die statistische konden worden verwerkt. Toch was het met betrekking tot de doelstelling en de gestelde vragen de beste manier om kwalitatieve informatie uit de beroepspraktijk te bemachtigen. Wel is een kleine, kwantitatieve analyse gemaakt bij wijze van steekproef. Het betreft een onderzoek naar een aantal oordelen van de CGB met als vraag of deze zaken zich al dan niet lenen voor een sanctionering op grond van onrechtmatige daad.

2.2 Afbakening

Zoals bij ieder onderzoek moet er beperkt worden. Enerzijds waren er voorwaarden vanuit de opleiding. Zo was het tijdsbestek voor het onderzoek was ongeveer vijf maanden. Daarnaast moest een beroepsproduct worden opgesteld en een verdediging worden gehouden wat ook de nodige tijd vroeg. Anderzijds bracht de inhoudelijke kant beperkingen. De onderzoeksvragen zoals in het plan van aanpak geformuleerd waren breed wat het risico van verzanding meebracht. De vraag naar de oorzaak van het zeldzaam gedane beroep op onrechtmatige daad, behandeld in het eerste hoofdstuk van Deel II, verdiende echter wel uitgebreid onderzoek. De conclusies die aan de antwoorden op deze vraag zijn verbonden hebben namelijk directe invloed op de rest van de gestelde vragen. Die vragen vloeien uit de eerste vraag voort.

De vraag of de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de richtlijnen met de sanctiemogelijkheid van onrechtmatige daad heeft voldaan aan de eisen van de richtlijnen, behandeld in het derde hoofdstuk, is op zichzelf beschouwd al een onderwerp voor een afstudeeronderzoek. Derhalve is de vraag grotendeels in het licht van de eerste twee vragen onderzocht en beantwoord.

DEEL II. ONDERZOEK

1 WAT IS DE OORZAAK VAN HET ZELDZAAM GEDANE BEROEP OP ONRECHTMATIGE DAAD BIJ DISCRIMINATIE?

§1.1 Inleiding

De achtergronden van de vraag, die hier centraal staat zijn reeds in Deel I geschetst. Dit hoofdstuk verslaat het inhoudelijke onderzoek.

Bij het zoeken naar verklaringen voor het feit dat zelden een beroep op onrechtmatige daad bij discriminatie wordt gedaan, borrelen er direct verscheidene veronderstellingen op. De ene jurist ziet in het daadwerkelijk kunnen bewijzen van discriminatie een probleem; de ander gaat verder en stelt de interessante vraag: de discriminatie is duidelijk, maar hoe begroten we de schade? Het slachtoffer vraagt misschien: waarom zou de weg via 'onrechtmatige daad' mij moeten helpen? Discriminatie is strafbaar, kan ik het dan niet oplossen met het doen van aangifte bij de politie? En een rechtenstudent vraagt zich af, studerende op de gelijkebehandelingswetgeving, of de Commissie Gelijke Behandeling niet elke potentiële vordering uit onrechtmatige daad wegens discriminatie oplost in haar oordelen. Een maatschappelijk gerelateerde oorzaak zou kunnen liggen in de mate van acceptatie in de samenleving om tegen discriminatie in opstand te komen.

Het mag duidelijk zijn dat de oorzaken op verschillende juridische en maatschappelijke terreinen kunnen liggen. De vraag alleen al ziet met het begrip 'onrechtmatige daad' op een omvangrijk leerstuk uit het algemene burgerlijk recht. Het verbod op 'discriminatie', een veel – en een niet altijd op de juiste manier gebruikte term, vindt zijn oorsprong in diverse verdragen en grondwetten en is in talloze lagere wetten en regels uitgewerkt.

Bovengenoemde en andere hypothesen zullen in dit hoofdstuk aan de orde komen. Met een vooronderzoek is een schifting gemaakt tussen de verschillende hypothesen waardoor de richting van het uiteindelijke onderzoek is bepaald. Getracht wordt met de literatuur, jurisprudentie en de opinie van de beroepspraktijk, afzonderlijk en in samenhang beziend, een bevredigend antwoord te vinden.

§1.2 Antwoorden uit de literatuur, wet- en regelgeving en jurisprudentie

In verscheidene wet- en regelgeving is het verbod op discriminatie uitgewerkt. Met de jurisprudentie worden deze regels kort gezegd toegepast, uitgelegd en zo nodig aangevuld. In de literatuur wordt zowel de regelgeving als de toepassing ervan beschouwd en becommentarieerd.

§1.2.1 Vastgelegde sancties

In deze paragraaf wordt een opsomming aan sancties gegeven, die gesteld zijn op discriminatie. Via de onrechtmatige daadsroute en via de strafrechtelijk route zijn ook

sancties te bewerkstelligen. Die zullen in de paragrafen hieronder uitgebreider ter sprake komen.

Specifieke sancties zijn in de gelijkebehandelingswetgeving – wetgeving die discriminatie verbiedt – nagenoeg niet opgenomen. Tenzij nietigheidsbepalingen als sancties worden gezien.²¹ De CGB die haar bestaansrecht en taken in de AWGB terugziet kan ook geen sancties opleggen. Art. 13 lid 3 AWGB stelt dat de CGB haar oordeel ter kennis van de minister, werkgevers- en werknemersorganisaties en enkele anderen kan brengen. Dit zou als sanctie kunnen worden opgevat. Ook op haar website worden ze gepubliceerd²². Art. 3 lid 5 WGB m/v beschrijft een specifieke sanctie, namelijk de mogelijkheid voor de burgerlijke rechter om de plicht tot rectificatie op te leggen indien onderscheid gemaakt wordt bij de aanbidding van een betrekking. De onderscheidbepaling in art. 7:646 lid 11 BW met betrekking tot mannen en vrouwen bij de arbeid spreekt van nietigheid.

De helderste sanctie in de gelijkebehandelingswetgeving ziet eigenlijk niet op overtreding van het discriminatieverbod of het ongelijk behandelen. In art. 19 AWGB is de verplichting vervat mee te werken en inlichtingen te verstrekken bij een onderzoek van de CGB. Een al langer bestaande bepaling uit het strafrecht, art. 184 WvSr, regelt de sanctie bij niet voldoen aan dit ambtelijk bevel.²³

Asscher-Vonk en Hendriks merken op dat het in strijd met discriminatieverboden opzeggen van de arbeidsovereenkomst, het slachtoffer de keuze laat om deze opzegging te vernietigen (bijvoorbeeld op basis van art. 11 WGBL lid 5 dat stelt dat het de opzegger niet noodzakelijk verplicht tot schadevergoeding) of om een beroep te doen op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging. De kennelijke onredelijkheid zou in de valse of voorgewende, discriminatoire reden liggen en deze tweede optie geeft wel aanleiding tot een veroordeling tot schadevergoeding.²⁴ Dit volgt ook uit de bedoeling van de wetgever.²⁵ Waarschijnlijk zal men in een dergelijk geval zich beroepen op de kennelijke onredelijkheid. Dit leidt immers sneller tot schadevergoeding en is een beproefder middel voor arbeidsjuristen. Indien met succes vernietigd wordt, is het nog maar de vraag of werkgever en werknemer samen op goede voet kunnen verdergaan.

Meer algemene sancties volgen uit de wanprestatie op grond van art. 6:74 BW, wanneer de schending binnen de overeenkomst plaatsvindt. Buiten de overeenkomst biedt de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW uitkomst. Bij schending binnen de overeenkomst kan nakoming en (aanvullende) schadevergoeding gevorderd worden. Een arbeidsrecht-specifieke sanctie gesteld op te late loondoorbetaling in art. 7:625 BW is hier een voorbeeld van. Het is niet direct waarschijnlijk, dat iemand op grond van zijn ras te laat zal worden uitbetaald maar meer kan gedacht worden aan een geval van ongelijke beloning of een nietig beding daaromtrent. De sanctie is een verhoging tot 50% over het verschuldigde

²¹ Art. 12 AWGB e.v. beschrijft de bevoegdheden van de CGB. Zie §1.2.2.3 voor de bespreking van de betekenis van de CGB bij de handhaving van discriminatieverboden. De WGB's bevatten wel nietigheidsbepalingen; bijvoorbeeld voor bedingen in arbeidsovereenkomsten die in strijd met de AWGB gemaakt zijn (art. 9) en vernietigingsbepalingen; bijvoorbeeld indien bij de beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met het discriminatieverbod is gehandeld (art. 8). Dit zijn echter meer rechtsgevolgen dan sancties.

²² CGB, nieuwsbericht 21 maart 2011: Nieuwe publicatieregels CGB-oordelen.

²³ Asscher – Vonk, I.P en Hendriks, A.C. 2005, p192, en Pres. Rb. Assen 14 oktober 1997, JAR 1997/240.

²⁴ Idem, p186.

²⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p40.

loon en wettelijke rente. De omstandigheid dat een CAO gevolgd is, maakt niet dat de werkgever de wanprestatie niet valt toe te schrijven.²⁶

§1.2.2 Het scala aan middelen

Zoals hiervoor al kort is aangestipt heeft de wetgever ter bestrijding van discriminatie meerdere juridische mogelijkheden geboden het 'recht te halen'. In deze paragraaf worden de belangrijkste middelen besproken: het beroep op onrechtmatige daad, de strafrechtelijke route en de CGB. De stelling dat de veelheid en verscheidenheid aan middelen buiten het beroep op onrechtmatige daad voldoende oplossing bieden voor het discriminatieprobleem wordt onderzocht. Voorstelbaar is dat het beroep op onrechtmatige daad als vangnet fungeert en dat alleen zij die geen uitweg zien in andere middelen grijpen naar dit middel.

§1.2.2.1 De civiele procedure uit hoofde van onrechtmatige daad

De mogelijkheid van een beroep op de onrechtmatige daad ingevolge art. 6:162 BW vormt een hoeksteen van het burgerlijk recht. Deze bepaling kan worden ingezet teneinde een schade vergoed te zien. Het artikel beschrijft: *"Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden."* Een onrechtmatige daad kan ingevolge lid 2 van het artikel bestaan uit een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met wat volgens het ongeschreven recht en het maatschappelijk verkeer betaamt. Discriminatie kan eenvoudigweg met elke kwalificatie uit lid 2 worden aangemerkt.²⁷ Het breekt in op de persoonlijke integriteit, het is in strijd met de wet en het betaamt niet. Het artikel stelt ook dat wanneer een rechtvaardigingsgrond bestaat dit het onrechtmatige karakter van de daad kan wegnemen.

Verschillende vorderingen kunnen op onrechtmatige daad worden gebaseerd, die eventueel kunnen worden gecombineerd. Asscher-Vonk en Hendriks sommen helder op: *"Het betreft vorderingen tot vergoeding van de toegebrachte schade in geld, tot vergoeding van de schade in natura of herstel in de vorige toestand, tot verklaring voor recht dat de gepleegde daad onrechtmatig is, tot verbod tot het plegen van een zekere handeling (eventueel vergezeld van een dwangsom) en tot openbaar maken van een rectificatie of een onjuiste of misleidende mededeling."*²⁸

²⁶ Asscher – Vonk, I.P en Hendriks, A.C. 2005, p190.

²⁷ Handelingen II 1978/79, p5811. De wetgever heeft discriminatie in ieder geval als zijnde in strijd met een rechtsplicht geacht.

²⁸ Asscher – Vonk, I.P en Hendriks, A.C. 2005, p187.

§1.2.2.1.1 Rechtvaardigingsgrond

In het Dekker-arrest²⁹ oordeelt het HvJ EU dat ook wanneer er in nationaal recht een rechtvaardiging voor discriminatie bestaat, of wanneer er schuldbewijs ontbreekt, dit de aansprakelijkheid van de overtreder niet wegneemt. In casu ging het om zwangere vrouw, die naar de functie van vormingswerker solliciteerde. Zij werd geschikt bevonden, maar niet aangenomen omdat de werkgever het ziekengeld dat hij haar zou moeten uitkeren tijdens haar verlof niet van het Risicofonds vergoed zou krijgen en omdat hij ook een vervanger moest uitbetalen. De werkgever rechtvaardigde zijn directe discriminatie op grond van geslacht maar het HvJ EU oordeelde dat dergelijke nationale regelingen geen rechtvaardiging kunnen opleveren en dat discriminatie, behoudens de in de wet opgenoemde uitzonderingen, immer verboden is.

Wanneer in een onrechtmatige daadsprocedure discriminatie wordt aangenomen kan men zich dus niet beroepen op een rechtvaardigingsgrond. Ook hoeft er niet apart te worden gekeken naar de toerekenbaarheid en de verwijtbaarheid van de overtreder of naar het causale verband tussen de daad en schade.³⁰ In verband met de begroting van de schadevergoeding komt de causaliteit wel terug, in die zin dat moet worden bepaald wat door discriminatie aan schade is ontstaan en voor vergoeding in aanmerking komt.

§1.2.2.1.2 Schade en vergoeding

Een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad kan dienen ter vergoeding van geleden schade.³¹ In het voorgaande werd discriminatie aangenomen en vastgesteld dat voor discriminatie geen rechtvaardiging kan bestaan. Welke problemen brengt het vereiste van schade met zich mee? Kan je bij een discriminerende opmerking überhaupt spreken over schade en waar bestaat die schade dan uit?

De eisen uit de richtlijnen en die van het HvJ EU zijn helder: sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Betekent dit dat de rechter zonder meer een torenhoog bedrag kan toekennen naar eigen goeddunken?

De zaak ligt complexer. Art. 6:95 BW stelt dat schade kan bestaan uit vermogensschade en ander nadeel. Onder ander nadeel kan blijken art. 6:106 BW lid 1 sub b lichamelijk letsel, (psychisch letsel valt daar ook onder?) schading van eer of goede naam of andersoortige aantasting in de persoon worden verstaan. Hoewel het vaststellen van vermogensschade heel wat voeten in de aarde kan hebben, lijkt dit toch eenvoudiger dan het vaststellen van wat bijvoorbeeld de schade is van aantasting in de persoon. De rechter heeft een discretionaire vaststellingsbevoegdheid, zo blijkt uit art. 6:97 BW jo. 6:106 BW. De vergoeding voor immateriële schade wordt naar billijkheid vastgesteld. In de zaak waar een

²⁹ HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88 (Dekker), r.o. 25, NJ 1994, 224 en HR 13 september 1991, nr. 13221. En ook: Slooten, J. van, 2009, p479.

³⁰ Berge, van den T. (2007). Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase? SMA, juli/augustus 2007, p281, HvJ EG 22 april 1997, zaak C-180/95 (Draehmpaehl) en Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62, r.o. 4.4

³¹ Ktr. Haarlem, 4 april 2011, LJN BQ0063: gevorderd werd opheffing van een verbod, het maken van excuses (wat niet in rechte afdwingbaar is), een symbolische schadevergoeding van € 500,- en de kosten van rechtsbijstand.

vrouw op grond van geslacht werd afgewezen voor de functie van vrachtwagenchauffeur kende de rechter haar € 6.000,- aan gederfde inkomsten toe.³² De gevorderde immateriële schade werd niet toegewezen omdat de gestelde aantasting in eer, goede naam, of persoon niet voldoende was onderbouwd. Klaarblijkelijk is dit belangrijk voor de toekenning van een dergelijke vordering, ondanks dat het Hof geruime tijd eerder oordeelde dat een onrechtmatige daad wegens discriminatie altijd immateriële schade veroorzaakt, welke moet worden vergoed.³³ In casu ging het om een sollicitant die op discriminatoire wijze was afgewezen. Omdat de moeilijkheid hem op het eerste gezicht niet in de materiële (vermogens)schadebegroting lijkt te zitten, zal de focus gelegd moeten worden op het smartengeld. Smartengeld wegens letsel – zoals fysiek of psychisch letsel waarvoor behandeling van een arts of therapeut nodig is en in ieder geval de kosten daarvan voor de begroting van de schade in aanmerking komen – lijkt ook niet direct moeilijk begrootbaar,³⁴ waardoor het begrip ‘aantasting in de persoon’ in beeld komt. Volgens Verburg kan immateriële schade niet of nauwelijks in geld worden uitgedrukt, maar verdient de enkele constatering dat iemand in zijn persoon is aangetast wel een reactie.³⁵ Zonder remedie is het recht immers zinloos.³⁶ Schadevergoeding dient dan in plaats van compensatie van persoonsaantasting als preventie, wat in feite ‘oneigenlijk smartengeld’³⁷ heet. Het gebruik hiervan kan heel legitiem zijn als je de volgende factoren meeweegt: Verburg noemt het recht welke geschonden is, de mate waarin het slachtoffer in zijn zelfbeschikkingsrecht is getroffen, de kwetsbaarheid van het geschonden recht, het bestaan van andere handhavingsmiddelen, het voordeel van de inbreukmaker versus het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking en de positie van de benadeelde. Bij toepassing op een discriminatiecasus zou al ingevuld kunnen worden dat het geschonden recht, namelijk het recht op non-discriminatie, een zeer groot en belangrijk recht is. Verdedigbaar is eveneens dat de positie van de benadeelde kwetsbaar is. Bijvoorbeeld de situatie van een gediscrimineerde werknemer, die moet opboksen tegen de machtigere werkgever. Aan de andere kant heeft hij meerdere handhavingsmiddelen tot zijn beschikking, die de roep om rechtshandhaving via een vordering tot schadevergoeding weer doet verstillen. Verburg haalt ook een theoretische opvatting aan, die het oneigenlijke smartengeld toestaat. Het is een normatieve invulling van het vraagstuk. Als er niet per sé schade is geleden maar wel sprake is van persoonsaantasting, dan geeft dit recht op smartengeld.³⁸ In het bestuursrecht is een beroep op onrechtmatige daad ook mogelijk. In een zaak van een ambtenaar bij het ministerie van justitie tegen zijn werkgever kende de bestuursrechter naar redelijkheid en billijkheid € 23.000,- aan immateriële schadevergoeding toe.³⁹ Het onrechtmatig handelen in de vorm van niet optreden tegen de jarenlange discriminatie, het op ondeugdelijke gronden ontslaan en dit pas na meerdere procedures erkennen, leidde tot psychische schade.

³² Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62

³³ Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193

³⁴ Daarbij erkennende dat vele rechtswetenschappers zich gebogen hebben en zich nog steeds buigen over de problemen die dit onderwerp met zich meebrengt.

³⁵ Verburg, G.J.M. 2009, p2 en p90.

³⁶ Ambrus, M. 2011, p271.

³⁷ Verburg, G.J.M. 2009, p90.

³⁸ Idem, p91.

³⁹ Rb. Zwolle, 25 maart 2002, LJN AD9393.

Op basis van de Europeesrechtelijke eis dat een schadevergoeding wegens discriminatie afschrikkend moet zijn, kan hierbij ook rekening gehouden worden met gevallen waar alleen immateriële schade wordt geleden. Daar is ruimte voor wanneer de vergoeding dient ter bevrediging van het door eiser ondervonden geschonden rechtsgevoel.⁴⁰ Theoretisch: de hoogte wordt bepaald aan de hand van wat van de aansprakelijke partij aan opoffering mag worden verlangd, teneinde het gekwetste rechtsgevoel van het slachtoffer te bevredigen.⁴¹

Ambrus onderscheidt in haar proefschrift over de evaluatie van de Rasrichtlijn ook verschillende categorieën sancties.⁴² Zo bestaan er herstellende, straffende en preventieve sancties. Herstellende sancties kunnen worden onderverdeeld in restituerende en compenserende sancties. Het doel dat met de verschillende sancties kan worden beoogd, spreekt al uit het karakter van de betreffende sanctie. Een herstellende sanctie zou, hoewel de overtreding nooit meer ongedaan kan worden gemaakt, tot genoegdoening kunnen dienen en zien op het slachtoffer. Eerder werd genoemd dat dergelijk herstel 'oneigenlijk' is en meer een preventief doel nastreeft. Verheij merkt ten aanzien van de compensatiefunctie op dat de grens tussen compensatie en straf nauwelijks te trekken is.⁴³ Het gaat dan om gevallen waarin fysiek of psychisch letsel ontbreekt. De conclusie zou kunnen luiden dat vanuit straffen wegens persoonsaantasting ook een sterk preventieve werking uitgaat. Het is goed mogelijk dat een sanctie meerdere functies heeft. Een voorbeeld van een herstellende, compenserende sanctie blijkt uit een oude zaak waarbij de NS korting verleende, aan werknemers en hun partners op privéreizen buiten de Benelux. Ongehuwde partners werden uitgesloten wat discriminatie op grond van huwelijkse staat opleverde. De rechter legde een schadevergoeding op, die erop was gericht de betrokkenen in de positie te brengen die zij zouden hebben als geen ongelijke behandeling was opgetreden. De NS werd verplicht gratis reisbiljetten voor de partners aan te schaffen.⁴⁴

Straffende sancties zijn voornamelijk in het strafrecht te vinden. Een straf is gericht op de overtreder maar kan ook een preventieve functie hebben. Ambrus stelt dat strafmaatregelen geen dominerende rol mogen spelen op het 'palet van sancties'. Ze zouden meer als aanvullende maatregel bij herstelsancties moeten worden toegepast.⁴⁵ Ze kunnen wel adequaat zijn zoals het HvJ EU in de zaak Feryn heeft overwogen: *"De sancties kunnen in voorkomend geval, en indien dat passend lijkt in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie, daarin bestaan, dat de rechter of de bevoegde administratieve instantie de discriminatie vaststelt en daaraan voldoende bekendheid wordt gegeven, waarbij de kosten van de bekendmaking ten laste van de verweerder worden gelegd. De sancties kunnen ook daarin bestaan, dat de werkgever, volgens de regels van het nationale recht, wordt gelast om de vastgestelde discriminerende praktijk te beëindigen, waarbij in voorkomend geval een dwangsom wordt opgelegd. Voorts kunnen zij bestaan in de toekenning van schadevergoeding aan het orgaan dat de procedure heeft gevoerd."*⁴⁶ In deze zaak

40 Rb. Amsterdam 14 juli 1993, JAR 1993/190.

41 Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193.

42 Ambrus, M. 2011, p280 e.v. In wetenschappelijke literatuur wordt meer geschreven over hoe een sanctie te classificeren.

43 Verheij, A.J. 2002, p430.

44 Hof Amsterdam 2 oktober 1997, nr. 163/97 KG

45 Ambrus, M. 2011, p283.

46 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07 (Feryn) r.o. 39.

was geen aantoonbaar persoon slachtoffer geworden van het discriminerende selectiebeleid. De veroordeling van de Belgische rechter tot publicatie van het vonnis en de schadevergoedingsveroordeling van ruim € 10.000,- aan de partij, die de zaak aanspande, kunnen wel als preventief worden beschouwd. Tegenwoordig speelt de benadeelde een steeds belangrijker rol in een strafzaak. In de paragraaf 1.2.1.2 wordt op de strafrechtelijke rechtsgang dieper ingegaan.

Ter afsluiting van deze paragraaf de opmerking dat regelmatig wordt gepleit voor een forfaitaire sanctie op discriminatie, bijvoorbeeld bij het op grond van discriminatoire redenen afgewezen worden voor een baan. Omdat het bereiken van een sanctie middels onrechtmatige daad moeilijk zou zijn, dient in de wet een gefixeerde minimumvergoeding te worden opgenomen.⁴⁷

§1.2.2.1.3 Bewijs

Een vaak gehoorde opmerking, sprekende over een discriminatieprocedure, is dat het feitelijk aantonen van de discriminatie een lastige zaak is. Is dat werkelijk zo? In het burgerlijk recht geldt het beginsel 'wie stelt, moet bewijzen', wat overigens een niet geheel correcte weergave van de regel is. Het betekent zoveel als dat degene die stelt onrechtmatig behandeld te zijn, hiervoor de bewijslast draagt en daarom met feiten moet komen om deze stelling te staven. Art. 150 Rv bepaalt: *"De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit."* Indien deze regel zo hard zou gelden bij discriminatiegevallen wordt het inderdaad lastig omdat discriminatie zich vaak moeilijk aan laat tonen. Vaak spelen er gevoelens en vermoedens van discriminatie, soms worden er één op één mondelinge discriminatoire uitingen gedaan maar een wettig bewijsmiddel wordt zelden meegeleverd. De eerder aangehaalde zaak Fereyn, waarbij de uitingen op televisie werden gedaan en daarmee een groot publiek bereikten, vormt een spraakmakende uitzondering.⁴⁸ In arrest Brunnhofer erkende het HvJ EU dat de bewijslast kan worden verlegd indien dat noodzakelijk is om de kennelijk gediscrimineerde werknemer niet elk doeltreffend middel te ontnemen.⁴⁹ In de gelijkebehandelingsrichtlijnen heeft de Europese wetgever het bewijsprobleem onderkent en de opdracht gegeven voor de implementatie van een afwijkend bewijsstelsel.⁵⁰ Lidstaten moeten in hun rechtstelsel maatregelen nemen om te zorgen dat wanneer iemand die zich ongelijk behandeld meent, voor de rechter of andere instantie slechts feiten hoeft aan te voeren, die discriminatie *kunnen doen vermoeden*. De verweerder draagt dan de last het tegendeel te bewijzen. Slaagt hij hier niet in dan wint het slachtoffer de zaak, zonder daarvoor bewijs te hebben moeten leveren. In de gelijkebehandelingswetgeving is de

⁴⁷ Slooten, J. van, 2009, p483.

⁴⁸ Publiekelijk gedane discriminerende uitspraken vormen een kenmerk in zaken waar met succes een schadevergoeding is binnengesleept. Vergelijk bijvoorbeeld de zaak van de afgewezen vrachtwagenchauffeur. Daar deed de overtreder uitspraken tegenover lokale media die als bewijs konden dienen.

⁴⁹ HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-3 81/99 (Brunnhofer).

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld de Bewijslastrichtlijn 97/80/EG en artikel 8 van de Rasrichtlijn 2000/43/EG.

bijzondere regel geïmplementeerd.⁵¹ Opgemerkt moet worden dat een verweerder alleen belast kan worden met het bewijs van positieve feiten. Hij hoeft niet de stelling te bewijzen dat bepaalde gebeurtenissen niet hebben plaatsgevonden. De bewijslast kan dus naar de verweerder verschuiven. In de praktijk is nodig dat de eiser, bijvoorbeeld een werknemer of vakbond, feiten aanvoert waaraan de rechter het vermoeden kan afleiden dat is gediscrimineerd. Enige motivatie van die stelling is wel nodig, enkel de uiting “mijn werkgever discrimineert mij al jaren” doet niet direct een vermoeden rijzen. Die motivatie geschiedt door middel van feiten en omstandigheden. Worden deze weersproken door de wederpartij dan moeten de feiten door de eiser worden bewezen. Vormen de aangedragen feiten bij de rechter het vermoeden dat is gediscrimineerd, dan dient de verweerder te bewijzen dat er niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.⁵² Deze gang van zaken wordt de verschuiving van de bewijslast genoemd en maakt het de gediscrimineerde gemakkelijker de procedure te voeren. In ieder geval zal het minder snel op het punt van de bewijsproblematiek vastlopen. Dat het in de praktijk nog niet altijd zo gaat, blijkt uit een zaak waarin een werknemer zijn vordering tot schadevergoeding onder meer onderbouwt met de stelling dat hij gediscrimineerd werd.⁵³ Omdat deze stelling betwist wordt door de werkgever, dient de werknemer met meer feiten te komen, hetgeen hij nalaat. Het slachtoffer was bejegend met de onder meer door getuigen gestelde en tussen 2001 en 2003 meermalen gedane uitspraken als “*stomme Koerd, (...) ga maar terug waar vandaan komt, wat doe je hier*” en “*Jaap gele aap gore turk-koerd*”.⁵⁴ Het hof, dat overigens spreekt van een ‘omkering’ in plaats van verschuiving van de bewijslast en van een ‘uitzondering op de hoofdregel’, zag daarom geen reden om de werkgever op te dragen te bewijzen dat hij niet discriminerend heeft gehandeld. De Hoge Raad stelde zich vervolgens zeer kritisch op ten opzichte van dit passeren van bewijsaanbod en oordeelde dat de zaak over moest.⁵⁵ Er was door het Hof met betrekking tot het bewijs namelijk een te zware eis gesteld aan het slachtoffer door te oordelen dat de feiten en omstandigheden onvoldoende concreet waren.

Ook als de CGB geoordeeld heeft dat er verboden onderscheid is gemaakt, vormt dit op zichzelf onvoldoende aanleiding de bewijslast te verschuiven.⁵⁶ In een andere zaak past de rechtbank en later het hof de hierboven beschreven bewijsregel haarfijn toe.⁵⁷ De werkgever slaagde erin bewijs te leveren dat niet in strijd met gelijkebehandelingswetgeving gehandeld was.

Leenders stelt in zijn proefschrift dat de lijdelijkheid van de rechter in een civiele procedure principieel een bezwaar vormt omdat het non-discriminatierecht een fundamentele norm is met een openbaar karakter.⁵⁸ Dit hoeft in de praktijk niet al te grote knelpunten op te leveren door de mogelijkheden, die het burgerlijke procesrecht met betrekking tot bewijslevering biedt. De rechter en de eiser moeten dan wel maximaal gebruik maken van die

⁵¹ Bijvoorbeeld art. 10 AWGB.

⁵² Kamerstukken II 1999/00, 27 026, r. 3, p. 7 en Lousberg, L. 2007, p101.

⁵³ Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, LJN BQ4470 r.o. 4.3.3.

⁵⁴ Hof Amsterdam, 29 mei 2008, LJN BD8720, r.o. 4.4, Jar 2008, 219.

⁵⁵ HR 27 mei 2011, 10/02358, LJN: BP9991

⁵⁶ Hof Amsterdam, 29 mei 2008, LJN BD8720, r.o. 4.4, Jar 2008, 219.

⁵⁷ Hof Amsterdam, 15 juni 2010, LJN BO1111.

⁵⁸ Leenders, p26, Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid, 1997.

mogelijkheden tot bewijsvergaring en het vraagt een wat actievere opstelling van de rechter.⁵⁹ Hij mag daarbij een voorbeeld nemen aan de werkwijze van de CGB.

Hoewel verderop in dit hoofdstuk de strafrechtelijke mogelijkheden nog worden verkend, merkt Leenders op dat van het strafrechtelijk bewijsrecht geen al te grote bijdrage verwacht kan worden ten aanzien van de bewijsproblematiek bij discriminatie, door bijvoorbeeld het zwijgrecht en de onschuldpresumptie.⁶⁰

Naast de beschreven regel over de bewijslastverschuiving kan de rechter ingevolge art. 150 Rv een andere verdeling van de bewijslast aannemen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Volgens Leenders is dat nog niet vaak gebeurd.⁶¹ Dat wijst op terughoudendheid van de rechter in deze. De regeling inzake de verdeling van de bewijslast geldt ook voor groepsacties als bedoeld in art. 3:305a BW en art. 1:2 lid 3 van de Awb (art. 10 AWGB).

§1.2.2.2 De strafrechtelijke route

Een mogelijkheid, die voor de hand ligt in het geval iemand zich gediscrimineerd acht, is de weg van het strafrecht. Een procedure start meestal met het doen van aangifte bij de politie en daarmee wordt meteen de zaak als het ware overgelaten aan de autoriteiten.⁶² De politie vergaart bewijs door middel van bijvoorbeeld het horen van getuigen en het OM brengt middels de officier van justitie de zaak aan bij de strafrechter.

Voor een gang naar de rechter geldt in het algemeen dat dit een 'ultimum remedium' is. Dit geldt ook voor het strafrecht stelt Terlouw.⁶³ Eerst dienen andere middelen te worden beproefd. Hoewel het met juridische procedures onbekende slachtoffer mogelijk denkt dat 'het recht zal zegevieren', zal hij leren dat ook bij een voor hem gunstige uitspraak de procedure waarschijnlijk weinig genoeg schenkt. In deze paragraaf wordt ingegaan op de voor- en nadelen van deze juridische route en hoe het zich verhoudt tot de onrechtmatige daad uit het burgerlijk recht.

§1.2.2.2.1 De wet

In het Wetboek van Strafrecht zijn een aantal antidiscriminatiebepalingen opgenomen. Art. 90quater WvSr geeft de strafrechtelijke definitie welke is overgenomen uit art. 1 IVUR. Art. 14 EVRM vormt ook een belangrijke (Europese) basis voor de strafrechtelijke aanpak van discriminatie. Art. 137c WvSr en verder zien op discriminerende belediging, het aanzetten tot discriminatie, haat en geweld, het anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving verspreiden van discriminatoire uitlatingen en de verlening van steun aan discriminatoire activiteiten. Art. 137g en 429quater WvSr zien op discriminatie gedaan in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf. Commune delicten kunnen naast bovengenoemde specifieke

⁵⁹ P159 en p342.

⁶⁰ Leenders, M.A.J. 1997, p50.

⁶¹ Idem, p20.

⁶² Zo is het gegaan met de zaak Wilders. De aangevers waren in dit geval belangenorganisaties. Wilders staat terecht voor discriminerende belediging en aanzetten tot discriminatie of haat.

⁶³ Terlouw, A. 2010, p180.

discriminatiedelicten ook een discriminatoir karakter hebben. Bij dergelijke delicten wordt de strafeis met een kwart verhoogd omdat discriminatie dan geldt als een strafverzwarende omstandigheid.⁶⁴ Onlangs is tot de mogelijkheid van verdubbeling van de strafeis voor de openbaar aanklager besloten, bij ingrijpende delicten met een discriminatoire achtergrond.⁶⁵

§1.2.2.2.2 Aanwijzing discriminatie

Het Openbaar Ministerie hanteert een richtlijn om de bestrijding van discriminatie extra te ondersteunen. De door het college van procureurs-generaal uitgevaardigde aanwijzing stelt regels omtrent de opsporing en vervolging in discriminatiegerelateerde zaken. Onder meer wordt de samenwerking tussen het OM, het lokaal bestuur, de politie en de antidiscrimatievoorzieningen behandeld. Ook wordt ingegaan op de afhandeling van aangiften en meldingen en de benadering van aangevers of benadeelden. De hoofdregel aangaande de vervolging is, dat bij zaken waar discriminatie speelt altijd wordt overgaan tot een strafrechtelijke reactie, zoals het uitbrengen van een dagvaarding of het doen van een transactievoorstel. Wel hanteert het OM, ook ten aanzien van discriminatie, het opportuniteitsbeginsel. Volgens de Aanwijzing is de opportuniteit op voorhand aanwezig, maar toch houdt het een slag om de arm zodat het OM zichzelf vrij acht in de vervolgingsbeslissing.

§1.2.2.2.3 Opportuniteitsbeginsel

Het hierboven genoemde opportuniteitsbeginsel kan een struikelblok vormen tussen het moment van discriminatie en de beoordeling daarvan door een rechter. Blijkens de Aanwijzing moet door de openbaar aanklager met terughoudendheid van de mogelijkheid tot sepot gebruik worden gemaakt. Bij gebrek aan bewijs of bij niet-strafbaarheid van het feit kan het OM besluiten de zaak te seponeren.⁶⁶ In geval van sepot kan de aangever via de zogeheten art. 12 Sv-klachtprocedure zich tot het gerechtshof wenden. Het gerechtshof kan dan beslissen dat het OM toch dient te vervolgen.⁶⁷ De zaak tegen Wilders leert dat niet alleen een gebrek aan bewijs of niet-strafbaarheid van de feiten invloed hebben op de vervolgingsbeslissing. Ook andere grondrechten zoals bijvoorbeeld het recht van vrije meningsuiting – een recht dat regelmatig schuurt aan het non-discriminatierecht – of gevoelige politieke kwesties kunnen een rol spelen.

⁶⁴ Aanwijzing discriminatie (geldend van 1 december 2007 tot 30 november 2011).

⁶⁵ Openbaar Ministerie, Jaarberichten online 2010. (<http://www.jaarberichtom.nl/jaarverslag-2010/crimvorm.disc/aDU1047_Blijvende-aandacht-voor-discriminatie.aspx>) geraadpleegd op 10 juni 2011.

⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 18 oktober 2007, LJN BD6453: De opmerking van de medewerker van de fitnessschool "jij stinkt", was niet discriminerend bedoeld en hield geen verband met zijn afkomst.

⁶⁷ Hof Amsterdam, 21 januari 2009, LJN BH0496: "Volgens het hof is het haatzaaien in een democratische rechtsorde dermate ernstig dat een algemeen belang aanwezig is om in het maatschappelijk debat een duidelijke grens te trekken."

§1.2.2.2.4 Andere kenmerken van strafvervolgning

Als gezegd geeft een slachtoffer van discriminatie met het doen van aangifte de politie en later het OM de opdracht verder te gaan met de zaak. Hij geeft daarmee de zaak uit handen omdat hij zelf, behoudens het instellen van een vordering benadeelde partijen op grond van de Wet Terwee en enkele andere wetten, geen processtappen meer kan ondernemen, anders dan bij de burgerlijke rechter. Dat de staat optreedt als tegenpartij in plaats van het slachtoffer, kan als voordeel worden gezien. De procedure hoeft niet zelf gevoerd te worden. De eerste fase van de procedure na de aangifte is het opsporingsonderzoek waarin de politie probeert genoeg bewijs te verzamelen om de kans van succes zo groot mogelijk te maken. In het strafrecht gelden namelijk andere bewijsregels dan in het gelijkebehandelingsrecht of het civiele recht in het algemeen. Zo geldt bijvoorbeeld de regel inzake de verschuiving van de bewijslast niet.⁶⁸ Dit betekent dat voor veroordeling aan de volledige delictomschrijving moet zijn voldaan en dat het bewijs volgens de regels van het strafrecht wettig en overtuigend moet zijn. Ingevolge art. 342 WvSv geldt: één getuige is geen getuige. Dus naast de aangever is ook een tweede getuigenverklaring nodig, niet uitgaande van een bekende verdachte. Dit is anders dan de vrije bewijswaardering in het burgerlijk recht. In een strafzaak waarbij het slachtoffer door de uitbaatster de toegang tot het café werd ontzegd op grond van zijn afkomst, konden, meerdere getuigen over de rassendiscriminatie verklaren.⁶⁹ Op dezelfde grond werd hem geen toegangskaart voor een feest verkocht. De discriminatoire uitlatingen waren dan ook niet in het geniep gedaan. Het slachtoffer in de zaak van de op grond van geslacht afgewezen vrachtwagenchauffeur had, voordat zij naar de burgerlijke rechter stapte met het beroep op onrechtmatige daad, eerst van de CGB al gelijk gekregen.⁷⁰ De aangifte, die zij vervolgens deed, leidde tot een strafrechtelijke veroordeling bij de kantonrechter. Naast de aangifte bestond het bewijs uit de verklaring van haar man en de uitingen van de verdachte over het voorval in de media. Dat aan in de media gedane discriminatoire uitingen niet licht wordt voorbijgegaan hebben we al gezien in de zaak Fereyn.

§1.2.2.2.5 Sancties en voeging

Het strafrecht kent meerdere doeleinden.⁷¹ Primair richt het zich op handhaving van de wet, maar van oudsher wordt ook veel gewicht toegekend aan vergelding. Preventie, in de breedste zin, is een ander belangrijk doel van de strafwetgeving. De maximumsancties, die de bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht stellen op discriminatie, variëren van een geldboete van de tweede categorie (steun verlenen aan) of drie maanden gevangenisstraf tot een boete van de vierde categorie en twee jaren gevangenisstraf. Het richtsnoer uit de Aanwijzing hierbij nemende, dat ten aanzien van commune delicten met een discriminatoir karakter de strafeis met een kwart dient te worden verhoogd, of zelfs verdubbeld bij ingrijpende delicten, zou gesteld kunnen worden dat discriminatie serieus aangepakt wordt.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld art. 8 lid 3 Rasrichtlijn 2000/43/EG.

⁶⁹ Rb. 's-Hertogenbosch, 16 februari 2010, LJN BL3895.

⁷⁰ Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62, r.o. 1.6 en 4.2.

⁷¹ Bijv. Hullu, J. de, 2003, p5.

Art. 266 WvSr, dat eenvoudige belediging zonder discriminatoir element strafbaar stelt, bevat de bepaling dat hiervoor ten hoogste een boete van de tweede categorie en drie maanden gevangenisstraf kan worden opgelegd. De boetes die in bovengenoemd kader worden genoemd, komen niet ten goede aan het slachtoffer maar aan de staat. Dat is een nadeel van de strafrechtelijke optie bij de handhaving van het discriminatieverbod. Een recente zaak waar de 'dader' een voorwaardelijke geldboete van € 1.250,- kreeg opgelegd betrof een administratief medewerkster, werkzaam op de P&O-afdeling van Stationsfoodstore B.V. Deze onderneming exploiteert stationswinkels. Winkelmanagers van stationswinkel AH to go gaven de medewerkster de opdracht geen Marokkaanse sollicitanten meer door te sturen naar hun vestigingen. In het vonnis, waarin het belang van discriminatiebestrijding wordt onderstreept, komt de rechter tot een voorwaardelijke boete omdat haar geen steun is verleend vanuit het moederbedrijf. Zij moest zelf maar de winkelmanagers tevreden stellen. Tegenwoordig is reparatie – herstel in de oude toestand (voor zover mogelijk) of genoegdoening aan het slachtoffer – steeds gebruikelijker. De aangever heeft als slachtoffer meerdere mogelijkheden zich te voegen. Op basis van de Wet Terwee kan hij een vordering indienen die als zelfstandige straf opgelegd kan worden. Hier wordt dus een actie gevraagd van het slachtoffer, terwijl hij zich gedurende de rest van het proces niet anders dan passief kan opstellen. Uit het in 2007 gepubliceerde rapport Strafbare discriminatie⁷² blijkt dat tussen 2000 en 2005 op de ongeveer 160 dagvaardingen per jaar tussen de 93 en 118 veroordelingen zijn uitgesproken. In 40 procent van de gevallen werden boetes tot € 500,- opgelegd en in 40 procent van de gevallen gevangenisstraffen niet langer dan 30 dagen. Wel betreffen het vaak voorwaardelijke straffen en het kunnen ook zaken betreffen waarbij discriminatie wel als feit op de dagvaarding staat, maar waar vervolgens ter zitting vrijspraak voor wordt gevraagd.⁷³ Terlouw citeert uit het rapport *“de onderzoekers constateren een gebrek aan deskundigheid, zowel binnen de politie als binnen het OM met betrekking tot het erkennen van discriminatiecriminaliteit.”* De strafrechtelijke route, vanaf het moment van aangifte tot aan een veroordeling, is onderhevig aan een reeks van selectiemomenten waar het slachtoffer weinig invloed op heeft. Het besluit een aangifte in behandeling te nemen, een onderzoek te starten, te dagvaarden zijn enkele daarvan, waarbij steeds het risico bestaat dat de zaak gestopt wordt en derhalve de discriminatie niet wordt bestraft.

§1.2.2.3 De Commissie Gelijke Behandeling

De CGB speelt tegenwoordig in Nederland een zeer belangrijke, zo niet de belangrijkste, rol in het tegengaan van discriminatie. De belangrijkste kenmerken van dit orgaan zullen aan bod komen.

Het argument om een orgaan als de CGB in te stellen en te belasten met supervisie over de implementatie van de gelijkebehandelingsrichtlijnen is gebaseerd op verscheidene overwegingen. Het leek destijds wenselijk om een toegankelijke procedure te openen voor slachtoffers van discriminatie, zonder al te grote financiële of procedurele barrières. Ten tweede waren de problemen, die klagers in reguliere rechterlijke procedures tegenkwamen

⁷² Brants, C. c.s. 2007.

⁷³ Rb. Amsterdam, 12 november 2008, parketnummer 13/443694-07.

met betrekking tot bewijs, een goede reden om een onafhankelijk en actief onderzoekslichaam te creëren. Ook het complexe karakter van gelijkebehandelingsrecht tegen de achtergrond van de bestaande sociale ongelijkheid, vormde een argument voor een orgaan met gespecialiseerde expertise evenals de veronderstelling dat het rechters werk uit handen zou nemen.

De belangrijkste taak van de CGB is het onderzoeken en oordelen over de vraag of de gelijkebehandelingswetgeving is overtreden. Mensen, die menen gediscrimineerd te zijn kunnen middels een brief, zonder verdere vormvereisten, een oordeel verzoeken.⁷⁴ Een dergelijk oordeel is niet (juridisch) bindend. Ook kunnen vragen gesteld worden; daarin heeft de CGB een adviserende rol. Adviezen worden evenzo gegeven aan de wetgever, ministeries of maatschappelijke organisaties.⁷⁵ Daarnaast houdt de CGB zich bezig met onderzoek⁷⁶ en de niet onbelangrijke taak: het geven van voorlichting. De CGB brengt jaarlijks een oordelenbundel uit en vijfjaarlijks een evaluatie van gelijkebehandelingswetgeving. In het begin van het bestaan werd prioriteit gegeven aan de uitleg van wetten. Daarna werd meer de nadruk gelegd op het vergroten van de effectiviteit via een meer actief follow-up beleid bij zaken, bij adviserende activiteiten, trainingen en publiciteit.

§1.2.2.3.1 Follow-up

Het follow-up beleid van de CGB is een belangrijk middel om de effectiviteit van haar oordelen te meten. Zij gaan, na het geven van een oordeel, na wat er met de op basis van art. 13 lid 2 gedane aanbevelingen gebeurd is. Of er bijvoorbeeld structurele maatregelen zijn genomen om te voorkomen dat later nog eens in strijd met de wet wordt gehandeld of bijvoorbeeld individuele maatregelen jegens de verzoeker. Meestal wordt een beleidsaanpassing gemaakt.⁷⁷ Ook wordt dikwijls naar aanleiding van een oordeel voorlichting voor medewerkers georganiseerd.

Van de 96 oordelen, gevelde in de periode september 2009 tot en met augustus 2010, die in aanmerking kwamen voor follow-up, is van 90 gevallen het resultaat bekend.⁷⁸ In 26% van de gevallen werd naar aanleiding van het oordeel geen maatregel genomen, in de overige 74% dus wel. Dat is een behoorlijk percentage en het komt exact overeen met het gemiddelde over de periode 2005-2009.⁷⁹

Een treffend voorbeeld van een maatregel is de zaak van een oproepkracht, die als verpleegkundige bij een instelling in de geestelijke gezondheidszorg werkt.⁸⁰ Op een gegeven moment ontving hij geen eindejaarsuitkering meer terwijl hij feitelijk in deeltijd werkzaam was en zich met betrekking tot het recht op eindejaarsuitkering kon vergelijken

⁷⁴ Zie art. 12 AWGB. Ook belangenorganisaties, ondernemingsraden en andere rechtspersonen kunnen om een oordeel vragen.

⁷⁵ Bijvoorbeeld: CGB advies 2010/3: inzake concept-wetsvoorstel Integratiewet.

⁷⁶ CGB, 2011, Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij de algemene ziekenhuizen in Nederland, Onderzoek en oordeel.

⁷⁷ CGB 2011, Jaarverslag 2010, p42.

⁷⁸ Idem, p39.

⁷⁹ CGB, 2011, Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW, p33.

⁸⁰ CGB Oordeel 2009-106.

met collega's, die voltijds werkten. De CGB oordeelde dat er was verboden onderscheid op grond van arbeidsduur gemaakt en de werkgever besloot alsnog een eindejaarsuitkering van € 2.500,- uit te betalen. Eenzelfde bedrag werd in een schikking, bij wijze van schadevergoeding, toegekend aan een zwangere schoonmaakster.⁸¹ Haar derde tijdelijke contract werd niet verlengd nadat haar zwangerschap bekend werd. De werkgever kon niet aantonen dat om andere redenen dan haar zwangerschap het contract niet was verlengd. Lang niet altijd gaat het om geldelijke belangen. Het maken van excuses aan de verzoeker, aanpassing van toelatingsbeleid op scholen of aanpassing van kledingvoorschriften in het fitnesscentrum komen regelmatig voor. Een voorbeeld daarvan is het deurbeleid in de horeca. De CGB oordeelde dat indirect onderscheid gemaakt was op grond van ras toen een man met dreadlocks de toegang tot een discotheek werd ontzegd.⁸² Door de uitspraak werden de huisregels aangepast.

Bij de eerste twee voorbeelden is denkbaar dat het belang om een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen ontbreekt, nu er reeds een (schade)vergoeding is uitgekeerd. Hoewel de follow-up notitie over de geweigerde man niet vermeldt of diens geschonden recht(sgevoel) om niet gediscrimineerd te worden of de persoonsaantasting door de aanpassing van de huisregels voldoende is rechtgezet en ook niet duidelijk is of excuses aan hem zijn gemaakt, is de vraag lastig te beantwoorden of het raadzaam is verder te procederen teneinde een verklaring voor recht af te dwingen of wellicht publicatie van het vonnis. Aanpassing van de huisregels kunnen ook worden gezien als erkenning of als het principiële 'gelijk hebben' gekregen.

§1.2.2.3.2 Commissie versus de burgerlijke rechter

Ofschoon de CGB net als de burgerlijke rechter een oordeel kan vellen over de vraag of er sprake is van discriminatie, zijn er toch zeer wezenlijke verschillen aan te merken tussen de twee instanties. Genoemd is al het specialistische karakter van de (taken van de) CGB. Toetsing van verzoeken wordt alleen gedaan aan het gelijkebehandelingsrecht terwijl het toetsingskader van de rechter, die een vordering op grond van onrechtmatige daad moet beoordelen, het hele burgerlijk recht bestrijkt.⁸³ Zo kan in arbeidszaken getoetst worden aan art. 7:611 BW, het beginsel van goed werkgever- en werknemerschap. Ook de redelijkheid en billijkheid ex art. 3:12 BW kunnen er bij gehaald worden en de rechter kan een belangenafweging maken.

De rechter stelt zich lijdelijk op.⁸⁴ Hij zoekt naar de formele waarheid op basis van de feiten en omstandigheden, die de partijen aandragen.⁸⁵ Eerder zijn de moeilijkheden omtrent het bewijs in discriminatiezaken besproken en verderop zal nog de houding van de verzoeker besproken worden. Deze moeilijkheden zijn door de wetgever erkend en daarom heeft de CGB, ook wat betreft diens optreden in een geschil, een andere, meer actieve en onderzoekende houding. Geen lijdelijkheid dus. De AWGB zegt in art. 12: *“De Commissie kan*

⁸¹ CGB Oordeel 2010-31.

⁸² CGB Oordeel 2010-67.

⁸³ Asscher-Vonk, I.P. en Hendriks, A.C. 2005, p174.

⁸⁴ Leenders, M.A.J. p14.

⁸⁵ Art. 23 Rv: De rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht.

op schriftelijk verzoek onderzoeken of onderscheid is of wordt gemaakt (...) Voorts kan de Commissie uit eigen beweging onderzoeken of zodanig onderscheid stelselmatig wordt gemaakt..." Art. 19 AWGB bevat ook een actieve bevoegdheid, namelijk dat alle inlichtingen en bescheiden door de CGB kunnen worden gevorderd, die voor de vervulling van haar taken redelijkerwijs nodig zijn. Behoudens in het geval dat het verschoningsrecht aan de orde is dient iedereen hier aan mee te werken. De burgerlijke rechter heeft wel enigszins, al dan niet indirecte, mogelijkheden tot actief optreden, bijvoorbeeld door middel van het stellen van vragen aan partijen of getuigen ex art. 179 Rv lid 2 en 3.

Al eens genoemd is het belangrijke verschil dat een oordeel van de burgerlijke rechter wel een executoriale titel geeft. Het oordeel kan, wanneer afgezien wordt van hoger beroep, dus immer afgedwongen worden. Oordelen van de CGB worden in de praktijk wel vaak opgevolgd. In de literatuur en door de CGB is wel gepleit voor een zwaardere status van de oordelen, tot dusver zonder resultaat.⁸⁶ Indien de rechter tot een andere slotsom komt, dient hij het oordeel wel in zijn motivatie mee te nemen.⁸⁷ In de praktijk wijkt de rechter vaak ver af van het eerdere oordeel.⁸⁸ De al genoemde reden van het bredere toetsingskader ligt hier onder meer aan ten grondslag. Ook het feit dat de burgerlijke rechter, na een procedure bij de CGB, een soort beroepsinstantie is vormt een verklaring voor het andersluidende oordeel.⁸⁹ Partijen krijgen de mogelijkheid de procedure opnieuw te voeren. Nieuwe feiten kunnen worden aangedragen en strategischer standpunten kunnen worden ingenomen. De CGB houdt in haar jaarlijkse oordelenbundel bij wat de resultaten zijn van verdere procedures. Opmerkelijk is dat in veel gevallen de rechter (soms deels, soms volledig) tot een ander oordeel komt inzake de discriminatie.⁹⁰

Art. 15 AWGB beschrijft de mogelijkheid voor de CGB om een gedraging voor te leggen aan de burgerlijke rechter. Gevorderd kan worden dat de gedraging onrechtmatig wordt verklaard en wordt gestopt. Tot nog toe is hier geen gebruik van gemaakt.⁹¹

§1.2.2.3.3 College voor de Rechten van de Mens

Op 19 april 2011 is door de Tweede Kamer het wetsvoorstel ter oprichting van het College voor de Rechten van de Mens aangenomen.⁹² Dit instituut zal eind 2011 het CGB en haar taken opnemen en bewaker worden van alle mensenrechten, in die zin dat hier voornamelijk advies over zal worden gegeven en onderzoek naar zal worden gedaan.

Het op te richten instituut zal geen uitgebreidere bevoegdheden krijgen, ten opzichte van de CGB, ter handhaving van het verbod van discriminatie, bijvoorbeeld door sancties toe te passen.

⁸⁶ Asscher – Vonk, I.P en Hendriks, A.C. 2005, p173.

⁸⁷ Art. 121 Gw zou hier als grondregel gelden.

⁸⁸ Ktr. Haarlem, 4 april 2011, LJN BQ0063 en Hof Amsterdam, 29 mei 2008, r.o. 4.4, LJN BD8720, Jar 2008, 219

⁸⁹ Ktr. Utrecht, 15 november 2008, LJN BG5158.

⁹⁰ CGB, Oordelenbundel 2009, p375.

⁹¹ Zie bijlage E, interview met De Groot.

⁹² CGB, nieuwsbericht: (<<http://cgb.nl/nieuws/bericht/1000000746/1000000746>>) geraadpleegd op 28 april 2011.

§1.2.3 Het slachtoffer

Tot nu toe zijn de regelgevende instanties de gediscrimineerde op een aantal terreinen tegemoet gekomen. Getracht is de bewijsregels minder stringent te maken, een rechtvaardigingsgrond sluit aansprakelijkheid niet uit en immateriële schade lijkt langzamerhand meer erkend te worden. Ook zijn er diverse toegangspoorten tot het recht benoemd, zoals strafrechtelijke aangifte en de procedure bij de CGB. De beurt is aan het slachtoffer. Wat is zijn rol bij de beantwoording van de onderzoeksvraag? Hij blijkt toch nog aardig wat drempels te kunnen ervaren. Wat komt hij tegen op de weg naar de civiele rechter met zijn beroep op onrechtmatige daad? Indien een beroep op de handhaving van het verbod op discriminatie wordt gedaan, is er doorgaans een aanwijsbaar slachtoffer. Deze persoon staat, met uitzondering van zijn positie in een strafproces, centraal in de procedure en het is aannemelijk dat met betrekking tot hem of haar een oorzaak is aan te wijzen bij het vraagstuk over het zeldzaam gedane beroep op onrechtmatige daad. Voor een succesvol beroep op het art. 6:162 BW zijn nogal wat hobbels te nemen.

§1.2.3.1 Kennis en assertiviteit

Het slachtoffer dient als eerste een stap te zetten in het proces en hij moet daarbij rekening houden met de verschillende factoren, die bij verschillende procedures komen kijken.⁹³ Het slachtoffer, ook wel belanghebbende of benadeelde geheten, moet een zekere mate van moed tonen om iets met zijn klacht te kunnen doen. Een goede eerste mogelijkheid is advies inwinnen. Het internet kan worden geconsulteerd en al snel zal hij zien dat hem een aantal adviseurs terzijde kunnen staan. Hij kan naar een ADB stappen, die zijn klacht kan behandelen,⁹⁴ of advies inwinnen bij het juridisch loket. Vaak is de discriminatie in de bejegening gelegen en kan het lijken op pesten of ongepast gedrag. Heeft het slachtoffer voldoende tegenwoordigheid van geest en ziet hij in dat een belangrijk recht mogelijk jegens hem is geschonden, dan vergemakkelijkt dit de stap om hulp in te schakelen. Terlouw stelt dat voor 'naming' er kennis van de feiten, de situatie en de context, nodig is.⁹⁵ Naast het kunnen benoemen van de discriminatie, is ook het zichzelf kunnen zien als slachtoffer een stap. Vaak behoort hij al tot een groep die zich maatschappelijk in een zwakkere positie bevindt en niet voldoet aan de dominante norm, een gelijkebehandelingsparadox. Terlouw legt uit dat dit hem plaatst *"in de onprettige positie dat hij of zij juist die aspecten moet benadrukken die geen verschil zouden mogen maken. Anders gezegd, de partij die ongelijke behandeling stelt, moet juist zijn identiteit beklemtonen, of stellen dat de verwerende partij hem die identiteit ten onrechte toeschrijft."*⁹⁶

Hulp is onontbeerlijk daar de wetgeving omtrent gelijke behandeling niet eenvoudig is. Van de gemiddelde burger mag worden verondersteld dat hij weinig tot geen kennis heeft van

⁹³ Ook vakorganisaties die als doel hebben de belangen van de door de gelijkebehandelingwetgeving beschermde personen te behartigen kunnen ingevolge art. 3:305a en 305b BW het initiatief nemen.

⁹⁴ Bijvoorbeeld Ieder1Gelijk – Bureau Gelijke Behandeling Gelderland-Zuid in Nijmegen

⁹⁵ Terlouw, A. 2010, p134.

⁹⁶ Idem.

wat precies volgens de wet wel en niet mag.⁹⁷ Dit geldt niet alleen ten aanzien van de gelijkebehandelingswetgeving maar ook voor het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat zo mogelijk nog complexer kan worden geacht.

§1.2.3.2 Geld

Mede om die reden is verplichte procesvertegenwoordiging in de vorm van bijstand van een advocaat in een onrechtmatige daadsprocedure verplicht.⁹⁸ Het is algemeen bekend dat advocaten niet goedkoop zijn, wat een drempel kan vormen voor de benadeelde in zijn wens om zijn vordering bij de burgerlijke rechter in te stellen. Slachtoffers, die onder een bepaalde inkomensgrens zitten, kunnen weliswaar een beroep doen op gefinancierde rechtsbijstand. Echter, met de verhoogde griffierechten en de bezuinigingen op deze bijstand blijken de kosten een belemmerende factor te zijn in de overweging de onrechtmatige daadsroute te kiezen.

Terlouw stelt in een liber amicorum dat geld in het algemeen een belangrijke rol speelt bij procederen.⁹⁹ De meest voorkomende situatie in een discriminatieprocedure is die van een individu tegenover een organisatie. Tussen deze twee bestaan grote verschillen, waaronder vaak de financiële potentie. Door de organisatie kunnen deskundigen of huisadvocaten worden ingeschakeld en voor het slachtoffer aantrekkelijke schikkingsvoorstellen kunnen zonder pijn worden gedaan. Deskundigen of vaste advocaten betalen, ligt meestal niet in het bereik van het individu en het doen van een schikkingsvoorstel is meer een soort afkopen dan erkennen dat men fout zat en het slachtoffer (er)kennen in zijn ongerief.

§1.2.3.3 Victimisatie

Met name in een afhankelijkheidsrelatie, bijvoorbeeld tussen werknemer en werkgever, kan angst een reden zijn bij een individueel slachtoffer van discriminatie om geen procedure tegen de werkgever te beginnen. Dit betreft dan vaak angst jegens de overtreder voor repercussies, al dan niet via slinkse zijwegen. Art. 8a AWGB stelt: *“Het is verboden personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op deze wet of ter zake bijstand hebben verleend.”* Zo is bijvoorbeeld ook benadeling naar aanleiding van een klacht over discriminatie ingesteld bij een interne klachtencommissie verboden. Zelfs degenen die het slachtoffer bijstand verlenen, zoals collega's, worden beschermd. Verder is benadeling op dergelijke gronden in de arbeidsfeer in strijd met het goed werkgeverschap.¹⁰⁰ Een

⁹⁷ Ruygrok en Kroes in het artikel Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB, welke wet onder meer tot doel heeft de toegankelijkheid van de wetgeving te vergroten: *“De gelijkebehandelingswetgeving in Nederland is in de loop der jaren een ingewikkeld bouwwerk, een dolhof, een labyrint van wetten en wetjes geworden. (...) De voorgestelde structuur is onoverzichtelijk en kan aanmerkelijk verbeterd worden.”* Ook Terlouw merkt in strafrechtelijk verband op dat onderzoekers naar afhandeling van discriminatiezaken via het strafrecht hebben geconstateerd, dat een belangrijk probleem bij politie en OM het gebrek kennis en kunde is.

⁹⁸ Art. 79 jo. art. 80 Rv.

⁹⁹ Terlouw, A. 2007, Equality of arms in procedures over materiële gelijkheid, p5.

¹⁰⁰ Asscher-Vonk, I.P. en Hendriks, A.C. 2005, P160.

regeringsnotitie vermeldt bovendien dat de ontslagen getuige een beroep kan doen op kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW.¹⁰¹ Uit cijfers van de CGB blijkt dat in de jaren 2004 tot en met 2006 van 132 verzoekers, die gevraagd waren naar hun victimisatie-ervaringen, tweederde meldde vormen van sociale en/of werkgerelateerde benadeling te hebben ervaren. Dit varieerde van milde vormen, zoals kritische opmerkingen over het klagen, tot ernstige vormen zoals ontslag.¹⁰² De CGB noemt dat de uitkomsten van het onderzoek de conclusie rechtvaardigt *“dat victimisatie een reëel en tamelijk omvangrijk probleem is.”*

De angst voor victimisatie kan in het proces de stap die Terlouw ‘blaming’ noemt vertragen.¹⁰³ In een langdurige relatie en hiërarchische verhouding bestaat bij het verantwoordelijk houden van iemand voor bepaald discriminerend gedrag, een aanzienlijk risico dat de situatie verslechtert met verloren promotiekansen, overplaatsing of zelfs ontslag tot gevolg. Tot slot bestaat de stap ‘claiming’ – waar dit onderzoeksverslag om draait: het starten van een procedure – wat bemoeilijkt wordt wanneer de afstand tussen de gediscrimineerde en de overtreder kleiner is. Ook hierbij kan victimisatie een rol spelen. In een zaak waarin een werknemers tijdelijke contract niet was verlengd, oordeelde de CGB dat er sprake was van victimisatie. Gevorderd werd verlenging van de arbeidsovereenkomst en een schadevergoeding. De rechter oordeelde dat dit met het beroep op art. 8a AWGB niet kon.¹⁰⁴ Ook was er op basis van de hernieuwde vaststelling van de feiten geen sprake van victimisatie, waardoor de gevorderde schadevergoeding werd afgewezen.

§1.3 Antwoorden uit de beroepspraktijk

Diverse juristen en deskundigen zijn met de problematiek, die naar voren is gekomen uit het theoretische deel in de vorige paragrafen omtrent sanctionering naar aanleiding van discriminatie, geconfronteerd en gevraagd naar hun zienswijzen. Dit leverde vaak bevestiging van de genoemde problematiek op maar soms ook nieuwe dilemma’s en inzichten.

§1.3.1 Onrechtmatige daad

De beroepspraktijk denkt over het algemeen dat in bepaalde gevallen de onrechtmatige daadsprocedure uitkomst kan bieden in het tegengaan van discriminatie. Daarmee is dus duidelijk niet gezegd dat alle gevallen in aanmerking komen. Een voorbeeld van een zaak die wel geschikt is voor een dergelijke proces is die van Advocaat Adema.¹⁰⁵ Hij heeft een cliënt met een situatie die heel helder is. De feiten zijn geheel bekend, het bewijs is voorhanden en duidelijk en er is een concrete vordering, namelijk die uit gemiste inkomsten.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, p17.

¹⁰² CGB, 2011, Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW, p33.

¹⁰³ Terlouw, A. 2010, p135.

¹⁰⁴ Ktr. Utrecht, 15 november 2008, LJN BG5158.

¹⁰⁵ Bijlage D, interview C met Adema.

Indien het relaas van Adema's cliënt op deze manier wordt voorgelegd aan de rechter, met inachtneming van alle formele vereisten, biedt dit niet de garantie dat de rechter tot een veroordeling zal komen. Advocaat Klaas¹⁰⁶ was nagenoeg overtuigd dat de rechter in kortgeding het oordeel van de CGB zou volgen en dat zijn vorderingen op grond van onrechtmatige daad, onder meer bestaande uit een symbolische schadevergoeding en een staking van het verbod om met hoofddoek in de klas te verschijnen, zouden worden toegewezen. Dit bleek niet het geval. De rechter erkende, anders dan de CGB deed, de vrijheid van de katholieke school om kledingvoorschriften te stellen. De CGB had eerder geoordeeld dat de school hieromtrent geen consistent beleid had gevoerd en derhalve verboden onderscheid maakte.

Prof. Holtmaat is van mening dat de complexiteit van de gelijkebehandelingswetgeving niet per sé een oorzaak hoeft te zijn om geen procedure op grond van onrechtmatige daad te beginnen.¹⁰⁷ Zij noemt als nadeel van een dergelijke procedure dat het slachtoffer wel meer op zichzelf wordt teruggeworpen. In vergelijking met de gang van zaken bij een CGB-procedure moeten in een civiele procedure de partijen zeer scherp opletten, strategieën uitzetten en acties ondernemen. Een actieve houding die nodig is om de procedure te winnen. De CGB heeft zelf gedurende een proces een actieve onderzoekshouding. Raadsheer Van Harinxma noemt dat discriminatie in een civiele procedure vaak een bijrol speelt en dat er meestentijds niet aan afzonderlijke beoordeling hiervan toegekomen wordt.¹⁰⁸ Dit kan te maken hebben met tijdsdruk maar doorgaans, als het een bijrol speelt, wordt er niet over geoordeeld omdat de eiser al in de hoofdvordering in het ongelijk wordt gesteld. De discriminatie mist dan zelfstandige betekenis.

§1.3.2 Schade en vergoeding bij onrechtmatige daad

Advocaat Adema wil in zijn zaak wel een immateriële schadevergoeding eisen maar hij stelt dat het lastig is een dergelijke vordering te onderbouwen. Ten tijde van het interview had hij zich hier nog geen concreet beeld over gevormd. Prof. Holtmaat stelt dat de mogelijkheid een concreet verbod of een concrete schadevergoeding kan worden gevraagd een voordeel is. Adema is het eens met de opvatting dat er op discriminatie in het algemeen, hoe klein deze in de uiting ook kan zijn, een sanctie moet staan. Hij filosofeert over de kleiner geworden kans op een baan van zijn cliënt, de hem ontnomen baan en de verloren arbeidsvreugde, sociale status, etc.

Prof. Holtmaat merkt tegelijkertijd op dat de schade bij de vaststelling ervan een probleem kan worden, maar dat in het algemeen de Nederlandse rechters niet erg scheutig zijn met het toekennen van zuiver immateriële schadevergoeding. Dat zit niet in onze cultuur. Indien daar vanuit de rechterlijke macht impulsen toe zou worden gegeven, met andere woorden dat immateriële schadevergoeding de norm gaat worden (met als mogelijkheid dat er hoge bedragen worden toegekend) dan dreigt een hellend vlak.

¹⁰⁶ Met advocaat Klaas is op 16 februari 2011 een gesprek gehouden over de zaak van zijn cliënte, die ook wel bekend staat als de Volendamse hoofddoekjeszaak: LJN: BQ0063 en CGB oordeel 2011-2.

Hiervan zijn geen voor verwerking vatbare aantekeningen gemaakt.

¹⁰⁷ Bijlage D interview G met Holtmaat.

¹⁰⁸ Bijlage D interview H met Van Harinxma.

Raadsheer Van Harinxma beaamt dat en wijst in verband met emotionele schade op het Jeffrey-arrest, waarbij is bepaald dat deze schade niet op zichzelf beschouwd een belang kan zijn. Het gaat in dat arrest nadrukkelijk niet om psychische schade. Een en ander staat wel lijnrecht tegenover de opvatting dat op elke discriminatie een vergoeding moet staan, ongeacht de aantoonbare schade. Ook Europadeskundige Ruygrok noemt de schadevergoedingscultuur in Nederland anders dan bijvoorbeeld de Amerikaanse.¹⁰⁹ De Groot (CGB) noemt dat gelijkeloozaken vooral in aanmerking komen voor een vordering uit onrechtmatige daad. Ook hij noemt dat het niet in de Nederlandse rechtscultuur past om Amerikaansachtige bedragen aan smartengeld toe te kennen. Kortom, Nederlandse juristen zijn voorzichtig in hun opvattingen over immateriële schade en de vergoeding die daarop zou passen. Dit geldt ook voor hen die de uitbanning van discriminatie tot een levenstaak gemaakt hebben. Toch wordt in de beroepspraktijk wel erkend, zoals ook in de literatuur wordt gesteld, dat zelfs op de kleinste en zachtste vorm van discriminatie, die strijd met de wet oplevert en daardoor het recht op gelijke behandeling schendt, een reactie zou moeten volgen.

§1.3.3 Bewijs in de civiele procedure

In een zaak als die van advocaat Adema is het bewijs helder. Dat er gediscrimineerd is staat zwart op wit. Prof. Holtmaat noemt dat discriminatie zich vaak uit in de bejegening en dat dit een van oorzaken is van de bewijsproblematiek. Getuigen hiervan zijn volgens haar moeilijk te porren om belastend te verklaren. Ze houden hun handen er vanaf, mogelijk uit angst voor victimisatie. Holtmaat stelt dat de regel van de bewijslastverschuiving niet uitdrukkelijk in gewone civiele procedures geldt. Eerder blijft: 'wie stelt moet bewijzen' gelden. De rechter heeft daarin vrijheid. Ook advocaat Den Heeten is niet overtuigd van de consequente toepassing van deze regel.¹¹⁰

De regel van de bewijslastverschuiving is volgens Commissiesecretaris De Groot een zegen. Het probleem daarmee is dat in civiele procedures, anders dan de CGB doet, de regel zelf geïnterpreteerd wordt door rechters en dat er een eigen draai aan wordt gegeven. In feite onderschrijft hij daarmee wat hierboven door Holtmaat en Den Heeten is opgemerkt. Ook hier geldt dus dat het met concreet bewijs evident makkelijker is om discriminatie aan te tonen en dat de regel van de bewijslastverschuiving wel wat verlichting brengt maar niet genoeg wanneer rechters hem hanteren.

Concluderend is de beroepspraktijk is wel enthousiast over de bewijslastverschuiving in zaken waar discriminatie speelt. Toch lijkt de regel nog niet goed 'geland' te zijn. Het is duidelijk dat de rechter de vrijheid neemt om partijen al dan niet met (een deel) van de bewijsopdracht op te zadelen.

¹⁰⁹ Bijlage D interview B met Ruygrok.

¹¹⁰ Bijlage D interview D met Den Heeten.

§1.3.4 De Commissie Gelijke Behandeling

Advocaat Den Heeten noemt de CGB een orgaan dat haar taak serieus neemt en grondig te werk gaat. In het geval van een cliënt zelfs zo voortvarend dat hij er aan te pas moest komen toen reeds een oordeel was gegeven en moest napleiten omdat het oordeel op onjuiste feiten was gebaseerd. Die voortvarendheid beoogde niet om tot het oordeel 'verboden onderscheid' te komen maar kenmerkt wel enigszins de gang van zaken.

De Groot (CGB) stelt dat het de mensen meestal niet te doen is om geld. Erkenning door gelijk te krijgen is belangrijk. Een mens wil in zijn klacht gehoord worden en zijn verhaal kunnen doen. Dat kan in meerdere mate bij de CGB dan bij de rechter. De CGB heeft ook de gewoonte de beschuldigde met kritische vragen te bestoken waardoor het slachtoffer het gevoel kan krijgen dat hij niet alleen staat, terwijl de CGB wel onafhankelijk blijft. Raadsheer Van Harinxma merkt op dat schadevergoeding uit onrechtmatige daad ook een vorm van erkenning is. De Groot (CGB) stelt dat gebleken is dat een groot aantal aanbevelingen en suggesties uit de oordelen van de CGB worden opgevolgd. Het is dus effectief om naar de CGB te stappen.

Prof. Holtmaat stelt dat een procedure bij de CGB gelet op de moeilijkheid rond het bewijs meer kans op succes biedt dan de onrechtmatige daadsprocedure. De regel van de bewijslastverschuiving geldt niet uitdrukkelijk in gewone civiele procedures.

§1.3.5 Kennis juristen

Rechtshulpverleners ontberen kennis. Advocaat Den Heeten geeft aan dat in het algemeen over de uitgebreide en uitvoerige oordelen van de CGB gezegd kan worden dat het lijkt of zij soms doorschieten in hun taken. Met de nadruk op 'lijkt' omdat juristen buiten de CGB misschien wel achter lopen in hun opvattingen over gelijke behandeling en omdat de CGB juist de taak heeft ons hierin voor te gaan. Den Heeten licht toe dat het dan geen onwil van hemzelf of van juristen in het algemeen betreft maar dat de emancipatieweg, de weg die de Commissie bewandelt om het 'uitzonderlijk lijkende gewoon te laten zijn', wel tijd kost. Naast dus de gewone kennis van het recht en het gelijkebehandelingsrecht is ook een bepaalde verlichting en denkwijze over het onderwerp vereist. Die missen veel juristen nog. Zo stelt Den Heeten niet overtuigd te zijn van de regel met betrekking tot verschuiving van de bewijslast. Hij denkt dat bij een strikte interpretatie van deze regel te makkelijk misbruik zal worden gemaakt.

Ook raadsheer Van Harinxma is niet geheel op de hoogte van de regel. Wel dat er van de hoofdregel 'wie stelt moet bewijzen' door de rechter kan worden afgeweken, maar niet van deze specifieke regeling met betrekking tot discriminatie. Hij kan zich wel voorstellen wat de ratio achter de regeling is.

Volgens prof. Terlouw heeft de civiele rechter weinig specifieke kennis als het gaat om antidiscriminatiewet- en regelgeving en gelijke behandeling in het algemeen. Dat kan wel lastig zijn omdat de rechter een groter terrein heeft om aan te oordelen. Hij benadert een zaak wellicht niet met in zijn achterhoofd de vraag: 'is er gediscrimineerd?' maar hij zal eerder kijken of er al dan niet sprake is van een verbroken arbeidsrelatie, als het om arbeid gaat.

Of de complexiteit van de wet- en regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling een rol speelt acht Terlouw mogelijk. Zij denkt aan de verspreiding over de verschillende wetten. De regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn niet makkelijker.

§1.3.6 Houding en rol van het slachtoffer

De beroepspraktijk is het erover eens dat de houding van het slachtoffer een bepalende factor vormt in het verloop van een procedure verloopt. Advocaat Adema beschrijft zijn cliënt als strijdvaardig en bereid tot procederen. Het gaat hem niet zozeer om een vergoeding als wel om de verklaring voor recht, de erkenning dat hem onrecht is aangedaan. Dit vindt hij ook belangrijk voor de maatschappij, zijn medemensen die hetzelfde of erger doormaken. Prof. Holtmaat noemt als oorzaak van het feit dat er maar zeldzaam een beroep op onrechtmatige daad wordt gedaan, het gegeven dat een dergelijke actie een zeer assertieve opstelling eist van het slachtoffer ten opzichte van de dader. De meeste slachtoffers van discriminatie kruipen in hun schulp en zijn bang om de dader rechtstreeks aan te spreken. Dat moet wel, als je een actie uit onrechtmatige daad begint. Dat geldt overigens ook voor andere procedures, maar bij een CGB-procedure wordt hier meer rekening mee gehouden. Een vereiste is dat het slachtoffer zich ook daadwerkelijk als slachtoffer van discriminatie ziet. Veel mensen willen daar emotioneel en psychologisch niet aan.

Advocaat Den Heeten had ook eens, net als Adema heeft, een particuliere, strijdvaardige cliënt. Het positieve was dat de cliënt graag een proces wilde, was het niet voor hemzelf dan wel voor mogelijke slachtoffers na hem. Het probleem was dat het om gevoelens ging, iets waar juristen geen vordering mee kunnen onderbouwen.

Prof. Terlouw stelt dat de rol van het slachtoffer zeker bepalend is. Zij doelt op het feit dat het slachtoffer de gronden waarop hij gediscrimineerd is, en die er niet toe zouden moeten doen, vaak moet benadrukken in het geval van een procedure. Dat is niet per sé prettig. Ook victimisatie is een factor. De relational distance theorie verklaart dat hoe dichter het slachtoffer en de dader in een relatie tot elkaar staan, hoe lastiger het voor het slachtoffer wordt iets tegen het onrecht te doen.

Een beduidende factor in de overweging om te gaan procederen is de angst voor victimisatie. Dat is een gegeven dat bij elk mens speelt, erkennen vrijwel alle ondervraagden. Persoonlijke ervaringen hebben zij er niet mee, maar zij achten het fenomeen wel van betekenis in de keuze om te procederen.

Dit geldt ook voor de financiële kanten aan de zaak. Raadsheer Van Harinxma noemde het niet raadzaam om een procedure uit onrechtmatige daad te starten indien het puur om immateriële schade gaat. "Je komt er meestal bekocht van af", zowel het slachtoffer als de overtreder. Hij doelt daarmee op de advocaatkosten. Den Heeten noemde naast het gebrek aan bewijs in de situatie van zijn strijdvaardige cliënt, ook het feit dat deze net boven de inkomensgrens zat om in aanmerking te komen voor gefinancierde rechtsbijstand.

§1.4 Conclusie

De inleiding van dit hoofdstuk begon met een aantal hypothesen en veronderstellingen naar aanleiding van de vraag: Hoe komt het dat in geval van discriminatie nog maar weinig een

beroep op onrechtmatige daad wordt gedaan? Deze veronderstellingen waren niet opgeworpen als object van onderzoek, maar meer om de lezer inzicht te geven in welke aspecten van het vraagstuk zouden worden belicht. Het vraagstuk is zowel vanuit de literatuur en de jurisprudentie als vanuit juristen in het beroepenveld benaderd. De onrechtmatige daad en enkele aanverwante onderdelen zijn behandeld, alsook mogelijkheden via het strafrecht en de bijzondere positie van de Commissie Gelijke Behandeling. Daarnaast is nog gekeken naar de positie en de invloed van het slachtoffer als persoon in het geheel.

Discriminatie kan in rechte worden bestreden via vele wegen. Het bestuursrecht, dat niet in de hoofdstuk aan de orde is gekomen, biedt toegang voor ambtenaren die zich in hun arbeidssituatie gediscrimineerd voelen. Voor iedere andere werknemer, maar ook voor de persoon die zich buiten zijn werk om gediscrimineerd weet, staat de weg naar de strafrechter, de CGB en de burgerlijke rechter open. Bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht, uit de gelijkebehandelingwetgeving en het onrechtmatige daadsartikel maken aanpak van de schending van het discriminatieverbod mogelijk. Een specifiek geval, dat ook in dit verslag buiten beschouwing is gebleven, is een beroep op art. 6:74 BW: de wanprestatie. Hiermee kan men opkomen tegen de wederpartij, wanneer deze toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van een aangegane verbintenis.¹¹¹ Veel discriminatie speelt zich af op het terrein van de arbeid, ook binnen de arbeidsovereenkomst. Daarop is de gelijkebehandelingswetgeving (samen met enkele andere antidiscriminatiebepalingen in BW 7) in het leven geroepen. Er zijn niet veel gevallen bekend waarbij een beroep wordt gedaan op wanprestatie.

In deze conclusie wordt beschreven wat de factoren zijn, die invloed hebben op wat maakt dat een beroep wordt gedaan op onrechtmatige daad. Een positieve factor behelst een feit dat goed zou kunnen leiden tot een dergelijke procedure. Een negatieve factor geeft aan dat beter andere (juridische) wegen moeten worden bewandeld.

De situatie dat er voor de gediscrimineerde meerdere mogelijkheden zijn om 'recht te halen' is een negatieve indicatie.

Wordt gekozen voor de procedure op grond van onrechtmatige daad, dan is een positieve zaak dat, behoudens enkele wettelijke uitzonderingen, geen rechtvaardiging bestaat voor discriminatie. Hoe begrijpelijk ook het discriminatoir handelen soms kan zijn, de schending van het recht – wat grote gevolgen mee kan brengen – moet altijd zwaarder wegen. Het gegeven dat er weinig tot geen sancties zijn gesteld in de gelijke behandelingswetgeving is een positieve indicatie voor de onrechtmatige daadsprocedure. Met deze procedure kan uitdrukkelijk wel een sanctie, in velerlei vormen, worden bereikt. Ook het feit dat de CGB geen bindende oordelen kan opleggen draagt hieraan bij omdat die oordelen niet nageleefd hoeven te worden.

Sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Als het gaat om een vordering tot geldelijke vergoeding van geleden schade gaat, wat vaak het geval is bij het beroep op

¹¹¹ Bijvoorbeeld doordat een werkgever een werknemer zou discrimineren, wat strijd met de wet en dus een tekortkoming oplevert, zou kunnen worden geconcludeerd dat de werkgever in de nakoming van de verbintenis uit die arbeidsovereenkomst tekortschiet.

onrechtmatige daad, zit een daadwerkelijk knelpunt bij de bepaling van de schade. Het bepalen van de omvang van de schade is niet eenvoudig. Hoewel de opvatting 'discriminatie leidt tot schade', of afgezwakt, 'discriminatie verdient een reactie', over het algemeen wordt aanvaard, wordt dit nog niet altijd door de rechter toegepast. Amerikaanse toestanden als toekenningen van zeer hoge vergoedingen wegens immateriële schade passen niet binnen onze rechtscultuur. De ontwikkeling in de erkenning dat discriminatie schadeplichtig maakt is onderhevig aan vele (maatschappelijke) invloeden en maakt dat het proces traag vordert. Trager dan specialisten zouden willen.

Materiële schadevergoeding is wel gemakkelijker toe te wijzen dan immateriële schade, wanneer bijvoorbeeld een psycholoog de gevolgen van de discriminatie heeft beoordeeld. In ieder geval de kosten voor een dergelijk onderzoek zijn dan al op te voeren.

Een negatieve indicatie voor het beroep op onrechtmatige daad is dat er (nog) niet zoiets bestaat als een minimumsanctie. Een dergelijke sanctie kent vele voor- en nadelen. De veronderstelling dat de weg naar de burgerlijke rechter makkelijker wordt met de wetenschap dat, mits discriminatie is bewezen, een bepaald bedrag in zicht is, pleit voor het idee.

De uitgebreid besproken regel met betrekking tot de bewijslast vormt expliciet een positieve indicatie voor een procedure op onrechtmatige daad. De praktijk kent nog onvoldoende voorbeelden. Slechts de CGB hanteert de regel van de bewijslastverschuiving consequent. De burgerlijke rechter – die in zijn taken meerdere bewijsstelsels kent – meent nogal eens af te moeten wijken. Het burgerlijke recht biedt wel meer mogelijkheden om tot een meer materiële beoordeling te komen (anders dan de formele uitspraak waarbij louter wordt geoordeeld op wat partijen hebben aangevoerd). De rechter moet dan zijn lijdelijke rol wat laten varen.

Het strafrecht is besproken en ook in dit rechtsgebied wordt discriminatie bestreden, onder meer door strafbaarstelling, beleid en handelingsrichtlijnen. In zijn algemeenheid kan deze mogelijkheid als negatieve factor worden gezien, als concurrerend middel, voor het beroep op onrechtmatige daad. Specifieker is de aantrekkelijke beleidsregel dat de strafeis met een kwart wordt verhoogd wanneer commune delicten een discriminatoir karakter dragen. Een 'belangenbehartiger' in de vorm de politie en OM (ook al is diens rol strikt genomen onafhankelijk, ook voorhanden ontlastend bewijs moet worden aangebracht) kan bevredigend werken voor het slachtoffer en dus hem niet meer tot een onrechtmatige daadsprocedure doen bewegen. Hij kan zijn probleem 'over laten', eventueel nog een schadevergoeding meekrijgen door de voegingsmogelijkheid en de dader kan met afschrikkende sancties worden gestraft.

De zaak uit handen geven hoeft niet in alle gevallen gewenst te zijn, integendeel, slachtoffers willen regelmatig ook zelf de regie voeren over hun kwestie. Daarnaast spelen bewijsproblemen in het strafrecht door de striktere bewijsregels en de afwezigheid van de regel van de bewijslastverschuiving een belangrijke rol. Factoren die als positieve indicator voor een beroep op onrechtmatige daad kunnen worden beschouwd. Dit geldt ook voor de behoorlijke hoeveelheid sepots – graadmeter voor de effectiviteit van het doen van aangifte – en de reeks van selectie- en beslismomenten die zich in het strafrecht voordoen.

Het bestaan en de werkwijze van de CGB vormt een belangrijk antwoord op de hoofdvraag. Negatieve factoren voor het beroep op onrechtmatige daad die de CGB meebrengt, zijn de grote specialistische expertise van het orgaan, de laagdrempeligheid met betrekking tot de kosten en de procedurele aspecten en de effectiviteit van het middel. Ruim aan driekwart van haar juridisch niet-bindende oordelen en aanbevelingen wordt gehoor gegeven. De actieve behandelingswijze van het verzoek door de CGB maakt voor het slachtoffer vaak dat, ongeacht of tot het oordeel 'verboden onderscheid' gekomen wordt, hij zich erkend weet in zijn situatie; iets wat de burgerlijke rechter minder makkelijk kan bewerkstelligen. Daarnaast is het afwijken door de burgerlijke rechter van het CGB-oordeel en het summierlijk motiveren als contra-indicatie te kwalificeren.

Tot slot is de rol van het slachtoffer beschouwd, die met name door de beroepspraktijk als bepalend wordt gezien. Diens opstelling ten opzichte van zichzelf en de 'dader' is cruciaal voor het starten van de procedure. Hij moet zichzelf kunnen beschouwen als slachtoffer, erkennen dat hij een minderheid vormt die afwijkt en daar tegen op willen en durven komen, zijn rechten weten en de financiële middelen hebben om een dure, onzekere en mogelijk emotioneel zware procedure in te willen gaan. Ook moet hij angst voor victimisatie overwinnen. Hij hoeft hierin niet alleen te staan doordat bijvoorbeeld verschillende organisaties, zoals Ieder1Gelijk, en wettelijke bepalingen in het leven zijn geroepen hem hierin te steunen. Wel moet steeds iets van de bovenstaande kwaliteiten aanwezig zijn.

De opsomming van bovenstaande factoren en indicatoren is niet limitatief. Er zijn meer invloeden te bedenken en te onderzoeken die betrekking hebben op de oorzaak van het weinig gedane beroep op onrechtmatige daad inzake discriminatie. Met dit hoofdstuk is wel een beeld geschetst van belangrijkste oorzaken.

§2.1 Inleiding

De vraag hoe het beroep op onrechtmatige daad meer en beter benut kan worden vloeit rechtstreeks voort uit de hoofdvraag van dit onderzoek, behandeld in hoofdstuk 1. Een aantal knelpunten en drempels die een beroep op onrechtmatige daad in de weg staan en daarmee een deel van de oorzaken van de geringe jurisprudentie hierover vormt, is besproken. Voor deze knelpunten zal worden geprobeerd een oplossing te vinden opdat meer procedures op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangespannen. De gedachte hierachter vanuit Ieder1Gelijk is, dat uitspraken van de burgerlijke rechter de wettelijke en theoretische basis aanvullen. Regels worden zo toegepast en uitgelegd in verschillende situaties. Op die manier zou ook vanuit de rechterlijke macht een duidelijkere impuls worden afgegeven in het proces van terugdringing van discriminatie.

De basis van de vraag hoe het beroep op onrechtmatige daad kan worden bevorderd, komt voort uit de eerste onderzoeksvraag. De basis voor de beantwoording van de onderhavige vraag ligt dan ook in de gegeven antwoorden uit hoofdstuk 1. In de conclusie van dat hoofdstuk zijn positieve en negatieve factoren beschreven, die de keuze voor een procedure op grond van onrechtmatige daad beïnvloeden. Met name ten aanzien van de negatieve factoren zal worden geprobeerd om oplossingen aan te dragen.

Deze tweede onderzoeksvraag zal ook worden onderzocht aan de hand van de geschreven bronnen, zoals de literatuur, wetteksten en jurisprudentie. Daarnaast zal wederom de beroepspraktijk naar hun visie worden gevraagd.

§2.2 Antwoorden uit de literatuur, wet- en regelgeving en jurisprudentie

De literatuur beschrijft veelal de wet- en regelgeving en hoe deze in de praktijk worden toegepast. Er worden wel kritische noten gemaakt maar men is voorzichtig met het doen van aanbevelingen. Dit gebeurt meer in opiniestukken naar aanleiding van een diepgaand onderzoek en dan is dit meestal nog over een specifiek onderwerp. Wel worden regelmatig voorzichtige hints gegeven hoe knelpunten naar de mening van de auteur kunnen worden opgelost.

§2.2.1 Regels bewijslastverschuiving uniform toepassen

In hoofdstuk 1 zijn enkele facetten omtrent het bewijs ten aanzien van discriminatie in de civiele procedure besproken. Er is geconcludeerd dat de rechter in een procedure op grond van onrechtmatige daad, in tegenstelling tot de CGB, dikwijls een andere manier van het verdelen van de bewijslast aanwendt, dan de regel uit art. 10 AWGB stelt. In een recente zaak had het slachtoffer, die als gevolg van discriminatoire bejegening blijvende ernstige psychische klachten had opgelopen, door de procesrechtelijke strubbelingen behoorlijke

moeite moeten doen om de bewijshobbels in zijn proces te trotseren.¹¹² Nu is gebleken dat de bewijsregel, ook in andere zaken, met enige willekeur lijkt te worden toegepast en de angst voor toename van lichtzinnige procedures ten aanzien van discriminatie ongegrond is,¹¹³ kan, om het beroep op onrechtmatige daad te bevorderen, gepleit worden voor een meer uniforme toepassing ervan. Het is vanzelfsprekend dat geen enkele situatie hetzelfde is en dat iedere zaak om een eigen benadering vraagt. Een voorbeeld zou genomen kunnen worden aan de werkwijze van de CGB, die hierin consequenter is.¹¹⁴ Daarbij dient te worden opgemerkt dat de rechter een groter toetsingskader heeft en daarom meer factoren moet meewegen.

Ten aanzien van de bewijsvergaring is in hoofdstuk 1 vastgesteld dat de rol van de burgerlijke rechter lijdelijk is.¹¹⁵ De CGB heeft een actieve opstelling. Leenders heeft gesteld dat de lijdelijkheid van de rechter op zijn retour is, maar om de moeilijkheden omtrent het bewijs in discriminatiegevallen – en ook in (seksuele) intimidatiezaken – te ondervangen, zou de rechter maximaal van de processuele mogelijkheden gebruik moeten maken.¹¹⁶ Of dat gelet op de werkdruk van de Nederlandse rechter realistisch is valt nog te bezien.¹¹⁷

§2.2.2 Sancties opnemen

Behalve in het Wetboek van Strafrecht en de nietigheidsbepalingen, zijn geen sancties opgenomen in de gelijkebehandelings- en arbeidswetgeving over discriminatie. De wetgever heeft de mogelijkheid van het beroep op onrechtmatige daad voldoende geacht om discriminatie in rechte te bestrijden.¹¹⁸ Van den Berge pleit voor invoering van een gefixeerde vergoeding van bijvoorbeeld € 2000,- of één tot drie maandsalarissen in de AWGB, als minimumschadevergoeding op discriminatie in de sollicitatiefase.¹¹⁹ Haar lijkt paragraaf 5 van de AWGB, dat onder meer discriminatoir ontslaan verbiedt, de meest geëigende plek voor een dergelijke bepaling. Zij stelt dat dit de rechtszekerheid vergroot en dat het ook duidelijkheid schept. Het lijkt ook meer te beantwoorden aan de eisen van de richtlijnen en het HvJ EU inzake de sanctionering.

Een andere mogelijkheid is het opnemen van een algemene verplichting voor de rechter om in de gelijkebehandelingswetgeving een sanctie te stellen. Dit lijkt ook in overeenstemming met de richtlijnen te zijn, denkend aan art. 15 van Richtlijn 2000/43/EG. Als het genuanceerder bekeken wordt, is dat echter geen goed idee. Op dit moment bestaat het

¹¹² HR 27 mei 2011, LJN BP9991.

¹¹³ Dat dit zou gebeuren was een angst van een kamerfractie waarop de regering reageert in TK 2002/2003, 28770 nr. 5 blz. 33-34.

¹¹⁴ CGB, 2011. Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:464, blz. 28.

¹¹⁵ Leenders, M.A.J. p14.

¹¹⁶ Idem, p27.

¹¹⁷ NRC Handelsblad, 2010, Het recht en de kosten.

(<<http://weblogs.nrc.nl/commentaar/2010/09/16/het-recht-en-de-kosten/>>) geraadpleegd op 26 april 2011.

¹¹⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1.

¹¹⁹ Berge, van den T. (2007). Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase? SMA, juli/augustus 2007, p285.

wetsvoorstel van de Minister van Veiligheid en Justitie om minimumstraffen in te voeren in het Wetboek van Strafrecht.¹²⁰ Het gaat dan om zware delicten en de wens om recidive terug te dringen maar toch is er een parallel te trekken met delicten en onrechtmatig handelen in het algemeen en overtreding van het discriminatieverbod in het bijzonder. Dat minimumstraffen in andere landen al bestaan en de roep hierom in de verharde maatschappij, lijken argumenten voor dergelijke straffen te zijn. Toch zijn onderzoekers een andere mening toegedaan. Tak concludeert in een rapportage dat dit problemen met zich meebrengt: *“Voor zover er sprake is van onvrede bij (een deel van) het publiek over de straftoemeting, is het geenszins zeker dat die onvrede weggenomen wordt door de invoering van minimumstraffen. Harde minimumstraffen, zo laten Frankrijk en Engeland zien, kunnen in ieder geval tot grote problemen in het gevangeniswezen leiden, alsmede tot grote financiële lasten, zonder dat er uitzicht is op het terugdringen van criminaliteit en recidive.”*¹²¹

Ook uit een eerder onderzoek van Tak en Kalmthout bleek dat het Nederlandse wetboek niet is ingericht op het inpassen van strafminima.¹²² Een grote wetgevingsoperatie is dan nodig voor de regeling van strafverminderende en verlichtende omstandigheden, zoals in andere landen ook bestaat. Daarnaast worden grote gevolgen voor de strafvorderingsrichtlijnen van het OM en de motiveringsplicht van de rechter verwacht. Tak noemt in het latere rapport het een veel verleidelijker alternatief om in de wet een regeling van uitgangspunten en criteria voor de straftoemeting op te nemen.¹²³ Dit zou kunnen leiden tot grotere transparantie en betere controle door hogere rechters.

Nogmaals, het gaat hier niet over (het verbod op) discriminatie en de sanctionering daarvan maar het bovenstaande biedt wel een uitkijk op de onwenselijkheid van minimumsancties in het algemeen. In het specifieke geval dat Van den Berge noemt, lijkt het toelaatbaar en een goed afschrikkend middel. Ervaringen met de toepassing van dit voorstel zouden kunnen geëvalueerd worden en mogelijk wordt in de wetgeving daarna dan nog een specifieke minimumsanctie opgenomen. Dit is een geleidelijker invoering dan de plannen in het wetsvoorstel waar hierboven naar verwezen wordt.

Toch blijft het wringen met de opvatting dat op elke discriminatoire uiting of handeling een sanctie zou moeten staan.¹²⁴ Een enige oplossing om het belang van sancties te kunnen onderstrepen lijkt dan nog voorlichting om de kennis en de bewustwording over discriminatie en gelijke behandeling te vergroten. Hier wordt in de paragraaf ‘Kennis’ op ingegaan.

Ook bij de wetgever is het vraagstuk over sancties kort aan de orde geweest. De minister zegt daarover naar aanleiding van de eerste evaluatie van de AWGB door de CGB:

*“In de brief van 17 juni 1999 inzake claimcultuur (...) heeft de Minister van Justitie aangegeven dat in ons rechtsstelsel geen elementen moeten worden geïntroduceerd die de claimcultuur in sterke mate bevorderen. De Minister van Justitie noemde daarbij in het bijzonder «punitive damages». In het licht hiervan is onderzoek naar de toepassing van punitieve privaatrechtelijke sancties niet wenselijk.”*¹²⁵

Meer specifiek over de verbreking van de arbeidsovereenkomst: *“Artikel 7 Awgb verbiedt*

¹²⁰ Kamerstukken II, 2008/09, 31 938.

¹²¹ Tak, P.J.P. 2010, p45.

¹²² Tak, P.J.P. en Kalmthout, A.M. van, 2003.

¹²³ Tak, P.J.P. 2010, p45

¹²⁴ Zie §1.2.2.1.2 Schade en vergoeding.

¹²⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1 (Kabinetsstandpunt), p. 55.

onderscheid bij de beëindiging van overeenkomsten bij het aanbieden van goederen en diensten. Een discriminatoire beëindiging is – als strijdig met een dwingende wetsbepaling – vernietigbaar op grond van artikel 3:40 van het BW. Een andere sanctie is niet nodig.”¹²⁶

§2.2.3 Wetgeving structureren

De gelijkebehandelingswetgeving is verspreid over verschillende wetten. Ook in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn ten aanzien van de arbeid enkele bepalingen opgenomen. Dit komt de duidelijkheid niet ten goede.¹²⁷ Een wetsvoorstel is aangenomen om de wetten te integreren.¹²⁸ Op dit voorstel is al redelijk wat kritiek geuit, ook ten aanzien van de duidelijkheid.¹²⁹ Dit lijkt dus, positief bezien, een tussenstap naar een heldere integratiewet. Terlouw stelt dat *“er ook effectiviteitsproblemen zijn ten gevolge van de wetgeving zelf, zoals gebrek aan sancties en beperkingen in de toepasselijkheid en inroepbaarheid van de wet.”*¹³⁰

§2.2.4 Motiveringsplicht voor de burgerlijke rechter

De burgerlijke rechter heeft op grond van art. 121 Gw de plicht zijn oordeel te motiveren: *“Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.”* De wetgever acht deze bepaling voldoende, ook indien afgeweken wordt van oordelen van andere instanties waarin geschillen in een eerder stadium zijn beslecht.¹³¹ De minister noemt als voorbeeld de Nationale Ombudsman of het College bescherming persoonsgegevens. Dit doet hij in een antwoordbrief aan belangenorganisaties zoals onder meer het COC, E-Quality¹³² en het Clara Wichmann Instituut naar aanleiding van hun vragen ten gevolge van de eerste evaluatie van de AWGB.¹³³ In die evaluatie bepleit met name de CGB de invoering van een motiveringsplicht voor de burgerlijke rechter indien deze afwijkt van een oordeel van de CGB, zoals bijvoorbeeld bij oordelen van de Huurcommissie wordt gedaan. In het arrest Engers/Hoffman is bij conclusie nader op de materie ingegaan.¹³⁴ De procureur-generaal overwoog dat uit de parlementaire geschiedenis bij de AWGB naar voren komt, dat de rechter blijk moet geven van de overwegingen die maken dat hij het

¹²⁶ Idem, p51.

¹²⁷ Ruygrok, W. 2011, Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU Uitgevers / Special 3, januari 2011, p9.

¹²⁸ Zie concept-wetsvoorstel (<<http://www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb/document/184>>) geraadpleegd op 25 april 2011.)

¹²⁹ Onder meer: Ruygrok, W. 2011, Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU Uitgevers / Special 3, januari 2011.

¹³⁰ Terlouw, A. 2010, p12.

¹³¹ Eerder was een amendement ter opnemng van een motiveringsplicht al eens afgewezen, zie: Kamerstukken II 1992/93, 22 014, nr. 35.

¹³² Ferrier, J. 2001, Reactie evaluatie AWGB, (<<http://www.e-quality.nl/e-quality/pagina.asp?pagkey=42395>>) geraadpleegd op 20 mei 2011.

¹³³ Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1 (Kabinetstandpunt), p. 26.

¹³⁴ HR C98/191, 25 februari 2000, JAR 2000/83.

oordeel van de CGB niet deelt. De CGB wilde dat deze motiveringsplicht expliciet in de AWGB geregeld zou worden. De minister erkende dat, mede naar aanleiding van een externe evaluatie, het oordeel van de CGB en daarmee het orgaan, aan gezag inboet, omdat met name lagere rechters niet op het oordeel ingaan wanneer zij anders oordelen.¹³⁵ *“voor de wijze waarop de rechter omgaat met oordelen van de CGB de bekendheid in de rechtspraak met die oordelen van belang en de manier waarop de oordelen worden ingebracht in een gerechtelijke procedure.”*

De belangenorganisaties stellen dat de gang naar de rechter misschien niet gemaakt hoeft te worden als een motiveringsplicht wordt ingevoerd.

In de tweede evaluatie ‘Het verschil gemaakt’¹³⁶ bespreekt de CGB haar onderzoek en concludeert dat het toch niet zo slecht gesteld is met de motivering en de volgzzaamheid van haar oordelen: *“Hoewel sprake is van kleine aantallen blijkt uit de kwantitatieve analyse dat de rechter steeds meer gewicht toekent aan het CGB-oordeel. In 81% van de uitspraken zaken waarin de rechter toekomt aan het oordeel van de CGB, komt het oordeel expliciet in de motivering van de uitspraak aan de orde. De rechter volgt in 61% het oordeel van de CGB. Als rechterlijke uitspraken verschillen van het CGB-oordeel is dit vaak het gevolg van verschillen in de rechtsvragen, toetsingskaders en aangevoerde feiten verschillen. De verschillen komen slechts in een beperkt aantal gevallen voort uit een andere waardering van de feiten of een andere interpretatie van (internationaal) recht en jurisprudentie.”* De noodzaak tot opname van een motiveringsplicht lijkt dus niet heel groot (meer) te zijn. Toch is in een aantal gevallen niet ingegaan op het oordeel van de CGB. De CGB heeft echter toch haar stelling om een motiveringsplicht op te nemen ingetrokken.

§2.2.5 Voorlichting en kennis

In de literatuur heeft men sterk de neiging in te gaan op de specifieke wet- en regelgeving en de mogelijke tekortkomingen en hiaten hierin, al dan niet ondersteund door jurisprudentie. Over het kennisgehalte van bijvoorbeeld gelijkebehandelingsgerelateerde instanties zoals ADB’s, politie en OM of advocaten wordt minder uitvoerig gesproken. Een enkele keer wordt een onderzoek genoemd of een vermoeden geuit, waaruit blijkt dat hier nog een terrein te winnen valt. In hoofdstuk 1 is met de uitkomsten van de interviews gebleken dat dit ook zo is.¹³⁷

Bij de tweede evaluatie van de AWGB doet de CGB de aanbeveling aan de overheid meer voorlichting over gelijke behandeling te geven: *“Zondermeer is duidelijk dat de CGB (meer) effectief kan werken als (potentiële) slachtoffers, maar ook organisaties en bedrijven de CGB kennen en er zo min mogelijk barrières zijn om de CGB in te schakelen. Uit onderzoek blijkt dat in zijn algemeenheid de bekendheid van de CGB bij de burger de afgelopen jaren is toegenomen. Met dien verstande dat de burger de naam van ‘Commissie Gelijke Behandeling’ kent, maar niet precies weet waarvoor hij of zij bij de Commissie terecht kan. Ook een deel van de intermediaire organisaties en*

¹³⁵ Ktr. Haarlem, 4 april 2011, LJN BQ0063. Weliswaar wordt het oordeel van de CGB niet geheel weggelaten maar echt meegewogen wordt het ook niet.

¹³⁶ CGB, 2008, Het verschil gemaakt, Tweede evaluatie AWGB en werkzaamheden van de CGB 1994-2004.

¹³⁷ Zie hoofdstuk 1, paragraaf kennis en conclusie.

personen blijken dit niet altijd te weten."¹³⁸ Daarnaast benadrukt de CGB haar taak van voorlichting over gelijke behandeling in het algemeen. De CGB vindt dit het belangrijk omdat men door te beschikken over de kennis van de mechanismen, die tot discriminatie leiden, discriminatie niet hoeft plaats te vinden. Het is een beduidende vorm van preventie. Zoals eerder opgemerkt noemt Terlouw de kennisachterstand ten aanzien van discriminatie bij de politie en het OM.¹³⁹ In het kader van 'equality of arms' pleit zij ook voor goede voorlichting aan (potentiële) procespartijen, over gelijkebehandelingswetgeving maar daarnaast ook over de procedure bij de CGB.¹⁴⁰ Wanneer de 'arms' niet 'equal' zijn komt dit de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving niet ten goede. De oorzaken komen mede voort uit het gebrek aan kennis en informatie over de wet en de eisen die daaruit voortvloeien.¹⁴¹ Als het punt van de noodzaak van kennisvergroting en voorlichting hier al aan de orde is, bij de CGB die procedureregels, bewijslastregels en het juridisch karakter van de zitting tevoren aan partijen uitlegt, dan valt ook hier een lijn te trekken met andere procedures, zo ook die op grond van onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter. Art.1, kenniscentrum discriminatie Nederland – met voorlichting over discriminatie als belangrijk doel, uitte tijdens een workshop over sanctionering bij discriminatie het voornemen in 2010 een folder voor advocaten uit te brengen over dit onderwerp. Deze is er door interne organisatieveranderingen nog niet gekomen.¹⁴² Ook dit voornemen onderstreept de noodzaak van voorlichting en kennisdeling. Duidelijk mag zijn dat kennis van veel deelonderwerpen vereist is. Zo is er kennis nodig van de wetgeving en jurisprudentie, waaruit onder meer de huidige opvattingen van de maatschappij over het discriminatievraagstuk kunnen blijken, over de diverse instanties die gespecialiseerd zijn in het onderwerp en last but not least over de verscheidene rechterlijke procedures.

§2.2.6 Andere aandachtspunten¹⁴³

Terlouw benadrukt dat in een juridische procedure de relatie tussen partijen centraal moet staan en dat beide kanten van die relatie aan de orde moeten komen. Het mag niet alleen gaan om de identiteit van de partij, die zich slachtoffer voelt. Dat dit gebeurt wordt ook wel het 'dilemma of difference' genoemd en zorgt voor een beladen sfeer tijdens procedures. Ook noemt zij dat belangenbehartigers meer gebruik moeten maken van de mogelijkheid die de gelijkebehandelingswetgeving biedt om groepsacties te voeren. Dit kan onder meer op basis van art. 12, lid 2 sub e AWGB. De actie van Basta wordt daarbij als voorbeeld genoemd.¹⁴⁴ Terlouw noemt daarnaast de oplossing door actiever optreden in het streven naar ongelijkheidscompensatie wanneer de ongelijkheid tussen procespartijen groter is.

¹³⁸ CGB, 2008, Het verschil gemaakt, Tweede evaluatie AWGB en werkzaamheden van de CGB 1994-2004, p124 en 125.

¹³⁹ Terlouw, A. 2010, p181.

¹⁴⁰ Terlouw, A. 2007, p9.

¹⁴¹ Terlouw, A. 2010, p11.

¹⁴² Zo bleek desgevraagd tijdens het interview met Schiferli.

¹⁴³ Bij deze paragraaf is uitsluitend gebruik gemaakt van de oplossingen, die Terlouw in haar pleiten voor 'equality of arms' aandraagt, in het Liber Amicorum van prof. P. Boeles

¹⁴⁴ CGB 12 april 2007, oordeel 2007-60.

Bovendien zou de victimisatiebescherming onder de loep kunnen worden genomen. De CGB zou moeten onderzoeken of zij, onder dezelfde voorwaarden als die in het strafrecht gelden of op andere wijze, anoniem getuigen kan horen.

Bovenstaande mogelijkheden zijn geschetst in het kader van de CGB en haar taken. Dit neemt niet weg dat ze, mits succesvol bij de CGB, eventueel ook voor discriminatieprocedures bij de burgerlijke rechter kunnen worden voorgesteld.

§2.3 Antwoorden uit de beroepspraktijk

Ook de vraag hoe het beroep op onrechtmatige daad bevorderd kan worden is aan de beroepspraktijk voorgelegd.

§2.3.1 Minimumsanctie opnemen

Over het idee een minimumsanctie op te nemen in de gelijkebehandelingswetgeving om zo meer recht te doen aan de eis van afschrikwekkendheid en tegelijkertijd het beroep op onrechtmatige daad aantrekkelijker te maken zijn de ondervraagden niet heel enthousiast. Alleen beleidsadviseur Schiferli ziet een minimumsanctie voor een bepaalde overtreding zitten.¹⁴⁵ Zij doelt op het eerder aangehaalde artikel van Van den Berge over sanctionering bij discriminatoire selectie. In dat geval zou het kunnen. CGB-secretaris De Groot verwoordt de voorspelling van velen over wanneer er algemene (geldelijke) sancties worden gesteld op discriminatie: premiejagers en beroepsklagers zullen dan elke mogelijkheid aangrijpen een slaatje te slaan uit vermeende discriminatie. De werkdruk bij de rechterlijke macht zou enorm stijgen en het zou het echte discriminatieprobleem niet helpen. Het idee vindt derhalve weinig bijval.

§2.3.2 Juridisch bindende oordelen van de CGB

Wanneer een bepaald orgaan zich uitspreekt over geschillen tussen partijen in het algemeen of meer specifiek over de rechtsvraag of er al dan niet verboden onderscheid is gemaakt, dan rijst al snel de vraag wat de waarde is van een dergelijk oordeel. Is men verplicht dit oordeel na te leven? En zo niet, wat betekent dit dan voor de praktijk en zijn juridisch bindende oordelen wel wenselijk? Deze vragen zijn enigszins buiten het spectrum van het onderwerp van dit hoofdstuk gesteld. Toch zou, wanneer de CGB de bevoegdheid krijgt tot juridisch bindend oordelen, het van invloed kunnen zijn op de onrechtmatige daadsprocedures. Prof. Terlouw zegt dat, al was het alleen maar voor het gezag van de CGB, de bevoegdheid tot bindende oordelen al goed zou zijn.¹⁴⁶ Schiferli sluit zich hierbij aan. Europadeskundige Ruygrok stelt echter dat met het aannemen van het wetsvoorstel tot oprichting van het College voor de Rechten van de Mens deze wens voorlopig een gepasseerd station is.

¹⁴⁵ Bijlage D interview A met Schiferli.

¹⁴⁶ Bijlage D interview G met Terlouw.

§2.3.3 Voorlichting en kennis

Uit de interviews blijkt dat men zich over het algemeen voorzichtig uitlaat over het probleem van het tekort aan kennis. Toch is vastgesteld in hoofdstuk 1 dat kennis van gelijkebehandelingswetgeving onontbeerlijk is voor succesvolle procedures. Zowel bij degene die bijstand verleent, als bij de gediscrimineerde zelf. Daarnaast is voorlichting voor het algemeen publiek, de mensen en organisaties die nog niet direct met discriminatie te maken hebben, belangrijk.

Zo stelt Schiferli dat er nog altijd meer bekendheid moet worden gegeven aan het discriminatieprobleem. Dit moet via voorlichting en publiciteitscampagnes. Mensen denken eenvoudig en zij moeten zich bewust worden van de mechanismen. Terlouw denkt ook aan voorlichting.

Meer toegespitst op het beroep op onrechtmatige daad: Prof. Holtmaat meent dat de beste weg is, advocaten en mensen die bij Antidiscriminatievoorzieningen in de gemeenten werken van de mogelijkheid op de hoogte te stellen, door middel van een informatiecampagne, het voeren van een paar proefprocessen en daar dan, als ze succesvol zijn, veel ruchtbaarheid aan geven.¹⁴⁷

Hoe deze oplossing het beste bewerkstelligd kan worden, hangt met meerdere factoren samen. Financiële middelen en draagkracht vanuit de overheid zijn onmisbaar omdat bijvoorbeeld campagnes erg kostbaar zijn.

§2.3.4 Andere mogelijkheden

Over draagkracht gesproken: De Groot denkt dat er in de politiek weinig tot geen draagvlak is voor een vergroting van de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving, iets wat de CGB graag wil. Hij beaamt dat de onoverzichtelijkheid van de wetgeving een probleem is en dat deze beter gestructureerd zou kunnen worden.

De Groot denkt om een lang bestaand probleem fundamenteel aan te pakken een groep enthousiaste advocaten zou moeten ontstaan, die er lol in zien om zonder vergoeding het rechtsgebied gelijke behandeling voor een stuk in hun werk op te nemen. Met name in zwangerschap- en loondiscriminatiezaken valt succes te behalen. Ondanks dat dit oude discriminatieonderwerpen zijn, blijven ze actueel. Er valt nog steeds wat te bereiken.

Terlouw stelt dat de gelijkebehandelingsprocedures best gratis zouden mogen zijn maar raadsheer Van Harinxma stelt dat het systeem dan op zijn kop gezet wordt.¹⁴⁸ Holtmaat nuanceert en zegt dat vooral nu de regering de griffierechten verhoogt en bezuinigt op de rechtshulp, we verder van ons doel raken. Het zou al schelen als verhoogde griffierechten niet voor discriminatiegerelateerde procedures zou gelden.

Terlouw noemt naast kosteloze procedures ook de opties van een fonds dat rechtsbijstand vergoedt en de mogelijkheid tot anoniem klagen.¹⁴⁹ Net als Terlouw noemt Van Harinxma het meer benutten van de mogelijkheid tot het instellen van een groepsactie.

¹⁴⁷ Bijlage D interview F met Holtmaat.

¹⁴⁸ Bijlage D interview H met Van Harinxma.

¹⁴⁹ Zie ook de §2.2.5 en §2.3.3 over Voorlichting en kennisvergroting.

§2.4 Moeten we het beroep op onrechtmatige daad wel willen bevorderen?

De titel van deze paragraaf is een kritische wedervraag die de meeste geïnterviewden haast direct stelden op het moment dat zij werden gevraagd na te denken over hoe het beroep op onrechtmatige daad in geval van discriminatie te bevorderen. De vraag lijkt voort te komen uit de gemakkelijke gedachte dat “als onrechtmatige daad niet veel als rechtsmiddel wordt gebruikt, dan zal het wel niet nodig zijn of andere middelen zijn al afdoende.” De Groot en Terlouw zijn van mening dat het de mensen het in de meeste gevallen eigenlijk niet te doen is om geld maar om erkenning, gelijk krijgen en zich gehoord en gezien voelen. Ook eens het verhaal hebben kunnen doen en excuses krijgen, doen het slachtoffer in veel gevallen goed. De CGB kan de overtreder – vaak een grotere partij – in een procedure het vuur aan de schenen leggen, wat een gevoel van erkenning geeft voor het slachtoffer.

De Groot merkt verder op dat als het over discriminatie gaat een ‘volwassen gesprek’ hierover tussen de beschuldigde en het slachtoffer goed kan helpen. Wanneer partijen bij de CGB komen en hun advocaten komen mee, dan krijgt het al snel een juridisch karakter en graven partijen zich in. Dan wordt het probleem gejuridiseerd, iets wat bij een onrechtmatige daadsprocedure ook gebeurt. Soms weet men niet eens dat men verkeerd gehandeld heeft en ziet men na de procedure bij de CGB in, hoe het voor de ander geweest is.

Ook Holtmaat twijfelt of het wenselijk is om deze route te stimuleren. Zij gelooft meer in maatregelen of strategieën, die gericht zijn op het oplossen van de structurele oorzaken van discriminatie. Zoals het recente onderzoek van de CGB over beloning in ziekenhuizen en in het algemeen onderzoeken uit eigen beweging door de CGB. Dat legt een patroon bloot van ongelijke beloning en als de CGB met de belanghebbenden gaat praten over hoe dat op te lossen zou zijn, is dat effectiever dan dat iedereen die denkt dat hij/zij ongelijk beloont wordt individueel naar de rechter stapt, al dan niet op grond van onrechtmatige daad.

Van Harinxma zegt geen reclame te maken voor de rechtstaat als hij stelt dat procedures, zeker in discriminatiegevallen, gemakkelijk kunnen resulteren in een financieel debacle. Het is in veel gevallen beter geen procedure te starten. Erkenning, waar het vaak om gaat, kan wel met een vergoeding bereikt worden. Daarmee is schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad wel een geëigend middel om het doel van de richtlijn te bereiken.

Advocaat Den Heeten stelt zich ook de vraag. Hij vindt dat ‘naming and shaming’ erg belangrijk zijn in geval van het overtreding van de gelijkebehandelingswetgeving.

Publiceer vonnissen, laat rectificaties plaatsen. De uitbanning van discriminatie heeft tijd nodig en in het algemeen gesteld gaan de ontwikkelingen erg snel. Jurisprudentie draagt hier aan bij maar extra maatregelen als katalysator voor dit proces zijn niet noodzakelijk, aldus Den Heeten.

De mening van de geïnterviewden ten aanzien van de vraag van dit hoofdstuk zijn redelijk gelijk als het er om gaat dat er betere en effectievere mogelijkheden zijn om discriminatie te bestrijden en genoegdoening te bieden aan het slachtoffer dan het rechtsmiddel van de onrechtmatige daad. Er zijn een aantal mogelijkheden genoemd die sterk uiteen lopen. In de conclusie worden de meest voorgestelde en meest haalbare middelen genoemd.

§2.5 Conclusie

Gaandeweg de interviews bleek de vraag: “Hoe kan het gebruik van de procedure op grond van onrechtmatige daad bij discriminatie bevordert worden?” een gedachte bij de ondervraagden op te wekken die min of meer afwijzend stond tegenover bevordering van het gebruik van het rechtsmiddel naar aanleiding van een discriminatiesituatie. Daarom is de zijvraag gesteld: “Moeten we het rechtsmiddel eigenlijk wel willen bevorderen? En zo nee, waarom niet?” Dat leverde interessante antwoorden op die in de vorige paragraaf beschreven zijn. Bij het trekken van de conclusies is echter enkel uitgegaan van de hoofdvraag.

In hoofdstuk 1 werd de conclusie getrokken dat de andere (juridische) mogelijkheden voor de gediscrimineerde burger een oorzaak vormden voor het zeldzame beroep op onrechtmatige daad. Een onrealistische en weinig bevredigende oplossing, om de mogelijkheid van het beroep op onrechtmatige daad in geval van discriminatie te bevorderen, is het weghalen van één van deze mogelijkheden. In het vorige hoofdstuk is onder meer het strafrecht en de procedure bij de CGB belicht. Met name de CGB-procedure is in het leven geroepen om discriminatie juist beter bij de horens te kunnen vatten, dan dat mogelijk is in een civiele procedure. Het zou van weinig intelligentie getuigen om dit orgaan dan op te heffen teneinde slachtoffers naar de burgerlijke rechter te willen bewegen. Ook de moeilijkheden rondom sancties, als het ging om (im)materiële schadevergoeding, zijn genoemd als oorzaak. De literatuur en de beroepspraktijk stellen weinig oplossingen voor om dit ‘probleem’ te ondervangen.

Ter vergemakkelijking van het verkrijgen van een sanctie wordt soms wel gepleit voor het invoeren van een minimumsanctie op een bepaalde overtreding van de gelijkebehandelingswetgeving maar reeds in een verder verleden is door de wetgever om verscheidene redenen van dit voorstel afgezien. Een hint in de richting van de voorspelde ‘claimcultuur’ moet voldoende zijn. In een enkele situatie, die voorafgaand terdege is onderzocht – zoals bijvoorbeeld bij discriminatoire selectie, zou het opnemen van een sanctie zowel voor de onrechtmatige daadsprocedure als voor het discriminatieprobleem bevorderlijk kunnen zijn.

Een ‘losse’ oplossing is de CGB de bevoegdheid toekennen tot het geven van juridisch bindende oordelen. Dit zou echter alleen goed voor het gezag van haar oordelen zijn. Gezag dat dan wordt afgedwongen bij de betrokken partijen, maar ook wellicht bij een rechter of in de samenleving. In hoofdstuk 1 is gesteld dat het follow-up beleid goed functioneert met een effectiviteit van ruim 75%. Als alleen het gezagargument aangevoerd kan worden om de genoemde bevoegdheid te verkrijgen, is dit een wel erg summiere onderbouwing voor een ingrijpende wijziging in de huidige situatie. Een andere mogelijke activiteit, die wordt aangedragen ter bevordering van het beroep op onrechtmatige daad, is dat bevlogen (civiele) advocaten, bijvoorbeeld in het kader van ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ een deel van hun werkweek besteden aan kostenloze bijstand aan gediscrimineerden. Ook zou deze tijd kunnen worden besteed aan verdieping in het discriminatievraagstuk. Op dit moment sluit de hoeveelheid klachten die wordt gedaan bij ADB’s niet aan met het aantal rechtshulpverzoeken, getuige het summiere aantal civiele procedures.

Hèt antwoord op de vraag hoe het gebruik van onrechtmatige daad inzake discriminatie bevorderd kan worden is voorlichting en kennisdeling. Dit is een oplossing, die in de meeste gevallen niet direct effect sorteert, ook al is gebleken dat publiciteitscampagnes wel tot verhoging van het aantal klachtmeldingen kunnen leiden.¹⁵⁰ Voorlichting wordt door bijna alle ondervraagden in de beroepspraktijk genoemd als een zeer belangrijk middel ter preventie en bestrijding van discriminatie. Ook de literatuurbronnen noemen dit. Voorlichting en kennisverspreiding moet op alle denkbare vlakken geschieden. Ten aanzien van de onrechtmatige daadsprocedure en de bevordering van het gebruik hiervan, zouden rechters moeten worden voorgelicht over het discriminatieprobleem in Nederland. Specifieker over hoe zij de diverse regels en jurisprudentie omtrent discriminatie moeten interpreteren. Het zou bijvoorbeeld wenselijk zijn dat door de burgerlijke rechter de bewijslastrichtlijn en –regels worden bestudeerd alvorens zich te buigen over een discriminatiecasus. Dat de geïnterviewde raadsheer niet op de hoogte is van een de bijzondere regeling maakt niet dat dit voor alle rechters geldt. Maar door de vertroebeling van andere rechtsregels, die ook moeten worden betrokken en de jurisprudentie waaruit blijkt dat de bewijslast regelmatig geheel bij de gediscrimineerde ligt, rijst het vermoeden dat de kennis van de gelijkebehandelingswetgeving inzake de bewijsregels, niet optimaal is. Ook zou de rechter, in navolging van de CGB, als het gaat om discriminatie nog iets meer uit zijn ‘lijdelijke’ stoel kunnen kruipen om, middels de inzet van alle processuele middelen die hem zelf ter beschikking staan, actiever te toetsen of het mensenrecht al dan niet is geschonden. Daarbij moet hij oog hebben voor de vaak ongelijke positie in kracht tussen de partijen op hun weg naar ‘het recht’.

Twee andere opties die realistisch zijn te achten, mits er vanuit de wetgever welwillendheid wordt laten zien, is het ten aanzien van discriminatiegerelateerde zaken vasthouden aan de huidige tarieven aan griffierechten en het structureren van de gelijkebehandelingswetgeving. De Groot en Ruygrok noemen beiden dit laatste punt. Zij zien de onoverzichtelijkheid nu als een ‘sta-in-de-weg’ voor het goede begrip en het gemakkelijker procederen op basis van deze wetten. Terlouw, die pleit voor lagere proceskosten in discriminatiezaken, is van mening dat dit een belangrijke drempel vormt bij de ‘access to justice’.

¹⁵⁰ Art.1, Kerncijfers 2009, Landelijk overzicht van discriminatieklachten geregistreerd bij antidiscriminatiebureau's en meldpunten in Nederland, p14.

3 HEEFT DE NEDERLANDSE WETGEVER DE RICHTLIJNEN CORRECT GEIMPLEMENTEERD?

§3.1 Inleiding

Deze onderzoeksvraag komt voort uit het vermoeden dat de Nederlandse wetgever de antidiscriminatie-richtlijnen niet goed heeft geïmplementeerd. Dat vermoeden is ontstaan toen bleek, dat maar weinig gebruik werd gemaakt van de rechtsfiguur 'onrechtmatige daad', art. 6:162 BW. Dit is op het eerste gezicht namelijk de enige weg, die leidt tot de burgerlijke rechter, die een bindende sanctie in de vorm van een schadevergoeding kan opleggen.

In hoofdstuk 1 is naar oorzaken gezocht voor dit fenomeen en daarmee is dit vermoeden eenduidig bevestigd. Wel is in hoofdstuk 2 naar maatregelen gezocht, die het gebruik van de onrechtmatige daad kunnen bevorderen. Ook daar bleek niet overduidelijk uit dat de wetgever zijn werk nog eens over zou moeten doen, althans niet op het punt van de sanctioneringsmogelijkheden. Derhalve zal deze onderzoeksvraag kort worden behandeld.

§3.2 Antwoorden uit de literatuur

De wetgever heeft bij de implementatie aangegeven de bestaande rechtsmiddelen afdoende te vinden om de doelen van de richtlijnen te verwezenlijken: *“De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. (...) In Nederland wordt overtreding van het verbod van onderscheid voor een deel gesanctioneerd via specifieke bepalingen in de gelijke behandelingswetgeving. Voor het overige worden de rechtsgevolgen van rechtshandelingen die in strijd zijn met het verbod van onderscheid bepaald door het algemeen vermogensrecht, althans voorzover bijzondere regels, bijvoorbeeld op het terrein van het arbeidsovereenkomstenrecht niet van toepassing zijn. (...) Indien de werkgever aansprakelijk wordt geacht, is hij verplicht de schade te vergoeden. Het kan hierbij zowel gaan om vermogensschade als om immateriële schade. Voorts kan worden gedacht aan gebods- of verbodsacties. In niet-contractuele verhoudingen kan een beroep worden gedaan op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Tot slot is het onder omstandigheden mogelijk om een beroep te doen op het Wetboek van Strafrecht. Op basis van het bovenstaande is het kabinet van mening dat met de huidige wettelijke sanctiemogelijkheden aan de richtlijnen wordt voldaan.”*¹⁵¹

Uiteraard geeft de wetgever niet zonder meer toe dat zij haar werk niet goed heeft gedaan. Wat zeggen anderen? De Europese Commissie, die belast is met het toezicht op correcte implementatie, is zeer terughoudend met het in gebreke stellen van lidstaten. Dit is de methode die zij hanteren om lidstaten van hun onvrede over de wijze van implementatie te laten blijken. Op 31 januari 2008 is dat ten aanzien van Nederland gebeurd.¹⁵² Dit ging echter over de terminologie in de gelijkebehandelingwetgeving, met betrekking tot direct en indirect onderscheid, en over de bepaling van indirect onderscheid op grond naar leeftijd in

¹⁵¹ Implementatienotitie Richtlijn nr. 2000/43/EG (Rasrichtlijn) en Richtlijnen nr. 2000/78/EG (Kaderrichtlijn), Kamerstukken II 2001/02, 28 187, §11. Sancties.

¹⁵² Ingebrekestelling nr. 2006/2444.

de WGBL.¹⁵³ Belangrijke maar, in het kader van deze onderzoeksvraag, irrelevante materie. De EC is blijkbaar tevreden over het Nederlandse sanctioneringsstelsel.

Ambrus, die in haar proefschrift de handhavingsmechanismen van de Rasrichtlijn bespreekt en de effectiviteit daarvan onderzoekt, kijkt vooral naar de inhoud van de nationale mogelijkheden met betrekking tot de handhaving van het discriminatieverbod.¹⁵⁴ Ambrus stelt, dat rechters een belangrijke rol hebben, wanneer zij beslissen welke sanctie zij toepassen op de betreffende zaak. Zij moeten abstracte regels omzetten in concrete verplichtingen.

In Nederland wordt in het kader van de handhaving het meest gebruik gemaakt van de CGB, wiens juridisch niet-bindende oordelen kunnen worden gezien als preventieve sancties. In België daarentegen, kiest men vaker voor geldelijke compensatie, aldus Ambrus in haar vergelijking. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de juiste instrumenten voorhanden zijn in Nederland, maar dat voor de naleving van het doel de richtlijn ook een belangrijke rol is weggelegd voor de rechtsprekende.

Van den Berge noemt de vraag, of een immateriële schade als gevolg van discriminatoire selectie nu wel of niet moet worden bewezen voordat er een vergoeding kan worden toegekend, problematisch.¹⁵⁵ Dit heeft betrekking op het sanctievraagstuk, dat eerder is besproken in hoofdstuk 1. Van den Berge stelt dat, indien de opvatting is dat dit wel moet worden bewezen, de om discriminatoire redenen afgewezen sollicitanten geen recht op een vergoeding hebben. De werkgever heeft dan aannemelijk kunnen maken dat de kandidaat sowieso niet geschikt was voor de functie en toch gediscrimineerd.¹⁵⁶ Hier kan discriminatie onbestraft blijven omdat er geen sanctie op staat. Van den Berge acht dit in strijd met het Europese recht.

§3.3 Antwoorden uit de beroepspraktijk

De beroepspraktijk antwoordt dat er met betrekking tot sancties weinig tot geen hiaten in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving bestaan. In het algemeen stelt advocaat Den Heeten dat in grote lijn Nederland zeker heeft voldaan aan de eisen voortvloeiende uit de Europese richtlijnen met betrekking tot dit onderwerp.¹⁵⁷ Discriminatie en de bestrijding hiervan brengt door de aard van de zaken veel handhavingsproblemen met zich mee. Het gaat vaak over gevoelens en juridisch lastig te kwalificeren handelingen. Prof. Terlouw ziet überhaupt weinig in sancties.¹⁵⁸ Als er schade is geleden dan is deze vaak psychisch en onherstelbaar. Het beroep op onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter acht zij meer dan genoegd.

¹⁵³ CGB 2010, Oordelenbundel 2009, p5.

¹⁵⁴ Ambrus, M. 2011, p323.

¹⁵⁵ Berge, T. van den, 2007, p285.

¹⁵⁶ Zie voor voorbeelden bijlage D interview D met Den Heeten.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Bijlage D interview G met Terlouw.

Prof. Holtmaat gelooft meer in maatregelen of strategieën die gericht zijn op het oplossen van de structurele oorzaken van discriminatie.¹⁵⁹ Het systeem van de huidige wetgeving is zodanig dat het uiteindelijk weinig helpt om aan discriminatie echt een eind te maken. Zij erkent dat het een probleem is dat er maar weinig mensen gebruik van maken.

§3.4 Conclusie

De onderzoeksvraag of Nederland de Europese antidiscriminatie-richtlijnen op de juiste manier heeft geïmplementeerd, is een hele brede vraag. Welbeschouwd zou deze vraag een zelfstandig onderzoek rechtvaardigen.

Echter, de vraag valt onder dit onderzoek en zal dan ook hier moeten worden beantwoord.

De wetgever heeft destijds gesteld dat er, met onder meer art. 6:162 BW, voldoende sanctiemogelijkheden bestaan in de nationale gelijkebehandelingswetgeving. Door de Europese Commissie is niet over gebrekkige implementatie op dit punt geklaagd. Daarnaast blijkt ook niet uit de literatuur dat er onvoldoende mogelijkheden voor de burger zijn.

Er zijn wel aanwijzingen dat het gebruik van bijvoorbeeld het onrechtmatige daadsartikel effectiever kan. Ambrus onderstreept hierbij de rol van de rechter bij de toepassing van sancties in de geest van de Europese richtlijnen en jurisprudentie.

¹⁵⁹ Bijlage D interview F met Holtmaat.

DEEL III. DEFINITIEVE CONCLUSIES, SUGGESTIES EN BIJLAGEN

1 CONCLUSIES

§1.1 Het probleem en de oorzaken

Vastgesteld is dat de oorzaken van het 'probleem' niet eenduidig zijn. In de conclusie werd beschreven wat de factoren zijn, die invloed hebben op wat maakt dat een beroep wordt gedaan op onrechtmatige daad. Een positieve factor behelsde een feit dat goed zou kunnen leiden tot een dergelijke procedure. Een negatieve factor gaf aan dat beter andere (juridische) wegen moeten worden bewandeld. In deze definitieve conclusie worden – heel 'zwart-wit' - alleen de negatieve oorzaken opgesomd, die de directe antwoorden vormen op de hoofdvraag.

De situatie dat er voor de gediscrimineerde meerdere mogelijkheden zijn om 'recht te halen' is een negatieve indicatie. Naast de keuze voor het beroep op onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter is er bijvoorbeeld de keuze om bij de strafrechter of de CGB de discriminatie in rechte te bestrijden. Deze twee instanties zijn serieuze concurrenten gebleken. De redenen, die het aantrekkelijker maken om naar de CGB of via de politie naar de strafrechter te stappen, zijn uitvoerig behandeld in het eerste hoofdstuk.

Een knelpunt zit ook bij de bepaling van de materiële of immateriële schade. Met betrekking tot het laatste geldt een nuchtere rechtscultuur. Er worden nauwelijks spraakmakende of afschrikkende vergoedingen wegens immateriële schade door discriminatie toegekend. Met betrekking tot materiële schade geldt dat deze bewezen moet worden. Door geringe jurisprudentie hierover, als het gaat om discriminatie, is dit nog een relatief onbegaan pad.

Tot slot is de rol van het slachtoffer beschouwd, die met name door de beroepspraktijk als bepalend wordt gezien. Diens opstelling ten opzichte van zichzelf en de 'dader' is cruciaal voor het starten van de procedure. Hij moet onder meer sterk in zijn schoenen staan, geldelijke middelen hebben om het procesrisico te kunnen dragen en kennis hebben van zijn probleem. Hier gaat het in veel gevallen fout, in die zin dat wanneer één van de genoemde eigenschappen bij het slachtoffer niet aanwezig is, de weg naar 'het recht' al een stuk lastiger wordt.

De opsomming van bovenstaande factoren en indicatoren is uiteraard niet limitatief. Er zijn meer invloeden denkbaar en te onderzoeken die betrekking hebben op de oorzaak van het weinig gedane beroep op onrechtmatige daad inzake discriminatie. Met dit hoofdstuk is wel een beeld geschetst van belangrijkste oorzaken.

§1.2 Bevorderingsmaatregelen

Dan is de vraag gesteld: wat kan gedaan worden om het gebruik van onrechtmatige daad als rechtsmiddel te bevorderen? Meerdere mogelijkheden zijn besproken, maar vele daarvan zouden het om praktische redenen al niet halen. Kort gezegd ligt het antwoord op de bevorderingsvraag in het geven van voorlichting besloten. Slachtoffers, hun bijstand en de rechterlijke macht wijzen op de mogelijkheden, zou de greep naar het onrechtmatige daadsartikel als juridisch instrument tegen discriminatie, kunnen bespoedigen. Voorlichting werd door bijna alle ondervraagden in de beroepspraktijk genoemd als een zeer belangrijk middel ter preventie en bestrijding van discriminatie. Ook de literatuurbronnen noemen dit.

Twee andere opties die realistisch zijn te achten, mits er vanuit de wetgever welwillendheid wordt laten zien, is het ten aanzien van discriminatiegerelateerde zaken vasthouden aan de huidige tarieven aan griffierechten en het structureren van de gelijkebehandelingswetgeving. De Groot en Ruygrok noemen beiden dit laatste punt. Zij zien de onoverzichtelijkheid nu als een 'sta-in-de-weg' voor het goede begrip en het gemakkelijker procederen op basis van deze wetten. Terlouw, die pleit voor lagere proceskosten in discriminatiezaken, is van mening dat dit een belangrijke drempel vormt bij de 'access to justice'.

§1.3 Juiste implementatie van de Europese richtlijnen?

De onderzoeksvraag of Nederland de Europese antidiscriminatie-richtlijnen op de juiste manier heeft geïmplementeerd, is in dit onderzoek summier behandeld. Mede doordat hier weinig over geschreven is (alleen met betrekking tot specifieke en uitzonderlijke situaties zou de Nederlandse implementatie van de Europese richtlijnen met betrekking tot sancties problemen opleveren) en doordat de beroepspraktijk zich ook moeilijk erover kon uitlaten, was het vinden van een antwoord moeilijk.

Er is in dit onderzoek niet gebleken van gebrekkige implementatie van de richtlijnen. Wel zou het gebruik van het instrumentarium aan rechtsmiddelen geoptimaliseerd kunnen worden. Dit zou kunnen worden gedaan door hen die zaken aanhangig maken als door hen die de zaken moeten beoordelen.

2 SUGGESTIES VOOR NADER ONDERZOEK

Elk onderzoek levert antwoorden en elk antwoord levert vragen voor nieuw onderzoek. Ongetwijfeld zullen bij de lezer aanverwante ideeën en vragen zijn opgekomen, die goed eens nader belicht zouden kunnen worden. Dit gebeurde ook bij de onderzoeker, die daarom enkele suggesties wil doen. Het betreffen geen panklare onderzoeksvragen, maar meer denkrichtingen waaruit ook boeiende onderwerpen kunnen opbloeien.

Naar aanleiding van de in hoofdstuk 2 gestelde vraag, hoe het beroep op onrechtmatige daad te bevorderen, kwam al snel de vraag naar boven óf het beroep op dit rechtsmiddel wel bevorderd moet worden. Zou dit daadwerkelijk helpen het discriminatieprobleem op te lossen of zou het tot onnodige juridisering leiden, waarbij allerlei spelers baat hebben met uitzondering van het slachtoffer? Het is wellicht interessant te kijken naar welke middelen het meest effectief zijn, in de handhaving van de discriminatieverboden.

Een ander idee is het doen van een rechtsvergelijkend onderzoek tussen lidstaten met betrekking tot de sanctioneringsmogelijkheden. Deze suggestie vloeit voort uit de resultaten van hoofdstuk 3, waarin de vraag gesteld werd of Nederland wel heeft voldaan aan de Europese eisen bij de implementatie van de antidiscriminatie richtlijnen. Hoe brengt Nederland zich er in vergelijking tot andere lidstaten vanaf? Zouden we eventueel iets kunnen leren van de situatie in de Verenigde Staten, waar discriminatie al veel langer een probleem is?

Een laatste suggestie, teruggrijpend op de vraag uit hoofdstuk 1, is de mogelijkheid de werkelijke omvang van het probleem te onderzoeken. Nu lag in de vraagstelling de aanname besloten dat er 'maar weinig' gebruik gemaakt werd van het beroep op onrechtmatige daad bij discriminatie. Deze aanname is niet veranderd –daartoe is namelijk geen aanleiding gegeven – maar het is wellicht interessant een meer op cijfers gebaseerd uitgangspunt vast te stellen.

BIJLAGEN

BIJLAGE A. Definities

Discriminatie zoals omschreven in de Richtlijn 2000/43/EG van de Raad die als doel heeft een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden:

“... ”

Artikel 2

Het begrip discriminatie

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op grond van ras of etnische afstamming.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

- a) "directe discriminatie", wanneer iemand op grond van ras of etnische afstamming ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld;
- b) "indirecte discriminatie", wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

3. Intimidatie wordt als discriminatie in de zin van lid 1 beschouwd als er sprake is van ongewenst gedrag dat met ras of etnische afstamming verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Het begrip intimidatie kan in dit verband worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten.

4. Een opdracht tot het discrimineren van personen op grond van hun ras of etnische afstamming wordt beschouwd als discriminatie in de zin van lid 1.

... ”

Discriminatie zoals omschreven in de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad die met betrekking tot arbeid en beroep als doel heeft een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden:

“... ”

Artikel 2

Het begrip discriminatie

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

- a) "directe discriminatie", wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;
- b) "indirecte discriminatie", wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,

i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, of

ii) tenzij de werkgever dan wel iedere andere persoon of organisatie waarop de onderhavige richtlijn van toepassing is, voor personen met een bepaalde handicap krachtens de nationale wetgeving verplicht is passende maatregelen te nemen die overeenkomen met de in artikel 5 vervatte beginselen, teneinde de nadelen die die bepaling, maatstaf of handelwijze met zich brengt, op te heffen.

3. Intimidatie wordt als een vorm van discriminatie in de zin van lid 1 beschouwd als er sprake is van ongewenst gedrag dat met een van de in artikel 1 genoemde gronden verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Het begrip intimidatie kan in dit verband worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten.

4. Een opdracht tot het discrimineren van personen op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden, wordt beschouwd als discriminatie in de zin van lid 1. 5. Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.

...”

BIJLAGE B. Afkortingen

Afkortingen

AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
ADB	Anti Discriminatie Bureau
Bw	Burgerlijk Wetboek
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie Europese Unie
IVUR	International Verdrag inzake de Uitbanning van Rassendiscriminatie
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
OM	Openbaar Ministerie
Rb	Rechtbank
TK	Tweede Kamer
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WGB m/v	Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen
WvSr	Wetboek van Strafrecht

BIJLAGE C. Lijst van aangehaalde en geraadpleegde bronnen

LITERATUUR

Ambrus

M. Ambrus, *Enforcement mechanisms of the racial equality directive and minority protection*, Utrecht: Eleven International Publishing 2011.

Asscher-Vonk en Hendriks

I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Monografieën Sociaal Recht 26 – gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, tweede druk, Deventer: Kluwer, 2005.

Van Drongelen e.a.

J. van Drongelen, *Individueel arbeidsrecht, deel 2, Bijzondere bedingen aansprakelijkheid gelijke behandeling overgang van de onderneming*, Zutphen: Paris, 2006.

CGB

Commissie Gelijke Behandeling, *Oordelen Bundel 2009 – Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*, Wolf Legal Publishers, 2010.

De Hullu

J. de Hullu, *Materieel strafrecht – Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, tweede druk, Deventer: Kluwer, 2003.

Leenders

M.A.J. Leenders, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer: Tjeenk Willink, 1997.

Looten e.a.

T. Looten, *Opleiding Klachtbehandeling – Handboek*, Art.1, 2010.

Lousberg

L. Lousberg, *Actueel recht voor P&O – Gelijke behandeling, Handleiding voor de praktijk*, Alphen aan de Rijn: Kluwer, 2007.

Schiek, Waddington & Bell

D. Schiek, L. Waddington en M. Bell, *Non-Discrimination Law, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination law*, Hart Publishing, 2007.

Van Slooten

J. van Slooten, *Onderneming, werknemer en einde van de dienstbetrekking – hoofdstuk: De sanctionering van het discriminatoir niet-verlengen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Deventer: Kluwer, Serie Onderneming en Recht deel 50, 2009.

Terlouw

A. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving – multiculturele samenleving in ontwikkeling*, Sdu Uitgevers Den Haag, 2010.

Verburg

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, Deventer: Kluwer, 2009.

Verheij

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Ars Aequi Libri, 2002.

RAPPORTEN

Art.1

Art.1, *Kerncijfers 2009*, 2010.

Brants, Kool & Ringnalda

C. Brans, R. Kool en R. Ringnalda, *Strafbare discriminatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

CGB

Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt – Tweede evaluatie AWGB en werkzaamheden van de CGB 1994-2004*, 2008.

CGB

Commissie Gelijke Behandeling, *Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW*, 2011.

CGB

Commissie Gelijke Behandeling, *Jaarverslag 2010*, 2011.

CGB

Commissie Gelijke Behandeling, *Gelijke beloning van mannen en vrouwen bij de algemene ziekenhuizen in Nederland – Onderzoek en oordeel*, 2011.

OM

Openbaar Ministerie, *Aanwijzing discriminatie*, 2007.

Tak

P.J.P. Tak, *De minimumstraf opnieuw bezien*, Research Memoranda nummer 4, 2010.

Tak & van Kalmthout

P.J.P. Tak en A.M. van Kalmthout, *Ups en Downs van de minimumstraf*, Wolf Legal Publishers, 2003.

ARTIKELLEN

Van den Berge

T. van den Berge, *Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase?* SMA, juli/augustus 2007.

Ruygrok & Kroes

W. Ruygrok en M. Kroes, *Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB*, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, Sdu Uitgevers / Special 3, januari 2011.

Terlouw

A. Terlouw, *Equality of arms in procedures over materiële gelijkheid (Liber amicorum)*, 2007.

JURISPRUDENTIE

HvJ EG 10 april 1984, zaak C-14/83 (Con Colson/Kamann)

HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88 (Dekker)

HvJ EG 22 april 1997, zaak C-180/95 (Draehmpaehl)

HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-3 81/99 (Brunnhofner)

HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07 (Feryn)

HR 25 februari 2000, C98/191

HR 27 mei 2011, 10/02358, LJN: BP9991

Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193
Hof Amsterdam 2 oktober 1997, nr. 163/97 KG
Hof Leeuwarden 4 augustus 1999, rolnummer H98/213
Hof 's-Hertogenbosch, 18 oktober 2007, LJN BD6453
Hof Amsterdam, 29 mei 2008, LJN BD8720
Hof Amsterdam, 21 januari 2009, LJN BH0496
Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, LJN BQ4470
Hof Amsterdam, 15 juni 2010, LJN BO1111

Rb. Amsterdam 14 juli 1993, JAR 1993/190
Rb. Assen 14 oktober 1997, JAR 1997/240
Rb. Zwolle, 25 maart 2002, LJN AD9393
Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62
Rb. Amsterdam, 12 november 2008, parketnummer 13/443694-07
Rb. 's-Hertogenbosch, 16 februari 2010, LJN BL3895

Ktr. Utrecht, 15 november 2008, LJN BG5158
Ktr. Haarlem, 4 april 2011, LJN BQ0063

CGB Oordeel 2007-60
CGB Oordeel 2009-106
CGB Oordeel 2010-31
CGB Oordeel 2010-67
CGB Oordeel 2011-2

Arbeidshof Brussel, Kort geding nr. 292, 28 augustus 2009

PARLEMENTAIRE STUKKEN

Handelingen II 1978/79, p5811
Ingebrekestelling nr. 2006/2444
Kamerstukken II 1990/91, 22 014
Kamerstukken II 1999/00, 27 026
Kamerstukken II 2001/02, 28 170
Kamerstukken II 2001/02, 28 187
Kamerstukken II 2001/02, 28 481
Kamerstukken II 2002/03, 28 770
Kamerstukken II, 2008/09, 31 938

INTERNETSITES

www.amnesty.nl
www.art1.nl
www.cgb.nl
www.e-quality.nl
www.internetconsultatie.nl
www.overheid.nl
www.om.nl
www.rechtspraak.nl
www.nrc.nl
www.vrouwenrecht.nl
www.platform-artikel19.nl
www.annefrank.org
www.gelijkebehandeling.nl

BIJLAGE D. Uitwerkingen interviews

XXX