

Systeemverklaringen voor verschillen tussen de gelijkebehandelingsrechtspraak van het HvJ EU en het EHRM

197

J. Gerards*

De gelijkebehandelingsrechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens loopt regelmatig uiteen. Een belangrijke verklaring daarvoor is gelegen in systeemverschillen tussen het gelijkebehandelingsrecht in de EU en het EVRM.

of sociale voorzieningen. Al deze bepalingen worden door twee Europese hoven uitgelegd en toegepast: het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM).

Vaak wordt aangenomen dat het naast elkaar bestaan van deze twee systemen onvermijdelijk zal leiden tot divergerende rechtspraak en misschien zelfs tot conflicterende verplichtingen voor nationale actoren.¹ Daar zijn ook wel wat aanwijzingen voor. Zo heeft het EHRM zaken over het verbieden van hoofddoeken op de werkvloer anders beoordeeld dan het HvJ EU, vaart het EHRM een wat onduidelijke en van de HvJ-rechtspraak afwijkende koers als het gaat om zwangerschapsdiscriminatie, loopt soms het EHRM, dan weer het HvJ EU voorop als het gaat om het erkennen van rechten van LHBTI+ of mensen met een handicap, en is soms het HvJ EU, en dan weer het EHRM soepeler in het erkennen van bepaalde vormen van indirecte discriminatie.² Op nationaal niveau kan dat verwarrend zijn, en kan de vraag opkomen welke rechtspraaklijn precies moet worden gevolgd.

Met deze bijdrage wil ik proberen een deel van de verwarring weg te nemen door verklaringen te bieden voor de verschillen. Een eerste, veelgenoemde verklaring is gelegen in de verschillende rationales die achter de EU- en EVRM-gelijkebehandelingssystemen schuilgaan. Uitgangspunt van deze verklaringen is dat het EU-systeem van oudsher economisch gedreven is, terwijl de rechtspraak van het EHRM sterk wordt bepaald door de intrin-

I. Inleiding

Het naast elkaar bestaan van twee supranationale systemen, namelijk dat van de Europese Unie (hierna: EU) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), levert op veel punten ingewikkeldheden op – zoveel zal wel duidelijk zijn geworden uit de algemene, inleidende bijdrage voor deze special. Het doel van de onderhavige bijdrage is om te laten zien hoe deze ingewikkeldheden uitpakken als het gaat om de juridische bestrijding van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling en discriminatie. Op dat vlak bieden beide systemen de nodige regels. In het EVRM kennen we het discriminatieverbod van artikel 14 en van artikel 1 van het Twaalfde Protocol. Het EU-Grondrechtenhandvest (hierna: Handvest of Hv) omvat een titel over gelijkheidsrechten, waarin onder meer een recht op gelijkheid voor de wet (artikel 20 Hv) en een discriminatieverbod (artikel 21 Hv) zijn opgenomen. Daarnaast is er een substantiële hoeveelheid EU-wetgeving waarin discriminatie op een aantal gronden en voor een aantal materiële rechtsterreinen wordt verboden, met name in arbeid en beroep en – voor een beperkt aantal gronden – het verlenen van diensten

* Janneke Gerards is hoogleraar fundamentele rechten bij de Universiteit Utrecht (Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging; www.uu.nl/medewerkers/jhgerards). Deze bijdrage is een Nederlandstalige bewerking van een hoofdstuk dat zal verschijnen in het *Edward Elgar Research Handbook on European Anti-Discrimination Law*, onder redactie van Colm O’Cinneide, Julie Ringelheim en Iyiola Solanke (Edward Elgar 2022).

1 Bijv. S. Douglas-Scott, ‘The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights after Lisbon’, in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart Publishing 2013; J.H. Gerards, ‘Who decides on fundamental rights issues in Europe? – Toward a mechanism to coordinate the roles of the national courts, the ECJ and the ECtHR’, in: S. Weatherill & S. de Vries (red.), *Five years legally binding EU Charter of Fundamental Rights – What is the state of play in the protection of fundamental rights in the EU?*, Oxford: Hart Publishing 2015; X. Groussot, N.L.A. Lorenz & G.T. Petursson, ‘The Paradox of Human Rights Protection: Two Courts, One Goal?’, in: O.M. Arnardóttir & A.C. Buyse (red.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders*, Londen: Routledge 2016.

2 Zie voor deze voorbeelden J.H. Gerards, ‘Non-Discrimination, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights – Who Takes the Lead?’, in: Th. Giegerich (red.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Berlijn: Springer Verlag 2020, p. 135.

sieke wens de grondrechten te beschermen.³ Die verschillen zouden bijvoorbeeld tot gevolg kunnen hebben dat, in zaken waarin werkgevers hun werknemers verbieden om religieuze uitingen naar het werk te dragen, het HvJ EU wat sneller dan het EHRM bereid is om de vrijheid om een onderneming te drijven te laten prevaleren boven de godsdienstvrijheid.⁴

Voor zover dergelijke inhoudelijke verschillen al daadwerkelijk ten grondslag liggen aan de andere aanpak en methoden die de beide hoven soms kiezen, vormen ze echter zeker geen volledige verklaring hiervoor. Minstens zo belangrijk is een andere verklaring, die is gelegen in de sterk verschillende inrichting van de EU- en EVRM-gelijke behandelingsystemen. Precies daarop wil ik me in deze bijdrage dan ook richten.

Om de systeemverklaringen voor de bestaande verschillen te begrijpen, is het nuttig om inzicht te hebben in een aantal hoofdkenmerken van het EU- en EVRM-non-discriminatie recht. Die zet ik hierna kort uiteen in paragraaf 2, waarna ik in paragraaf 3 enkele verschillen bespreek die direct samenhangen met die hoofdkenmerken. In paragraaf 4 leg ik uit dat er uiteenlopende modellen beschikbaar zijn om discriminatie te bestrijden, namelijk volledig open modellen, volledig gesloten modellen en hybride modellen. In paragraaf 5 laat ik zien welke modellen in het EU- en het EVRM-gelijke behandelingsrecht te zien zijn en tot welke verschillen in benadering die leiden in de rechtspraak van de Europese hoven. In paragraaf 6 rond ik af door de systeemverklaringen samen te vatten en kort te reflecteren op de gevolgen ervan.

2. Non-discriminatie in de EU en het EVRM – een korte inleiding⁵

2.1. Het EVRM

Het in 1950 in werking getreden EVRM heeft als belangrijke doelstelling om individuele vrijheden en rechtsstatelijke grondwaarden te beschermen.⁶ Het EHRM houdt toezicht op de naleving van het EVRM in de verdragssta-

ten,⁷ onder meer door het beoordelen van individuele klachten die zijn ingediend door personen of groepen die stellen dat ze het slachtoffer zijn geworden van een grondrechtenschending door de staat.⁸ Als het EHRM vaststelt dat een staat inderdaad iemands individuele rechten heeft geschonden, is dat oordeel bindend voor de verwerende staat.⁹ Daarnaast komt aan de algemene uitlegbeginselen die het EHRM in zijn rechtspraak heeft geformuleerd zogeheten *res interpretata* toe. Dat betekent dat nationale actoren zoveel mogelijk moeten proberen om deze algemene beginselen te respecteren in hun eigen handelen en oordelen, ook al zijn ze geformuleerd in uitspraken die gericht waren tegen een andere staat.¹⁰

Door dit *res interpretata* heeft het Hof een belangrijke rol kunnen spelen bij het ontwikkelen van algemene standaarden en criteria voor grondrechtenbescherming.¹¹

Daarnaast is het individuele klachtrecht bij het EHRM van grote waarde bij het bieden van individueel rechtsherstel aan slachtoffers van grondrechtenschendingen.¹²

Het EVRM zelf is alleen bindend voor de verdragsstaten; het heeft geen horizontale werking. Niet-staatelijke actoren, zoals ondernemingen, zijn dus niet verplicht om het EVRM te respecteren en individuele klagers kunnen alleen verzoekschriften aan het EHRM richten over het handelen of nalaten van de staat. Wel is het mogelijk dat ze in zo'n verzoekschrift stellen dat de staat ten onrechte onvoldoende bescherming heeft geboden tegen grondrechtenschendingen, waaronder discriminatie, door private actoren.¹³ Op die manier kan het EHRM indirect toch invloed uitoefenen op de toepassing en bescherming van grondrechten in horizontale rechtsrelaties.¹⁴

In de inleiding van deze bijdrage is verder al aangegeven dat het discriminatieverbod in het EVRM op twee plaatsen is te vinden: in artikel 14 EVRM en in artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM. Deze bepalingen zijn in die zin verschillend dat artikel 1 van het Twaalfde Protocol een zelfstandige non-discriminatiebepaling omvat, terwijl artikel 14 een zogenaemde 'accessoire' bepaling is. Dat laatste betekent dat artikel 14 alleen kan worden ingeroepen in samenhang met een ander grondrecht dat binnen het ruimere bereik van het EVRM valt. Daardoor kan iemand niet klagen over een ongelijke

3 Gerards 2020 (noot 2).

4 Zie het verschil in benadering tussen HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, EHRC 2017/97, m.nt. J.H. Gerards; AB 2017/162, m.nt. M.L.P. Loenen; JAR 2017/96, m.nt. E. Cremers-Hartman; TRA 2017/66, m.nt. N. Gundt (*Achbita/G4S*) en EHRM 15 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:015JUD004842010, EHRC 2013/67, m.nt. J.H. Gerards; NJ 2016/320, m.nt. E. Verhulp; NTM/NJCM-Bull. 2013/30, m.nt. L. Groen; JIN 2013/21, m.nt. S. de Jong (*Eweida e.a./het Verenigd Koninkrijk*).

5 Deze paragraaf is gebaseerd op J.H. Gerards & F. Zuiderveen Borgesius, 'Protected grounds and the system of non-discrimination law in the context of algorithmic decision-making and artificial intelligence', te verschijnen in *Colorado Technology Law Review* 2022.

6 Zie nader de Preamble bij het EVRM.

7 Titel II bij het EVRM; zie nader bijv. L.R. Glas, *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System*, Antwerpen: Intersentia 2016.

8 Artikel 34 EVRM.

9 Artikel 46 EVRM.

10 Bijv. A. Bodnar, 'Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States Than Those Which Were Party to the Proceedings', in: Y. Haeck & E. Brems (red.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Berlijn: Springer 2014.

11 Bijv. J.H. Gerards, 'The Paradox of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights' Transformative Power', (4) *Kutafin University Law Review* 2017, afl. 2, p. 315.

12 Nader bijv. J.H. Gerards & L.R. Glas, 'Access to justice in the European Convention on Human Rights system', (35) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2017, afl. 1, p. 11.

13 Nader bijv. C. Loven, 'Horizontale positieve verplichtingen in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *NTM/NJCM Bull.* 2020, afl. 4, p. 479-497; J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, hfst. 6.

14 Loven 2020 (noot 13); Gerards 2019 (noot 13).

behandeling als zodanig, maar moet de klacht gaan over, bijvoorbeeld, ongelijke behandeling bij de uitoefening van de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM) of het genot van privé- of gezinsleven (artikel 8 EVRM). Nu werd aangenomen dat dit accessoire karakter afbreuk deed aan de kracht van het discriminatieverbod is later alsnog een zelfstandige gelijkheidsbepaling opgenomen in het Twaalfde Protocol, waarbij zo'n koppeling aan een materiële verdragsbepaling niet nodig is.¹⁵ Dit Protocol heeft tegelijkertijd maar weinig steun gekregen. Hoewel de bepaling in 2005 in werking is getreden en voor Nederland gelding heeft, hadden in 2021 nog maar 20 van de 47 EVRM-staten het Protocol geratificeerd.¹⁶ Zeker nu de bepaling voor het overige gelijkkuidend is aan artikel 14 en het EHRM de beide bepalingen op dezelfde manier uitlegt en toepast, bespreek ik hierna alleen artikel 14 EVRM.

2.2. De EU

Welbekend is dat de EU in haar oorsprong een economisch samenwerkingsverband is, waarbij het vrij verkeer van werknemers, diensten, goederen en kapitaal een hoofddoelstelling was en is.¹⁷ Van oudsher is aangenomen dat protectionisme in de weg zou staan van een goed functionerende interne markt.¹⁸ Dat besef heeft gemaakt dat al vanaf een heel vroeg stadium is geprobeerd om alerhande discriminatoire belemmeringen voor vrije handel en vrij verkeer weg te nemen. Dat gold niet alleen voor directe vormen van discriminatie, maar bijvoorbeeld ook voor indirecte belemmeringen, zoals verschillen in arbeidsvoorwaarden of salarissen voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. Al vroeg werd daarom EU-

wetgeving aangenomen om verschillende vormen van ongelijke behandeling in arbeid en beroep te bestrijden.¹⁹ In de loop van de tijd heeft de oorspronkelijke Europese Economische Gemeenschap zich ontwikkeld naar de meeromvattende Europese Unie, waarbinnen bescherming van rechtsstatelijke waarden zoals gelijke behandeling van intrinsiek belang wordt gevonden.²⁰ Als onderdeel van die ontwikkeling hebben de EU-instellingen verschillende gelijkebehandelingsrichtlijnen aangenomen,²¹ zoals de Richtlijn gelijke behandeling ras en etnische afkomst (2000/43/EG),²² de Kaderrichtlijn gelijke behandeling bij de arbeid (2000/78/EG),²³ de Richtlijn gelijke behandeling op grond van geslacht bij goederen en diensten (2004/113/EG)²⁴ en de zogenoemde Herschikingsrichtlijn (2006/54/EG) die discriminatie naar geslacht verbiedt op het terrein van arbeid en beroep.²⁵ Deze gelijkebehandelingsrichtlijnen zijn ook van toepassing op privaatrechtelijke (rechts)personen, zoals werkgevers, voor zover zij handelen binnen het materiële toepassingsbereik van de richtlijnen. Binnen hun materiële toepassingsbereik reguleren deze richtlijnen dus zowel verticale als horizontale rechtsverhoudingen. Het recht op gelijke behandeling en non-discriminatie is daarnaast neergelegd in het EU-Grondrechtenhandvest,²⁶ dat sinds 2009 bindend is voor de EU-instellingen en de autoriteiten van de lidstaten voor zover zij het EU-recht ten uitvoer leggen.²⁷ Wanneer de gelijkebehandelingsrichtlijnen en het Handvest overlap vertonen, blijkt het HvJ EU geneigd te zijn om een lex-specialisbenadering te kiezen. Daarbij baseert het zijn beoordeling bij voorkeur op de specifieke bepalingen van de richtlijnen en dient het Handvest voornamelijk als richtsnoer bij de uitleg. Dit betekent dat de Handvestbepalingen in de

15 Zie het Toelichtend Rapport bij Protocol 12 EVRM, ETS nr. 177.

16 Voor de ratificatiestatus per 1 mei 2021, zie www.conventions.coe.int. Voor de bezwaren van sommige staten, zie o.m. S. Lagoutte (red.), *Prohibition of Discrimination in the Nordic Countries: The Complicated Fate of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, Deens Instituut voor de Mensenrechten 2005; R. Wintemute, 'Filling the Article 14 "Gap": Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR', *European Human Rights Law Review* 2004, afl. 5, p. 484.

17 Zie bijv. de Preamble bij het EEG-Verdrag; zie voor de doelstellingen en grondslagen van de huidige EU artikel 1-3 VEU.

18 Bijv. M. Bell, 'The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening', in: P. Craig & G. de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

19 Bijv. C. Barnard, 'The Economic Objectives of Article 119', in: T. Hervey & D. O'Keeffe (red.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester: Wiley 1996, p. 673.

20 Artikel 2, 3 en 10 VWEU.

21 De grondslag is gelegen in artikel 19 VWEU. Zie nader Europees Grondrechtenagentschap (FRA) & EHRM, *Handboek over het Europese non-discriminatie-recht – Editie 2018*, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2018, p. 21.

22 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*PbEG* 2000, L 180/22).

23 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2000, L 303/16).

24 Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (*PbEU* 2004, L 373/37).

25 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (*PbEU* 2006, L 204/23).

26 Artikel 20 en 21 Hv. Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 23.

27 Artikel 6 lid 1 VWEU en artikel 51 Hv. Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 23.

meeste discriminatiezaken bij het HvJ EU een primair symbolische, interpretatieve waarde hebben.²⁸ Tot slot is het belangrijk om te memoreren dat het HvJ EU via de prejudiciële procedure veel gelegenheid heeft gekregen om de diverse bepalingen van de gelijke-behandelingsrichtlijnen en het Handvest te verduidelijken.²⁹ Van belang is daarbij dat de uitleg van het HvJ EU erga-omneswerking heeft, wat betekent dat alle relevante nationale actoren – inclusief nationale rechters – hun eigen uitleg en toepassing in overeenstemming moeten brengen met die van het Luxemburgse Hof.³⁰ Daardoor heeft het HvJ EU altijd een belangrijke rol kunnen spelen bij de ontwikkeling en toepassing van kernbegrippen uit het gelijkebehandelingsrecht.³¹

3. Verschillen in reikwijdte en procedure die invloed hebben op EU- en EVRM-gelijkebehandelingsrecht

3.1. Algemene ontwikkeling van non-discriminatieconcepten

De hiervoor gegeven, heel korte inleiding in het EU- en EVRM-gelijkebehandelingsrecht laat meteen al zien dat er aanzienlijke verschillen tussen de systemen bestaan. Hoewel het EHRM zeker een ‘constitutionele’ rol speelt bij de uitleg van EVRM-bepalingen, richt het zich in veel gevallen vooral op het bieden van individueel rechtsherstel in het concrete geval.³² Daardoor hebben de EHRM-uitspraken niet altijd evenveel te bieden als het gaat om conceptuele verduidelijking.³³ Dat geldt nog sterker voor het gelijkebehandelingsrecht, als bijzonder procedureel gevolg van het hiervoor genoemde accessoire karakter van artikel 14 EVRM.³⁴ Het Hof gaat in zijn beoordeling

doorgaans eerst in op de klachten die betrekking hebben op de materiële EVRM-bepalingen, zoals de godsdienstvrijheid of privacyrechten.³⁵ Bij die inhoudelijke beoordeling besteedt het vaak al aandacht aan de vraag of dit recht zonder discriminatie is beschermd. Als het eenmaal is aangeland bij de eigenlijke klacht over het discriminatieverbod, acht het Hof het vaak niet meer nodig om die klacht apart te behandelen.³⁶ Het Hof laat de inhoudelijke beoordeling van klachten over artikel 14 dan ook vaak achterwege, tenzij een zaak in de kern over een probleem van ongelijke behandeling of discriminatie gaat.³⁷ Als gevolg hiervan heeft het EHRM maar beperkt gelegenheid gevonden om noties van gelijke behandeling en non-discriminatie te ontwikkelen.

Voor het HvJ EU is dit anders, vooral als gevolg van de mogelijkheden die de prejudiciële procedure de nationale rechters biedt om het Hof vragen voor te leggen die precies zien op de betekenis van noties en concepten van gelijke behandeling en non-discriminatie. Van die mogelijkheid is ook veel gebruikgemaakt, juist doordat de noties van gelijke behandeling en non-discriminaties altijd een centrale betekenis hebben gehad in het EU-systeem. Het HvJ EU heeft op die manier een grote rol kunnen spelen in de ontwikkeling van het Europese gelijkebehandelingsrecht, bijvoorbeeld als het gaat om de ontwikkeling van de concepten van direct en indirect onderscheid, de bewijslast bij het aantonen van een ongelijke behandeling en de mogelijkheden om een ongelijke behandeling te repareren.³⁸

3.2. Horizontale verhoudingen

Een tweede belangrijk kenmerk van het EVRM-systeem is dat klagers de EVRM-discriminatieverboden voor het EHRM alleen kunnen inroepen jegens een verdragsstaat.³⁹ Zoals uitgelegd in paragraaf 2.1 wil dit nog niet zeggen dat het EVRM geen betekenis kan hebben in ho-

28 Zie nader hierover S. Greer, J.H. Gerards & R. Slowe, *Human Rights in the Council of Europe and the European Union. Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 345. Een recent voorbeeld waaruit blijkt dat het HvJ EU weinig zelfstandige waarde toekent aan artikel 21 Hv is *Land Oberösterreich (Aide au logement)*, HvJ EU 10 juni 2021, C-94/20, ECLI:EU:C:2021:477. In die uitspraak nam het HvJ EU aan dat een taaleis geen indirect onderscheid oplevert naar etnische afkomst in de zin van Richtlijn 2000/43/EG, nu geen *bepaalde* etnische groep in overwegende mate door zo'n eis wordt geraakt. Aangezien in artikel 21 Hv 'taal' expliciet wordt genoemd als beschermde grond, had deze bepaling in deze zaak een aanvullende rol kunnen spelen. Om die reden was dan ook afzonderlijk de vraag voorgelegd of de taaleis in strijd was met deze bepaling. Het HvJ EU overwoog echter dat een taaleis als die in de gewraakte nationale regeling 'niet [kan] worden beschouwd als discriminatie op grond van etnische afstamming in de zin van artikel 21 van het Handvest, waarvan richtlijn 2000/43 de concrete uitdrukking vormt op de door die richtlijn bestreken materiële gebieden' (punt 63) en dat 'artikel 21 van het Handvest, voor zover het iedere discriminatie op grond van etnische afstamming verbiedt, zich niet tegen een dergelijke regeling [verzet]'.

29 Artikel 267 VWEU.

30 Zie bijv. M. Bobek, 'The Court of Justice, the national courts, and the spirit of cooperation: between Dichtung and Wahrheit', in: A. Lazowski & S. Blockmans (red.), *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016, par. 2.3.

31 Zie bijv. M.P. Beijer, *The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU. The Scope for the Development of Positive Obligations*, Antwerpen: Intersentia 2017.

32 Zie ook J.H. Gerards, 'Abstract and Concrete Reasonableness Review by the European Court of Human Rights', (1) *European Convention on Human Rights Law Review* 2020, afl. 2, p. 218.

33 Dit is anders voor uitspraken van de Grote Kamer, die een meer constitutionele functie hebben; zie bijv. J.H. Gerards, 'The European Court of Human Rights', in: A. Jákab, A. Dyeve & G. Itzcovich (red.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 237-276.

34 Zie hiervoor, par. 2.1.

35 Zie bijv. J.H. Gerards, 'Artikel 14. Verbod van discriminatie', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2020.

36 Gerards 2020 (noot 35).

37 Gerards 2020 (noot 35).

38 Bijv. Bell 2011 (noot 18); E. Muir, 'The Transformative Function of EU Equality Law', (21) *European Review of Private Law* 2013, afl. 5/6, p. 1236; zie echter ook R. Xenidis, 'Transforming EU Equality Law? On Disruptive Narratives and False Dichotomies', (38) *Yearbook of European Law* 2019, p. e2.

39 Zie par. 2.1 en artikel 34 EVRM.

rizonale rechtsverhoudingen. Het is namelijk wel mogelijk om een klacht in te dienen tegen een EVRM-staat met als betoog dat de staat tekort is geschoten in het bieden van bescherming van de EVRM-rechten, bijvoorbeeld doordat er tekortkomingen zijn in de gelijkebehandelingswetgeving, of doordat een nationale rechter een bepaling van nationaal recht niet heeft toegepast in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel.⁴⁰ Daarnaast moeten staten zelf altijd handelen in overeenstemming met het EVRM, ook als zij optreden in een privaatrechtelijke hoedanigheid zoals die van werkgever. Daardoor heeft het EHRM de nodige gelegenheid gekregen om een aantal typisch horizontale vraagstukken van ongelijke behandeling te beoordelen.⁴¹ Toch is de horizontale betekenis van de EHRM-uitspraken hierdoor overwegend indirect. Bovendien heeft het hiervoor beschreven accessoire karakter van artikel 14 EVRM – in samenhang met het beperkte aantal grondrechten dat in het EVRM wordt beschermd – tot gevolg dat veel typisch horizontale gevallen buiten het bereik van het EVRM zullen vallen. Zo is het niet waarschijnlijk dat het EHRM snel uitspraak zal doen over discriminatie in consumentenkwesties, ‘targeted advertising’ of prijsdifferentiatie door webwinkels of platformen.⁴² De EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen daarentegen richten zich expliciet op de verhouding tussen niet-staatelijke actoren zoals private ondernemingen. Bovendien heeft het HvJ EU in de loop van de tijd aangenomen dat de non-discriminatiebepalingen uit de EU-Verdragen (zoals die over vrij verkeer van personen of diensten) en het Handvest direct kunnen worden ingeroepen in horizontale rechtsverhoudingen, waardoor zij ook private verhoudingen kunnen normeren.⁴³ Daardoor heeft het HvJ EU,

in vergelijking met het EHRM, een aanzienlijk uitgebreidere rechtspraak tot stand kunnen brengen over ongelijke behandeling op het terrein van de arbeid en bij dienstverlening. In het bijzonder heeft het HvJ EU een gedetailleerde rechtspraaklijn kunnen ontwikkelen over positieve actie, terwijl het EHRM dergelijke zaken op het terrein van het arbeidsrecht nauwelijks voor zich heeft gekregen.⁴⁴ Ook heeft het HvJ EU al in de jaren negentig van de vorige eeuw veel uitspraken kunnen doen over zwangerschapsdiscriminatie door werkgevers en heeft het daarbij duidelijke en strikte criteria kunnen formuleren,⁴⁵ terwijl het EHRM pas recent met dat soort zaken te maken heeft gekregen en daarmee ook nog wat lijkt te worstelen.⁴⁶

3.3. Materiële reikwijdte

Een derde verschil tussen de systemen houdt verband met het materiële toepassingsbereik van de gelijkebehandelingsbepalingen. De verschillende EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen hebben allemaal een nauwkeurig en scherp afgebakend bereik. Ze zijn van toepassing in zaken over arbeid en beroep, soms bij dienstverlening, en – nog zeldzamer – bij sociale voorzieningen, maar bijvoorbeeld niet als het gaat om geweldgebruik of deelname aan demonstraties. Dat betekent dat het HvJ EU vrijwel nooit te maken zal krijgen met vragen over gelijkebehandelingsvraagstukken zoals racistische of homofobe geweldpleging, huiselijk geweld jegens vrouwen, of segregatie op scholen. Dergelijke zaken kunnen juist relatief gemakkelijk terecht komen bij het EHRM, dat heeft aangenomen dat klachten hierover raken aan de kern van het discrimi-

- 40 Bijv. EHRM 6 november 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1106JUD004733506, *EHRM* 2013/29, m.nt. F.G. Laagland (*Redfearn/het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 13 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801, *EHRM* 2004/87, m.nt. E. Brems; *NJ* 2005/508, m.nt. J. de Boer (*Pla en Puncernau/Andorra*).
- 41 Bijv. EHRM 20 oktober 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913, *EHRM Updates* 2020-70, m.nt. J.H. Gerards (www.ehrc-updates.nl/commentaar/211012); *JAR* 2020/309, m.nt. A.G. Veldman (*Napotnik/Roemenië*); EHRM 2 december 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1202JUD006196008 (*Emel Boyraz/Turkije*).
- 42 In sommige van deze zaken wordt het onderwerp binnen het ruimere bereik gebracht van een recht zoals dat op respect voor het privéleven of het eigendomsrecht. Een voorbeeld is de zaak *Pla en Puncernau/Andorra* (EHRM 13 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801, *EHRM* 2004/87, m.nt. E. Brems; *NJ* 2005/508, m.nt. J. de Boer), die betrekking had op een discriminatoire testamentaire bepaling; het Hof nam aan dat die binnen het bereik van artikel 8 EVRM kon worden gebracht. Van belang is ook dat het bij artikel 1 van het Twaalfde Protocol niet is vereist om een relatie aan te tonen tussen een ongelijke behandeling en een EVRM-recht, zodat deze bepaling wel kan worden ingeroepen in het geval van – bijvoorbeeld – discriminatie bij het verlenen van diensten. De toelichting bij Protocol 12 maakt wel duidelijk dat dit niet gemakkelijk zal worden geaccepteerd: ‘The article is not intended to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons’ (*Explanatory Report to Protocol 12 ECHR*, ETS nr. 177, par. 25). Dit maakt het minder waarschijnlijk dat het EHRM een staat verantwoordelijk zal houden voor het ontbreken van wetgeving over typisch privaatrechtelijke onderwerpen zoals discriminatie door internetplatformen. Uit te sluiten is dit tegelijkertijd niet, gelet op de neiging die het Hof heeft om het EVRM evolutief uit te leggen en effectieve grondrechtenbescherming te bieden.
- 43 Zie meest recent en gericht op het discriminatieverbod HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, *EHRM* 2019/66, m.nt. C. Mak & J.H. Gerards; *NJ* 2019/360, m.nt. A.W.H. Meij (*Cresco Investigation*). De horizontale werking van de vrijverkeersbepalingen was al eerder erkend; zie bijv. HvJ EG 12 december 1974, C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (*Walrave*); HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, *AB* 1996/287, m.nt. F. van den Burg (*Bosman*).
- 44 Sporadisch heeft het Hof wel geoordeeld over positieve actie bij andere onderwerpen, zoals de kandidaatstelling bij verkiezingen; zie bijv. EHRM (GK) 22 december 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002799606, *EHRM* 2010/17, m.nt. J.H. Gerards (*Sejdić en Finčić/Bosnië-Herzegovina*).
- 45 Bijv. HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300 (*Webb*); HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00, ECLI:EU:C:2001:513 (*Tele Danmark*). Zie verder FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 165.
- 46 Het EHRM heeft pas recent aanleiding gevonden om zich uit te spreken over zwangerschapsdiscriminatie; zie EHRM 20 oktober 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1020JUD003313913, *EHRM Updates* 2020-70, m.nt. J.H. Gerards (www.ehrc-updates.nl/commentaar/211012); *JAR* 2020/309, m.nt. A.G. Veldman (*Napotnik/Roemenië*) en EHRM 4 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0204JUD00547115 (*Jurčić/Kroatië*). Waar het EHRM in de eerste uitspraak relatief veel ruimte leek te zien voor het rechtvaardigen van een overplaatsingsbeslissing vanwege zwangerschap (iets dat het HvJ EU op basis van zijn eigen rechtspraak niet zou toelaten), was het in de tweede uitspraak aanzienlijk strenger en bood het sterkere bescherming tegen zwangerschapsdiscriminatie. Voor dit verschil in houding en benadering kan uit de uitspraken zelf geen goede verklaring worden afgeleid. Zie hierover ook E. Brodeala, ‘The European Court of Human Rights develops important principles in pregnancy discrimination cases’, *OxHRH Blog* 11 april 2021, <https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-european-court-of-human-rights-develops-important-principles-in-pregnancy-discrimination-cases>.

natieverbod van artikel 14 EVRM.⁴⁷ Hoewel het EHRM hoge eisen stelt aan het bewijs van dergelijke vormen van discriminatie,⁴⁸ is het daardoor toch in staat gebleken om een zekere bescherming te bieden tegen ernstige vormen van discriminatie (zelfs in horizontale rechtsverhoudingen), terwijl die in het EU-recht moeilijk kan worden gegeven.

4. Open, gesloten en hybride modellen van non-discriminatie recht

In de vorige paragraaf heb ik duidelijk gemaakt dat uit de enkele inrichting van de EU- en EVRM-systemen belangrijke verschillen kunnen voortkomen in de manier waarop het HvJ EU en het EHRM omgaan met klachten over ongelijke behandeling. Zo kan daarin de verklaring worden gevonden voor het feit dat het EHRM een vrij uitgebreide rechtspraak heeft kunnen ontwikkelen over discriminatoir gemotiveerde geweldpleging of huiselijk geweld, terwijl het HvJ EU zich daarover niet heeft kunnen buigen. Andersom heeft het HvJ EU veel aanknopingspunten kunnen ontwikkelen voor zwangerschapsdiscriminatie of positieve actie door werkgevers, terwijl het EHRM daar weinig mogelijkheden voor heeft gekregen. Een aantal andere verschillen in de rechtspraak van de beide hoven is te verklaren als wordt begrepen dat het EU- en het EVRM-gelijkebehandelingsrecht is gebaseerd op uiteenlopende modellen van non-discriminatie recht. Ik zal dat in deze paragraaf uitleggen door te laten zien dat er een spectrum aan non-discriminatiemodellen bestaat dat reikt van volledig open tot volledig gesloten modellen, met een aantal hybride modellen in het midden.⁴⁹ Het 'open' of 'gesloten' karakter van een model kan daarbij ofwel verwijzen naar de manier waarop de beschermde discriminatiegronden worden benoemd, ofwel naar de mogelijkheden voor rechtvaardiging voor een verschil in behandeling, ofwel naar beide.

4.1. Volledig open modellen

In de eerste plaats kan een non-discriminatiemodel volledig open zijn, zowel als het gaat om de beschermde

gronden als waar het gaat om de uitzonderingen op de regel van gelijke behandeling.⁵⁰ Een voorbeeld van zo'n model is te vinden in artikel 20 Handvest, dat simpelweg het volgende stelt: 'Een ieder is gelijk voor de wet.'⁵¹ Deze bepaling is allereerst volledig open in de zin dat er geen specifieke gronden van onderscheid worden benoemd, zoals etnische afkomst, huidskleur of geslacht. Dat betekent dat de bepaling alle denkbare gronden en vormen van ongelijke behandeling afdekt. Daarnaast is de bepaling volledig open als het gaat om de uitzonderingen die kunnen worden gemaakt op de regel van gelijke behandeling of, anders geformuleerd, om de situaties waarin niet kan worden gesproken van (verboden) discriminatie. Als het HvJ EU deze bepaling toepast is het dus vrij om alle denkbare argumenten mee te wegen of te verwerpen als het gaat om de beoordeling van de redelijkheid van een ongelijke behandeling.

4.2. Volledig gesloten modellen

Volledig gesloten modellen kennen zowel een uitputtende lijst van beschermde gronden van onderscheid als een beperkt aantal nauwkeurig geformuleerde uitzonderingen op de eis van gelijke behandeling.⁵² De meeste EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen gaan – voor zover het gaat om directe discriminatie – uit van zo'n volledig gesloten model.⁵³ Zo somt de Kaderrichtlijn arbeid (2000/78/EG) vier gronden op waarop geen direct onderscheid mag worden gemaakt: religie of geloof, handicap, leeftijd en seksuele oriëntatie. Richtlijn 2000/43/EG verbiedt alleen directe discriminatie op grond van ras en etnische afkomst, terwijl Richtlijn 2004/113/EG en Richtlijn 2006/54/EG uitsluitend betrekking hebben op verschillen in behandeling van mannen en vrouwen.⁵⁴ De bepalingen over directe discriminatie verbieden dus alleen onderscheid dat volledig of in beslissende mate op een van deze gronden is gebaseerd.

De genoemde richtlijnen bieden tegelijkertijd ruimte om uitzonderingen te maken op dit verbod van direct onderscheid, maar in veruit de meeste gevallen geldt daarbij een gesloten systeem.⁵⁵ Dit betekent dat er in de richtlijnen een limitatief aantal omstandigheden is gedefinieerd waarin het mogelijk kan zijn om een ongelijke behande-

47 Zie over discriminatoir gemotiveerde geweldpleging bijv. EHRM (GK) 6 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0706JUD004357798, par. 145, EHRC 2005/97, m.nt. K. Henrard; NTM 2004, p. 1153, m.nt. D. Houtzager (*Nachova e.a./Bulgarije*) en EHRM 24 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0724JUD004715908, EHRC 2012/213, m.nt. P.R. Rodriguez (*B.S./Spanje*). Over segregatie op scholen, zie bijv. EHRM 5 juni 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0605JUD003252605, EHRC 2008/92, m.nt. J.H. Gerards (*Sampanis e.a./Griekenland*). Over discriminatoir aspecten van huiselijk geweld, zie bijv. EHRM 9 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, EHRC 2009/97, m.nt. I. Westendorp; NJ 2010/345, m.nt. E.A. Alkema (*Opuz/Turkije*) en EHRM 11 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0211JUD005686715, EHRC Updates 2020/84, m.nt. L. Huijbers (www.ehrc-updates.nl/commentaar/209320) (*Buturugă/Roemenië*).

48 Nader hierover: J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights* (diss. Leiden), 2017.

49 Zie nader Gerards & Zuiderveen Borgesius 2021 (noot 5); A.W. Heringa, 'Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts', in: M.L.P. Loenen & P. Rodrigues (red.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Dordrecht/Boston/Londen: Kluwer Law International 1999; J.H. Gerards, 'Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen', in: C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge: Die Keure 2008.

50 Heringa 1999 (noot 49).

51 Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 35.

52 Heringa 1999 (noot 49), p. 27.

53 Heringa 1999 (noot 49), p. 27. Zie nader over de rechtvaardiging van direct onderscheid FRA & EHRM 2018 (noot 21), par. 3.3.

54 Zie over de richtlijnen par. 2.2.

55 Alleen voor onderscheid naar leeftijd is dit anders. Zie nader FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 43; M. Bell, 'Direct discrimination', in: D. Schiek e.a. (red.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 269.

ling te rechtvaardigen.⁵⁶ Zo laat Richtlijn 2000/43/EG een verschil in behandeling op grond van ras of etnische afkomst alleen toe als dit kenmerken zijn die in het concrete geval als een ‘wezenlijke en bepalende beroepsver-eiste’ kunnen worden aangemerkt of als het nodig is om specifieke maatregelen te treffen of in stand te houden om nadelen die verbonden zijn aan ras of etnische afkomst te voorkomen of daarvoor te compenseren. Alle andere gevallen van direct onderscheid op deze gronden zijn verboden.

4.3. Hybride modellen

Tussen de twee uitersten van volledig open en volledig gesloten modellen kunnen verschillende hybriden worden onderscheiden, die elementen van open en gesloten modellen in zich verenigen.

Allereerst kennen sommige discriminatieverboden een ‘semi-gesloten’ lijst van gronden.⁵⁷ Een voorbeeld daarvan is te vinden in artikel 14 EVRM, dat stelt dat ‘het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status’. Hoewel er een lijst van gronden in deze bepaling staat, laat het gebruik van bewoordingen zoals ‘op welke grond dan ook’ en ‘of andere status’ duidelijk zien dat het niet gaat om een gesloten opsomming.⁵⁸ Het verschil met een volledig open lijst is tegelijkertijd dat er zekere beperkingen bestaan aan de gronden die kunnen worden toegevoegd. Het EHRM heeft bijvoorbeeld aangenomen dat de (ogenschijnlijk open geformuleerde) notie ‘andere status’ moet worden gelezen in het verlengde van de opgesomde gronden, die dus dienen als een soort ‘voorbeeldgronden’.⁵⁹ Wat die gronden gemeenschappelijk hebben is dat ze allemaal betrekking hebben op aan de persoon gerelateerde kenmerken.⁶⁰ Ondanks het ogenschijnlijk open karakter van artikel 14 EVRM zal het EHRM de bepaling dan ook alleen toepassen op ongelijke behandelingen die zijn gebaseerd op persoonskenmerken of ‘personal status’.⁶¹ Duidelijk ‘onpersoonlijke’ vormen van ongelijke behandeling sluit het van zijn toetsing uit, bij-

voorbeeld als het gaat om het toepassen van verschillende compensatieregelingen die zijn ontworpen voor verschillende situatietypen.⁶²

Een tweede hybride model betreft de uitzonderingsmogelijkheden.⁶³ De EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen kunnen dit type van hybriditeit goed illustreren. Zoals hiervoor al vermeld bevatten alle richtlijnen een (vrijwel) gesloten lijst van uitzonderingsmogelijkheden voor direct onderscheid. Dit is anders waar het gaat om indirect onderscheid, dat wil zeggen de situatie waarbij een regeling of praktijk op het eerste gezicht neutraal is geformuleerd, maar bij betere beschouwing tot resultaat heeft dat er een benadeling is van een groep of persoon met een door de richtlijn beschermd persoonskenmerk.⁶⁴ Dat soort verschillen in behandeling komt binnen het bereik van de richtlijn zolang ze – zij het indirect – nog steeds verbonden zijn met de limitatief opgesomde beschermde gronden. Waar het gaat om de rechtvaardigingsmogelijkheden geldt echter dat de gesloten uitzonderingsbepalingen hierbij niet van toepassing zijn. In plaats daarvan bepalen de richtlijnen dat indirect onderscheid kan worden toegelaten als het ‘objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’.⁶⁵ Dit betekent dat er veel meer mogelijkheden zijn tot rechtvaardiging dan het geval is bij direct onderscheid.⁶⁶

In sommige gevallen bestaat een hybride uitzondering zelfs bij direct onderscheid, namelijk bij onderscheid op grond van leeftijd in het kader van de Kaderrichtlijn arbeid (2000/78/EG). Artikel 6 lid 1 van deze richtlijn zegt in algemene termen dat een ongelijke behandeling die direct is gebaseerd op leeftijd geen (verboden) discriminatie oplevert als zij ‘objectief en redelijk [wordt] gerechtvaardigd door een legitiem doel (...) en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’.⁶⁷ De bewoordingen van deze bepaling zijn daarbij gelijk-luidend aan die voor indirecte discriminatie, zodat op dit punt het systeem open is. Helemaal open is de bepaling tegelijkertijd niet, omdat de bepaling ook een aantal omstandigheden benoemt waarin een rechtvaardiging in ieder geval geacht kan worden te bestaan, zoals ‘de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit in een functie

56 Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 34.

57 Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 161-162.

58 Bijv. F. Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2010, p. 86.

59 Gerards 2008 (noot 49), p. 104-105.

60 Gerards 2008 (noot 49), p. 104-105.

61 Zie EHRM (GK) 16 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD004218405, *EHRM* 2008/147, m.nt. A.H.H. Bollen-Vandenboorn; *AB* 2011/249, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Carson e.a./het Verenigd Koninkrijk*); zie nader Gerards 2008 (noot 49).

62 Bijv. EHRM 13 maart 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0313JUD002626605, par. 55-56, *EHRM* 2012/110, m.nt. B. Barentsen (*Raviv/Oostenrijk*). Zie nader Gerards 2008 (noot 49).

63 Zie ook Heringa (noot 49), p. 27.

64 Zie nader bijv. FRA & EHRM 2018 (noot 21), par. 2.2. Zie in algemene zin ook C. Tobler, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005; E. Ellis & Ph. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 148-155; H. Collins & T. Khaitan (red.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford: Hart Publishing 2018.

65 Resp. artikel 2 lid 2 sub b Richtlijn 2000/43/EG, artikel 2 lid 2 sub b Richtlijn 2000/78/EG, artikel 2 sub b Richtlijn 2004/113/EG en artikel 2 lid 1 sub b Richtlijn 2006/54/EG.

66 Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), par. 2.2.

67 FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 103.

voor toegang tot de arbeid of bepaalde daaraan verbonden voordelen'.⁶⁸

4.4. Overzicht

De verschillende modellen van non-discriminatierecht kunnen daarmee als volgt worden weergegeven:

Model	Subtype	Voorbeeld
1. Volledig open		Artikel 20 Hv
2. Volledig gesloten		EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen op het punt van directe discriminatie
3. Hybride	3a. Semi-gesloten lijst van gronden; volledig open rechtvaardigingsmogelijkheden	Artikel 14 EVRM Artikel 21 Hv
	3b. Gesloten lijst van gronden; volledig open rechtvaardigingsmogelijkheden	EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen op het punt van indirecte discriminatie
	3c. Gesloten lijst van gronden; semi-open lijst van uitzonderingsmogelijkheden	Richtlijn 2000/78/EG op het punt van leeftijdsdiscriminatie

Uit deze tabel blijkt dat de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen een bijzondere hybride laten zien, in die zin dat hun systeem van rechtvaardigingsmogelijkheden bij direct onderscheid volledig gesloten is (met onderscheid naar leeftijd als uitzondering), terwijl hun systeem voor rechtvaardiging van indirecte discriminatie volledig open is. Ook blijkt uit de tabel dat artikel 14 EVRM een semi-gesloten systeem van gronden combineert met een open rechtvaardigingsmogelijkheid, terwijl de EU-gelijkebehandelingswetgeving is gebaseerd op een volledig gesloten systeem van gronden en een hybride systeem van uitzonderingen.

5. Modelgebaseerde verschillen tussen het EU- en het EVRM-gelijkebehandelingsrecht

De in paragraaf 4 besproken verschillen tussen de EU- en EVRM-non-discriminatiemodellen hebben een aantal gevolgen voor de ontwikkeling van gelijkheidsconcepten en doctrines in de rechtspraak van het HvJ EU en het EHRM. In het bijzonder gaat het dan om de noodzaak om een doctrine van indirect onderscheid in te zetten en om te variëren in de intensiteit van de toetsing afhankelijk van de aan de orde zijnde discriminatiegrond. Ik bespreek hierna de respectieve benaderingen van het HvJ EU en het EHRM op deze twee punten.

5.1. Indirecte discriminatie en intensiteit van toetsing in de rechtspraak van het HvJ EU

5.1.1. Indirecte discriminatie

In een gesloten model zoals dat van de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen op het punt van direct onderscheid heeft de EU-wetgever al precies bepaald dat bepaalde gronden van onderscheid zo problematisch zijn als basis van besluitvorming dat ze volledig moeten worden verboden, tenzij er een duidelijke en tevoren bepaalde uitzonderingssituatie geldt. Als een concreet geval van ongelijke behandeling is gebaseerd op een andere grond dan expliciet in de richtlijn benoemd, en ook niet onlosmakelijk met een van de beschermde gronden is verbonden,⁶⁹ valt de ongelijke behandeling eenvoudigweg buiten de reikwijdte van het verbod.⁷⁰ Dat is anders als kan worden aangetoond dat er indirect of *de facto* toch een nadeel bestaat voor een bepaalde persoon of groep dat kan worden herleid tot een van de beschermde gronden.⁷¹ Er is dan sprake van (te rechtvaardigen) indirecte discriminatie. Deze specifieke notie van indirecte discriminatie heeft het HvJ EU al heel vroeg erkend en vergaand uitgewerkt, ook al omdat het daardoor verborgen of verholde vormen van protectionisme gemakkelijk kon identificeren.⁷²

5.1.2. Intensiteit van toetsing

Als vaststaat dat sprake is van direct onderscheid op een beschermde grond, heeft het HvJ EU bij het toetsen aan de rechtvaardigingsgronden weinig mogelijkheden om te differentiëren tussen de verschillende gronden, bijvoorbeeld door te variëren in de intensiteit van zijn redelijkheidstoetsing. Voor zover er al verschillen zijn tussen de gronden die relevant kunnen zijn voor de rechtvaardiging van direct onderscheid, heeft de EU-wetgever die immers

68 Zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 104.

69 FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 50.

70 Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van het HvJ EU in FOA (HvJ EU 18 december 2014, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463, JAR 2015/37, m.nt. M.S.A. Vegter; JIN 2015/23, m.nt. H.C.K. Senden; TRA 2015/43, m.nt. M. Kullmann; USZ 2015/48, m.nt. G.J.W. Pulles).

71 Zie de definities van indirecte discriminatie besproken in par. 2.2; zie ook FRA & EHRM 2018 (noot 21), p. 53.

72 Zie bijv. E. Dubout, 'Une approche comparative du principe de non-discrimination dans le cadre européen: Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'Union européenne', in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Napels: Editoriale Scientifica 2018, p. 94.

al betrokken in het definiëren van de uitzonderingsmogelijkheden. Zo omvatten Richtlijn 2000/78/EG en Richtlijn 2006/54/EG specifieke situaties waarin religie, ras of geslacht op een toelaatbare manier kunnen worden betrokken in arbeidsgerelateerde beslissingen,⁷³ terwijl het bijzondere karakter van de grond leeftijd terug te herkennen is in de bijzondere semi-open rechtvaardigingsbepaling die daarvoor bestaat.⁷⁴ Buiten die verschillen is er weinig aanleiding voor het HvJ EU om de intensiteit of aard van zijn toetsing aan te passen aan de grond van onderscheid. Inderdaad lijkt het dat in de praktijk bij direct onderscheid niet of nauwelijks te doen.⁷⁵

Bij indirect onderscheid – en zeker bij onderscheid dat zich buiten de richtlijnen beweegt, zoals discriminatoire beperkingen van het vrij verkeer – differentieert het Hof zijn toetsingsintensiteit sterker. In die gevallen lijkt echter niet zozeer de grond van onderscheid bepalend te zijn voor de strengheid van de rechtvaardigingstoets (bijvoorbeeld godsdienst, nationaliteit of geslacht), maar eerder het beleidsterrein waarop het onderscheid wordt gemaakt. Zo is het HvJ EU vaak terughoudend als het gaat om wetgeving op het terrein van de volksgezondheid of nationale veiligheid of bij het reguleren van zeer technische vraagstukken. Andere factoren die dan een intensiteitbepalende rol kunnen spelen zijn de aard van de rechten en belangen die worden geraakt door de ongelijke behandeling (bijvoorbeeld vrijverkeersrechten of zwaarwegende grondrechten) of de ernst van de belangen aantasting.⁷⁶

5.2. *Indirecte discriminatie en toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het EHRM*

Nu artikel 14 EVRM een semi-open verbod van discriminatie omvat, is het gemakkelijk om bij het EHRM veel verschillende vormen van ongelijke behandeling aan te vechten, ongeacht de grond daarvan.⁷⁷ Er is dus geen noodzaak om bepaalde vormen van ongelijke behandeling te ‘vertalen’ naar discriminatie die indirect is gebaseerd op een grond zoals nationaliteit of geslacht.⁷⁸ Toch heeft het EHRM al in een vroeg stadium aangenomen dat niet

alle gronden van onderscheid hetzelfde zijn. Volgens zijn rechtspraak – die op dit punt sterk lijkt op die van het Amerikaanse Hooggerechtshof – zijn sommige gronden van onderscheid ‘verdacht’. Dat betekent dat in gevallen waarin een beslissing op zo’n grond is gebaseerd er een gereede kans bestaat dat deze is ingegeven door onaanvaardbare stereotypen en vooroordelen of door irrationele overwegingen.⁷⁹ Het is dan vrijwel niet mogelijk om alsnog een rechtvaardiging aan te tonen voor zo’n ongelijke behandeling. In de EHRM-rechtspraak komt dit tot uitdrukking in de toepassing van de zogenoemde ‘very weighty reasons’-test.⁸⁰ Als het EHRM vaststelt dat een verdachte grond ten grondslag heeft gelegen aan een maatregel, besluit of praktijk, zal het die alleen verenigbaar achten met het EVRM als er zeer zwaarwegende of dwingende redenen als rechtvaardiging kunnen worden aangevoerd.⁸¹ De toepassing van deze test leidt in de praktijk vrijwel altijd tot de bevinding van een schending van artikel 14 EVRM. Anders dan het geval is in de rechtspraak van het HvJ EU, is de intensiteit van de toetsing van ongelijke behandelingen bij het EHRM dus sterk verbonden met de grond van onderscheid.⁸² In de loop van de tijd heeft het EHRM bepaald om welke gronden het hierbij gaat op basis van een aantal criteria, zoals de mate van Europese consensus over de ‘verdacht’ van bepaalde gronden, de verbondenheid van dergelijke gronden met stigmatisering of te brede vormen van stereotypering en een geschiedenis van discriminatie en uitsluiting.⁸³ Daartoe bestond ook een noodzaak, nu door het relatief open karakter van de opsomming van artikel 14 EVRM in potentie alle vormen en gronden van ongelijke behandeling kunnen worden aangevochten, terwijl een heel strenge toetsing niet voor al die gronden evenzeer aangewezen is.⁸⁴

De erkenning van deze ‘very weighty reasons’-test en de sterke differentiatie in intensiteit van toetsing, afhankelijk van de aan de orde zijnde grond van onderscheid, heeft belangrijke gevolgen gehad voor de ontwikkeling van de EHRM-rechtspraak over ongelijke behandeling. Voor klagers maakt deze strenge toets het namelijk aantrekkelijk om aan te tonen dat een ogenschijnlijk ‘neutraal’ geval

73 Artikel 4 en 7 Richtlijn 2000/78/EG en artikel 3 en 14 lid 2 Richtlijn 2006/54/EG.

74 Artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG.

75 Vgl. Ellis & Watson 2012 (noot 64), p. 152.

76 Zie nader G.T. Petrusson, *The Proportionality Principle as Tool for Disintegration in EU Law – of Balancing and Coherence in the Light of the Fundamental Freedoms* (diss. Lund), 2014; J.H. Gerards, ‘Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine’, (17) *European Law Journal* 2011, afl. 1, p. 80.

77 De uitzondering is de situatie waarin een ongelijke behandeling niet op ‘persoonlijke status’ is gebaseerd. Zie nader J.H. Gerards, ‘The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights’, (13) *Human Rights Law Review* 2013, afl. 1, p. 99; M. Möschel, ‘The Strasbourg Court and Indirect Race Discrimination: Going Beyond the Education Domain’, (80) *Modern Law Review* 2017, afl. 1, p. 110.

78 Gerards 2013 (noot 77). Zie specifiek bijv. EHRM 28 november 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1128JUD000877779, par. 34 (*Rasmussen/Denemarken*).

79 Bijv. G. Gunther, ‘Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection’, (86) *Harvard Law Review* 1972, afl. 1, p. 1. Zie over de redenen voor ‘verdacht’ van bepaalde gronden nader bijv. A. Timmer, ‘Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights’, (11) *Human Rights Law Review* 2011, afl. 4, p. 707; J.H. Gerards, ‘The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination’, in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Napels: Editoriale Scientifica 2018.

80 Gerards 2018 (noot 79).

81 Gerards 2018 (noot 79).

82 Overigens moet worden opgemerkt dat ook bij het EHRM andere factoren dan de grond van onderscheid de intensiteit van de toetsing van ongelijke behandeling kunnen verklaren, zoals de mate van consensus of de aard van het beleidsterrein. Waar dit bij het HvJ EU de primaire factoren zijn die een variatie in intensiteit van toetsing verklaren (en dan nog alleen bij andere vormen van ongelijke behandeling dan direct onderscheid onder de richtlijnen), is bij het EHRM de grond van onderscheid in veruit de meeste gevallen het belangrijkste criterium om te bepalen of strenge of minder strenge eisen aan een rechtvaardiging worden gesteld. Zie daarover nader Gerards 2018 (noot 79).

83 Gerards 2018 (noot 79).

84 Gerards 2018 (noot 79).

van ongelijke behandeling in werkelijkheid leidt tot een disproportionele benadeling van een groep die wordt gekenmerkt door zo'n verdachte grond. De aan de rechtvaardiging gestelde eisen zijn dan immers aanzienlijk hoger. Aanvankelijk stond het EHRM terughoudend tegenover het aanvaarden van de notie van indirecte discriminatie om met dit soort gevallen om te gaan, maar in 2007 is het overstag gegaan.⁸⁵ Sindsdien heeft het EHRM verschillende uitspraken gedaan over indirecte discriminatie.⁸⁶ Als sprake is van een indirect onderscheid op een verdachte grond, past het Hof daarbij bovendien ook zijn zeer strenge 'very weighty reasons'-toets toe.⁸⁷

Wel valt op dat het EHRM de notie van indirect onderscheid nog steeds niet vaak gebruikt. Er zijn nogal wat zaken waarin het Hof vrij gemakkelijk een indirecte discriminatie had kunnen vinden, maar waarin het toch het verbod van directe discriminatie toepaste.⁸⁸ In weer andere zaken, zoals die over huiselijk geweld onder artikel 3 en 8 EVRM, heeft het EHRM vrij strenge eisen gesteld aan het bewijs dat een bepaald handelen een indirecte discriminatie oplevert.⁸⁹ De redenen voor deze terughoudendheid bij het toepassen van de notie van indirect onderscheid zijn niet duidelijk.

6. Samenvatting en reflectie

Doel van deze bijdrage was om te laten zien dat er verschillende verklaringen zijn te geven voor de uiteenlopende benaderingen van het HvJ EU en het EHRM in ogenschijnlijk vergelijkbare gevallen van ongelijke behandeling, zoals zaken over zwangerschapsdiscriminatie of indirect onderscheid. Allereerst zijn er de nodige procedurele verschillen tussen de beide systemen die invloed kunnen hebben op de aanpak van het EHRM en het HvJ EU. De prejudiciële procedure biedt het HvJ EU veel mogelijkheden om te voorzien in algemene verduidelijking van allerlei gelijkheidsconcepten. Bovendien kan het HvJ EU gemakkelijker dan het EHRM oordelen over de verantwoordelijkheden van private actoren voor onge-

lijke behandeling. Daardoor heeft het HvJ EU veel invloed kunnen hebben waar het gaat om bijvoorbeeld positieve actie of de uitleg van een begrip als 'een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste'. Het EHRM daarentegen richt zich meestal sterker op het bieden van individueel rechtsherstel dan op algemene verduidelijking van gelijkheidsnoties. Daarnaast kan het EHRM als gevolg van het accessoire karakter van artikel 14 EVRM en de primair verticale werking van het EVRM minder gemakkelijk dan het HvJ EU oordelen over zaken over arbeids- of consumentenrecht. Anders dan het geval is bij de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen geldt wel dat het materiële toepassingsbereik van artikel 14 EVRM bijna onbeperkt is. Daardoor heeft het EHRM zich bijvoorbeeld kunnen richten op gelijkheidsvraagstukken rondom verschillende gevangenisomstandigheden voor mannen en vrouwen of redelijke tegemoetkomingen voor kinderen met een handicap in scholen, terwijl op die punten het HvJ EU vrijwel geen mogelijkheden heeft om uitspraak te doen. In de tweede plaats is een aantal verschillen tussen het EU- en het EVRM-gelijkebehandelingsrecht te verklaren doordat de beide systemen op andere non-discriminatie-modellen zijn gebaseerd. De hybride aard van de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen heeft voor het HvJ EU een extra prikkel gevormd om de notie van indirecte discriminatie verder uit te werken. Voor het EHRM is het veel minder nodig om gebruik te maken van deze notie en dat doet het dan ook bij voorkeur niet. Andersom hanteert het EHRM juist een aantal doctrines die sterk samenhangen met het relatief open model waarmee het moet werken, in het bijzonder door toepassing van een 'very weighty reasons'-test bij (direct en indirect) onderscheid op verdachte gronden. Het HvJ EU besteedt in de differentiatie van zijn toetsingsintensiteit juist relatief weinig aandacht aan de gronden van onderscheid. Dit betekent dat de nodige verschillen in de Europese gelijkebehandelingsrechtspraak samenhangen met factoren als procedurele inrichting, reikwijdte en non-discriminatiemodel. In sommige gevallen kunnen deze factoren tot gevolg hebben dat er een uiteenlopende bescherming tegen ongelijke behandeling bestaat in de rechtspraak van het HvJ EU en van het EHRM. Belangrijk

85 EHRM (GK) 13 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1131JUD005732500, *EHRC* 2008/5, m.nt. A.C. Hendriks; *NJ* 2008/380, m.nt. E.A. Alkema (*D.H. e.a./Tsjechië*). Zie ook bijv. Möschel 2017 (noot 77), p. 124.

86 Zie voor enkele voorbeelden EHRM 5 juni 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0605JUD003252605, *EHRC* 2008/92, m.nt. J.H. Gerards (*Sampanis e.a./Griekenland*); EHRM 9 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, *EHRC* 2009/97, m.nt. I. Westendorp; *NJ* 2010/345, m.nt. E.A. Alkema (*Opuz/Turkije*); EHRM 30 mei 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0530JUD000797310 (*Lavida e.a./Griekenland*); EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD000718609, *EHRC* 2016/113, m.nt. A.S.H. Timmer; *USZ* 2016/117, m.nt. H.J. Simon (*Di Trizio/Zwitserland*); EHRM (GK) 24 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, *EHRC* 2016/209, m.nt. K.M. de Vries; *AB* 2017/179, m.nt. H.J. Simon; *JV* 2016/215, m.nt. C.A. Groenendijk (*Biao/Denemarken*).

87 Zie bijv. EHRM (GK) 24 mei 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010, par. 114, *EHRC* 2016/209, m.nt. K.M. de Vries; *AB* 2017/179, m.nt. H.J. Simon; *JV* 2016/215, m.nt. C.A. Groenendijk, (*Biao/Denemarken*).

88 Bijv. EHRM 21 september 2010 (ontv. besl.), ECLI:CE:ECHR:2010:0921DEC006668609, *EHRC* 2011/28, m.nt. N.R. Koffeman (*Manenc/Frankrijk*); EHRM 27 september 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD005632807, *EHRC* 2011/165, m.nt. A.E.M. Leijten & J.H. Gerards (*Bah/het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 april 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0410JUD007718011 (*Leonov/Rusland*); EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD002360816 (*Petrov en X/Rusland*).

89 Bijv. EHRM 14 oktober 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1014JUD005516408, par. 100-104 (*A./Kroatië*); EHRM 3 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0303JUD004123714, par. 145 (*Talpis/Italië*); EHRM 23 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0523JUD004964509, par. 79 en 83, *EHRC* 2017/176, m.nt. I. Boerefijn (*Balsan/Roemenië*). In *Kurt/Oostenrijk*, waarin de Grote Kamer van het EHRM belangrijke vereisten formuleerde ter voorkoming van huiselijk geweld met een dodelijke afloop onder artikel 2 EVRM, verklaarde het Hof het klachtonderdeel over discriminatie naar geslacht bij dit type geweld niet-ontvankelijk wegens niet-uitputting van rechtsmiddelen; daardoor had het geen gelegenheid om de bewijzen nader onder de loep te nemen en eventueel bij te stellen (EHRM (GK) 15 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0615JUD006290315). Nog recenter deed het dat wel, namelijk in EHRM 8 juli 2021, nr. 33056/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0708JUD00305617 (*Tkheldze/Georgië*). Mogelijk is dat het begin van een nieuwe benadering.

is daarbij wel dat de rechtspraak vaak niet zozeer tegenstrijdig is, maar vooral complementair. Bescherming die in het ene systeem niet kan worden geboden, bijvoorbeeld door beperkingen in reikwijdte of procedure, kan wel worden gevonden in het andere. Waar het EU-systeem bijvoorbeeld nauwelijks bescherming kan bieden tegen homofoob geweld tijdens een Gay-Pride-demonstratie, kan een individueel slachtoffer daarvoor wel rechtsherstel krijgen bij het EHRM, en waar de rechtspraak van het EHRM over zwangerschapsdiscriminatie nog wat onderontwikkeld is, biedt de rechtspraak van het HvJ EU op dit punt juist heldere criteria.⁹⁰ Op een soortgelijke manier kunnen doctrines die niet zo vergaand zijn uitgewerkt bij het ene Hof – zoals doctrines over positieve actie, indirecte discriminatie of intensiteit van toetsing bij bepaalde gronden van onderscheid – dat juist wel zijn bij het andere Hof.

Een bijkomend voordeel van het naast elkaar bestaan van de beide systemen is dat het HvJ EU en het EHRM van elkaar kunnen leren en gebruik kunnen maken van elkaars expertise door doctrines van elkaar over te nemen en die in te bedden in de eigen rechtspraak. In de praktijk zijn daarvan ook tal van voorbeelden zichtbaar, waarbij soms het HvJ EU het voortouw neemt en soms het

EHRM.⁹¹ Dit wederzijdse ‘leren’ kan uiteindelijk bijdragen aan een verdere ontwikkeling en verfijning van de rechtspraak over non-discriminatie in elk van beide systemen, en allicht uiteindelijk – voor zover de hiervoor besproken systeemverschillen dat toestaan – tot convergentie.

Tot slot kan het voor nationale actoren handig zijn om deze oorsprong van ogenschijnlijk verwarrende verschillen te kennen, omdat zij er op die manier rekening mee kunnen houden en ze hun eigen keuzes en toepassingen erdoor kunnen laten informeren. Lastig voor hen is wel dat de in deze bijdrage besproken factoren niet *alles* kunnen verklaren, maar dat er af en toe ook verschillen in rechtspraak opkomen die te maken kunnen hebben met de eerste verklaring die ik in de inleiding benoemde: er kan sprake zijn van een verschillende lijn van redeneren van het HvJ EU en het EHRM, die tot op zekere hoogte samenhangt met hun verschillende achtergronden en rationales.⁹² Voor zover dat het geval is, en verschillen in rechtspraak niet vanuit de hier besproken systeemverschillen zijn te verklaren, zullen nationale actoren daarin ofwel zelf keuzes moeten maken, ofwel vragen moeten voorleggen aan het HvJ EU of – via Protocol 16 EVRM – aan het EHRM.

90 Voor de verschillende benaderingen die de beide hoven in zaken over zwangerschapsdiscriminatie kiezen, zie EHRM 20 oktober 2020, ECLI:CE:ECHR:20201020JUD00313913, *EHRM Updates* 2020-70, m.nt. J.H. Gerards (www.ehrc-updates.nl/commentaar/211012); *JAR* 2020/309, m.nt. A.G. Veldman (*Napotnik/Roemenië*) en HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00, ECLI:EU:C:2001:513 (*Tele Danmark*). Zie ook par. 3.2.

91 Deze voorbeelden heb ik nader uitgewerkt in Gerards 2020 (noot 2); ze betreffen onder meer erkenning van gelijke rechten voor mensen van gelijk geslacht, erkenning van de noties van ‘discrimination by association’, ‘discrimination by assumption’ en de criteria om indirect onderscheid aan te kunnen nemen.

92 Gerards 2020 (noot 2).