

ANNOTATIE

Dimici t. Turkije (EHRM, nr. 70133/16) – Discriminatie naar geslacht in uit 1563 stammende stichtingsakte

J.H. Gerards en C. Mak

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2022:0507JUD007013316 (EHRC-2022-0202)*

1. Bijna twintig jaar geleden, in de bekende zaak *Pla en Puncernau*, vestigde het EHRM twee belangrijke uitgangspunten in zaken over discriminatie door private actoren.[1] Het eerste uitgangspunt is, dat de nationale burgerlijke rechter juridische documenten, ook contracten en testamentaire bepalingen, zo moet uitleggen dat ze niet flagrant in strijd zijn met het EVRM en de EHRM-rechtspraak.[2] Het tweede uitgangspunt is dat de rechter dat *ex nunc* moet doen en dus niet alleen mag kijken naar de bedoelingen van private partijen, maar ook rekening moet houden met ontwikkelingen in de economische, maatschappelijke en juridische realiteit.[3]
2. Het Hof heeft het uitgangspunt later nog een keer bevestigd, in de al even bekende zaak *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*. [4] In die zaak ging het om een huurcontract dat volgens de nationale rechter zo kon worden uitgelegd dat huurders geen schotelantenne aan hun woning mochten bevestigen. Het EHRM oordeelde dat die uitleg inging tegen het recht om informatie te ontvangen, zoals beschermd door art. 10 EVRM.[5] Bij het geven van uitleg aan het huurcontract had de nationale civiele rechter volgens het Hof meer gewicht moeten toekennen aan dit recht dan het belang van de verhuurder om eisen te kunnen stellen aan het gebruik van zijn eigendom.[6]
3. De zaak *Khurshid Mustafa en Tarzibachi* bevatte echter niet het element dat *Pla en Puncernau* nu juist zo spannend maakte, namelijk dat sprake was van een discriminerende wilsuitdrukking die al in een ver verleden op papier was gezet. De testamentaire clausule waar

de procedure in *Pla en Puncernau* over ging dateerde al uit 1939. In zo'n zaak speelt nog iets meer dan het vraagstuk van horizontale werking van grondrechten alleen. Het gaat ook om de vraag of het redelijk en wenselijk is dat een wilsuitdrukking anders wordt uitgelegd dan de bedoeling van de erflater zal zijn geweest op het moment waarop de testamentaire bepaling werd opgesteld. Die vraag is de afgelopen twee decennia niet meer op deze manier bij het Hof aan de orde gekomen.[7] Weliswaar heeft het Hof zich sindsdien af en toe uitgesproken over het voortzetten van historische of verouderde vormen van discriminatie in de moderne tijd, maar het gaat dan bijna altijd om zaken over sociale zekerheid. Tot op zekere hoogte heeft het Hof er in die zaken begrip voor dat het even kan duren voordat wetgeving wordt aangepast, en aanvaardt het dat sprake is van geleidelijke veranderingsprocessen.[8] Alleen als veranderingen te traag verlopen of worden geblokkeerd, dan grijpt het Hof alsnog in.[9] Het Hof veroordeelt dat soort 'achterlopende' wetgeving dan vaak scherp, zoals het nog onlangs deed in een zaak over ongelijke pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen in Roemenië.[10] In dat soort zaken is de situatie echter duidelijk anders, in die zin dat het niet gaat om de (discriminatoire) wilsbepaling van individuele personen waarover een civiele rechter moet oordelen.

4. In *Dimici* stond de vraag naar de houdbaarheid van historische, discriminerende wilsuitdrukkingen bij de burgerlijke rechter juist wel centraal. Aan de orde was immers een oprichtingsakte voor een stichting die dateerde uit 1563. Het oprichtingsdocument bevatte een duidelijk discriminerende clause, nu eventuele extra inkomsten die de stichting zou genereren moesten worden uitbetaald aan de *mannelijke* afstammelingen van de stichter. De nationale rechter had dat geaccepteerd, op een sterk vergelijkbare manier waarop de nationale rechter in *Pla en Puncernau* dat had gedaan. De redenering was dat de stichtingsakte eenvoudigweg een reflectie vormde van de sociale opvattingen en ideeën over de rol van vrouwen in de 16^e eeuw. Als uitdrukking van de toenmalige wil van de oprichter van de stichting moest dat uitgangspunt volgens de nationale rechter worden gerespecteerd.[11]

5. Net als in *Pla en Puncernau* wijst het Hof er in *Dimici* op dat die redenering niet door de beugel kan. De nationale burgerlijke rechter heeft als onderdeel van de staat de verplichting om effectieve bescherming te bieden tegen discriminatie.[12] Dat houdt in dat de staat – en dus ook de rechter – voldoende moet doen om discriminatie te voorkomen en waar nodig te beëindigen. Als het Hof zou aanvaarden dat nationale rechters historische ongelijkheden in de private sfeer blijven voortzetten, zou dat volgens het Hof de betekenis van het discriminatieverbod sterk kunnen ondermijnen. Dat is volgens het Hof heel problematisch, omdat het gelijkheidsbeginsel een van de grondbeginselen is van het EVRM.[13] Nog problematischer is het feit dat het hier gaat om een situatie die ertoe kan leiden dat verouderde beelden over de positie van vrouwen – die niet meer aanvaard zijn in Turkije en

in veruit de meeste Europese staten – nog steeds kunnen worden bevestigd.[14] Rechter moeten zich dus bewust zijn van de gelijkheidseisen die tegenwoordig worden gesteld en moeten die als vertrekpunt kiezen.

6. Het Hof lijkt daarmee nog iets strenger te zijn dan het in *Pla en Puncernau* al was. Toen benadrukte het Hof namelijk nog dat de nationale rechter zoveel mogelijk moet zoeken naar een interpretatie die recht doet aan de vrije wil van de contractpartijen, maar daarbij in het achterhoofd moet houden dat die contractpartij ‘cannot be presumed to have meant what he did not say’ en bovendien die uitleg moet kiezen die het nauwst aansluit bij het EVRM en de EHRM-interpretaties.[15] In *Dimici* werpt het Hof de nationale rechter tegen dat hij niet heeft onderzocht of de wil van de stichter in overeenstemming is met het EVRM of met nationale grondrechten en wetgeving, terwijl duidelijk een kwestie voorligt die de gelijkheid van vrouwen en mannen betreft.[16] Ook merkt het Hof op dat de nationale rechters geen redenen hebben aangevoerd om het eigendomsrecht van de stichter voorrang te geven boven het non-discriminatiebeginsel.[17] Dat de eisen in de oprichtingsakte in overeenstemming zouden zijn met het recht zoals dat in 1563 bestond maakt dat volgens het EHRM niet anders, nu de huidige normen van openbare orde en het EVRM het ijkpunt moeten vormen.[18] Van een subtiele verplichting om te zoeken naar een interpretatie die zowel recht doet aan de wensen van de oprichter van de stichting als aan het gelijkheidsbeginsel is dus geen sprake meer. Uitgangspunt is nu dat de stichtingsakte moet worden uitgelegd naar hedendaagse gelijkheidsnormen. Dat zou hoogstens nog anders kunnen zijn als er zeer zwaarwegende redenen tegenover staan, maar het is niet duidelijk wanneer daarvan sprake zou kunnen zijn.

7. De uitspraak bevestigt en versterkt daarmee de betekenis van *Pla en Puncernau* voor horizontale rechtsverhoudingen. Het EHRM benadrukt dat nationale rechters moeten ingrijpen wanneer privaatrechtelijke arrangementen tussen partijen duidelijk in strijd komen met publiekrechtelijke beginselen, in dit geval de gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de verdeling van de extra inkomsten van de stichting. In overeenstemming met de uitspraak in *Pla en Puncernau* bepaalt het Hof daarmee ook dat het non-discriminatiebeginsel zich uitstrekt tot familierelaties:[19] in *Dimici* was weliswaar geen sprake van de verdeling van een erfenis, maar de verdeling van de extra inkomsten van de stichting verliep wel langs familierechtelijke lijnen.

8. Het feit dat het EHRM het non-discriminatiebeginsel zo ver laat doorwerken in privé- en familierelaties, roept de vraag op of een verdergaande doorwerking ook zou zijn gerechtvaardigd in gevallen waarin sprake is van een (commercieel) aanbod aan een algemeen publiek. In het publieke domein zal wellicht nog een sterker argument kunnen worden gemaakt voor de horizontale werking van het non-discriminatiebeginsel dan in privéverhoudingen, zoals de familierechtelijke verhoudingen waarvan in *Pla en Puncernau* of

Dimici sprake was. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de discussie die recentelijk is aangewakkerd door de Britse zaak *Lee t. Ashers Bakery*, waarin een bakkerij weigerde een taart te maken met een slogan voor legalisering van het huwelijk voor mensen van gelijk geslacht, omdat dit tegen de religieuze opvattingen van het bedrijf inging.[20] Volgens de Britse hoogste rechter, het UK Supreme Court, was er in dit geval geen sprake van discriminatie, nu de bakkerij onderscheid maakte op grond van de boodschap, niet op grond van de boodschapper. Een klacht in die zaak werd door het EHRM niet-ontvankelijk verklaard, omdat Lee in de nationale procedure geen direct beroep had gedaan op EVRM-bepalingen en daarmee niet alle nationale instanties had doorlopen alvorens de klacht voor te leggen in Straatsburg.[21] De vraag in hoeverre het non-discriminatiebeginsel de vrijheid van ondernemingen beperkt om klanten te weigeren op basis van religieuze of politieke overtuigingen, heeft het Hof hiermee nog even voor zich uitgeschoven. In het licht van de in *Pla en Puncernau* en *Dimici* uitgezette koers, waarin toetsing van contractsbepalingen uitdrukkelijk wordt genoemd, mag echter worden verwacht dat ook contractenrechtelijke discriminatiekwesties het Hof zullen gaan bereiken.

9. Vanuit een breder gelijkebehandelingsperspectief is de uitspraak in *Dimici* eveneens van betekenis. De laatste tijd wordt er veel gesproken over systemische en institutionele discriminatie, die vaak helemaal niet bewust of bedoeld is, maar die voortkomt uit diepgewortelde en vaak nauwelijks geziene patronen van achterstelling.[22] Minstens zoveel aandacht krijgt algoritmische discriminatie.[23] Algoritmen suggereren beslissingen op basis van een razendsnelle analyse van bestaande data. Als die data uitdrukking vormen van een bepaalde vooringenomenheid (bias), van stereotiepe opvattingen of van maatschappelijke vooroordelen en stigmata, wat heel vaak het geval blijkt te zijn, kunnen algoritmische toepassingen gemakkelijk leiden tot voortzetting van diepgewortelde discriminatiepatronen.[24] Veel discussies richten zich momenteel op de problemen die deze discriminatievormen opleveren, van ‘ongekend onrecht’ doordat systemische discriminatie doorwerkt in wetgeving en de uitvoering ervan[25] en discriminerende werkculturen[26] tot het inzetten van algoritmes voor risicoprofilering en ‘predictive policing’ met discriminatie als mogelijk effect[27].

10. In al die actuele discussies over institutionele en algoritmische discriminatie bestaat maar weinig aandacht voor de rol die de civiele rechter speelt. Dat is begrijpelijk, omdat de civiele rechter – anders dan de bestuursrechter – minder direct met overheidsbesluiten te maken krijgt die een uitvloeisel zijn van institutioneel discriminerend beleid. Tegelijkertijd kan ook de blik van burgerlijke rechters gekleurd zijn door onbewuste stereotypen of door gevestigde beelden over gedrag of kenmerken van bepaalde groepen mensen. Een uitspraak als die in *Dimici* is belangrijk omdat die ons ervan bewust maakt dat discriminatieproblemen niet alleen

in de publieke sector en in wetgeving of beleid een rol spelen, maar natuurlijk ook in de sfeer van horizontale rechtsverhoudingen. In deze zaak lag het er dik bovenop. Het was heel duidelijk dat de stichtingsakte discriminerend was jegens vrouwelijke bestuurders. Dat het dan zaak is dat de burgerlijke rechter ervoor zorgt dat het gelijkheidsbeginsel prevaleert boven de contractvrijheid was bovendien al bekend. De vraag is nu vooral hoever de verplichting, maar ook de verantwoordelijkheid van de civiele rechter hierbij strekt. Ook in tal van arbeidscontracten, huurcontracten, testamentaire bepalingen, of welke andere overeenkomsten of wilsbeschikkingen kunnen immers meer of minder subtiele vormen van discriminatie schuilgaan, die niet altijd even gemakkelijk te detecteren en te bewijzen zullen zijn.[28] Civiele rechters zullen daar een open oog voor moeten houden en zullen klachten over systemische en institutionele, maar ook historische discriminatie serieus moeten nemen. Op die manier kunnen ook zij een bijdrage leveren aan het tegengaan van bijna onzichtbare vormen van achterstelling.

Janneke Gerards

Chantal Mak

[1] *Pla en Puncernau t. Andorra*, EHRM 13 juli 2004, nr. 69498/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD006949801, *EHRC* 2004/87 m.nt. E. Brems, *NJ* 2005/508 m.nt. J. de Boer.

[2] *Pla en Puncernau*, reeds aangehaald (noot 1), par. 59.

[3] *Pla en Puncernau*, reeds aangehaald (noot 1), par. 62.

[4] *Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*, EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, *EHRC* 2009/17 m.nt. J.H. Gerards, *NTM* 2009, p. 893 m.nt. L.F.M. Verhey, *AB* 2009/286 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2010/149 m.nt. E.A. Alkema.

[5] *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*, reeds aangehaald (noot 4), par. 44.

[6] *Khurshid Mustafa en Tarzibachi*, reeds aangehaald (noot 4), par. 46-47.

[7] Het Hof kreeg nog wel eens de vraag voorgelegd of een contractuele bepaling in het licht van het gelijkheidsbeginsel moest worden uitgelegd, maar het historische element dat typerend is voor *Pla en Puncernau* en *Dimici* deed zich in die zaak niet voor; zie *Velcea en Mazăre t. Roemenië* (EHRM 1 december 2009, nr. 64301/01, ECLI:CE:ECHR:2009:1201JUD006430101, *EHRC* 2010/21 m.nt. H. van Hedel, *NJ* 2010/206 m.nt.

S. Perrick).

[8] Zie bijv. *Stec t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 12 april 2006, 65731/01 en 65900/01, ECLI:CE:ECHR:2006:0412JUD006573101, *EHRC* 2006/72, m.nt. F. Pennings, *AB* 2006/190, m.nt. F. Pennings, par. 61-65; *Stummer t. Oostenrijk* (GK), EHRM 7 juli 2011, nr. 37452/02, ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD003745202, *EHRC* 2011/136, m.nt. B. Barentsen; *Bradshaw e.a. t. Malta*, EHRM 23 oktober 2018, nr. 37121/15, ECLI:CE:ECHR:2018:1023JUD003712115, par. 82.

[9] Zie bijv. *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806, *EHRC* 2012/117 m.nt. J.H. Gerards, par. 139-140.

[10] *Moraru en Marin t. Roemenië*, EHRM 20 december 2022, nrs. 53282/18 en 31428/20, ECLI:CE:ECHR:2022:1220JUD005328218.

[11] *Dimici*, par. 143.

[12] *Dimici*, par. 127.

[13] *Dimici*, par. 144.

[14] *Dimici*, par. 145.

[15] *Pla en Puncernau*, reeds aangehaald (noot 1), par. 62.

[16] *Dimici*, par. 143.

[17] *Dimici*, par. 144.

[18] *Dimici*, par. 145.

[19] H. Collins, 'The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner', *Law and Contemporary Problems* 2013, p. 87.

[20] *Lee v Ashers Baking Company* [2018] UKSC 49.

[21] *Lee t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 2021 (ontv. besl.), 18860/19, ECLI:CE:ECHR:2021:1207DEC001886019, par. 77.

[22] Zie bijv. het rapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie Eerste Kamer, *Gelijk recht doen. Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, Den Haag, juni 2022, p. 7.

[23] Zie voor Nederland nader bijvoorbeeld B. van der Sloot e.a., *Handreiking non-discriminatie*

by design, 2021 (via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/06/10/handreiking-non-discriminatie-by-design>). Deze handreiking is juist gericht op het tegengaan van discriminatie in algoritmen. Zie over de oorzaken van algoritmische discriminatie en de rol die historische data daarbij spelen ook nader J.H. Gerards en R. Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Brussel: Europese Commissie 2020, p. 42, met verdere bronverwijzingen. Zie uitgebreid ook A. Soriano Aranz, *Posibilidades actuales y futuras para la regulación de la discriminación producida por algoritmos*, Diss. Universiteit van Valencia 2020, in het Engels te lezen via deze link.

[24] Zie de in de vorige noot genoemde bronnen.

[25] Zie het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht, Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, bijlage*. Zie daarnaast o.m. K. Geertsema e.a., 'Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht', *NJB* 2021 (14) p. 1046-1053.

[26] Zie voor de politie bijv. V. Ljujic en O. Verhaar, *Gelijk recht doen. Deelrapport politie*, Casusonderzoek Eerste Kamer, juni 2022; bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken lijkt sprake te zijn van institutioneel racisme; zie J. Omlo e.a., *Racisme bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Een verkennend onderzoek*, Utrecht: Bureau Omlo 2022, via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/12/12/racisme-verkenning-rapport-omlo>.

[27] Zo leverde het systeem-risico-indicatie- of SyRi-systeem verdenkingen van discriminatie op; zie m.n. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.92.

[28] Zie over bewijsvragen: S. De Rey and P. Foubert, 'Private Enforcement of Anti-Discrimination Legislation: Some Perspectives on Locus Standi, Evidence and Remedies' in *Edward Elgar Handbook on European Anti-Discrimination Law* (te verschijnen).