

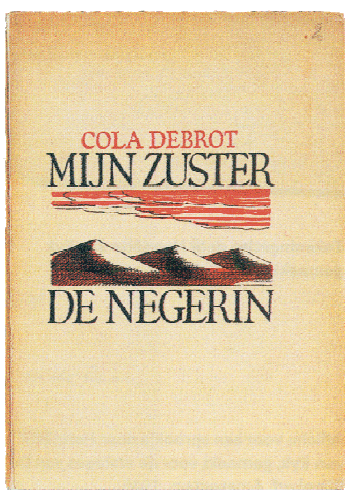
De afdwingbare voorkeur voor diversiteit

Naar aanleiding van de gelijkebehandelingslezing van Alexander Rinnooy Kan,
Verschuif verrijkt. Het saldo van diversiteitsbeleid

Alex Geert Castermans
Den Haag, 14 december 2010

Dank u, mijnheer Rinnooy Kan, voor uw lezing over de zegeningen van diversiteitsbeleid. Uw betoog is van alle tijden.

Kent u het verhaal uit de jaren dertig, de jaren dertig van de vorige eeuw? De haven van een Nederlands-Westindisch eiland, die begon met een lange geul en eindigde in een grillige baai. De toegang was zo breed, dat vrij grote steamers er makkelijk in konden keren. Op een middag – zo'n middag gelijk aan vele middagen in de tropen – wendde zich juist zo'n schip in de haven. Kleine sloepen trokken aan de kabels die telkens tegen de watervlakte aansloegen alsof er onzichtbare reuzinnen bezig waren touwtje te springen. Een jongeman stond op het dek. Hij keek naar dit alles en dacht het is wonderbaarlijk dat ik hier op dit eiland, waar ik geboren ben, terugkom - misschien omdat ik genoeg heb van Europa waar men veel te weinig negers ziet. Bij een negerin wil ik leven. Ik zal haar noemen: mijn zuster de negerin. Ik haatte in Europa de bleke gezichten met hun visachtige kilheid, hun gebrek aan broederlijke en zusterlijke sympathie.



Misschien kent u dit verhaal, van Cola Debrot. Hij was in 1935 nog een jonge schrijver. Veertig jaar later – in 1975, hij was inmiddels gouverneur van de Antillen geweest – blikte hij terug op Mijn zuster de negerin, volgens hem een verhaal over interetnische verhoudingen, over de vermenging van rassen, over de onuitgesproken spanningen die hiermee gepaard gaan.

En hij was somber. Om de somberen onder ons perspectief te geven, wil ik het met u hebben over de afdwingbare voorkeur voor diversiteit.

Want wij horen zojuist en wij weten dat dezer dagen veel en goed werk wordt gedaan om de waarde van verschil duidelijk te maken en managers en medewerkers erop te wijzen hoe zij die waarde kunnen realiseren. Daarvoor is er diversiteitsbeleid. Ik wil, als hoogleraar burgerlijk recht, met u twee juridische aspecten van dat beleid bespreken. Eerst iets over voorkeursbeleid binnen diversiteitsbeleid, dan over afdwingbaarheid van diversiteitsbeleid.

*

Voorkeursbeleid is omstreden, omdat de voorkeur voor de één achterstelling van de ander meebrengt. Ik noem u de casus van mevrouw Barbara Grutter die zich in 1997 aanmeldde voor de prestigieuze University of Michigan Law School. De universiteit zat niet om kandidaten verlegen en hanteerde dan ook een strenge selectie. Daarbij gold als uitgangspunt dat de studentenbevolking een diverse moet zijn. In de selectieprocedure waren, naast de cijfers, ook afkomst, ervaring, maatschappelijke betrokkenheid en persoonlijke omstandigheden van belang.

Zo kon het gebeuren dat de bovengemiddelde cijfers en testcores van Barbara Grutters niet voldoende waren voor een plaats aan de University of Michigan Law School. Grutter liet het hier niet bij zitten. Zij startte een procedure. Zij stelde dat de universiteit zich schuldig maakte aan discriminatie omdat de universiteit ras als overheersende factor gebruikte bij de selectie van haar studenten. Hierdoor zouden bepaalde minderheden een significant en ongeoorloofd voordeel genieten boven de niet-minderheden.

Is de bevoordeling van de ene kandidaat boven de andere op basis van ras of etniciteit te verenigen met het beginsel dat iedere burger gelijke rechten heeft? Maakt de universiteit zich dan niet aan dezelfde discriminatie schuldig als de Amerikaanse universiteiten die een halve eeuw geleden zwarte studenten weerden?

De Supreme Court oordeelde in 2003 dat het streven naar diversiteit binnen de studentenbevolking een dwingend publiek belang is. Een belang dat een rechtvaardiging kan vormen voor het gebruik van afkomst in de toelatingsprocedures voor universiteiten.

Zie: Supreme Court 23 juni 2003, no. 02-241,
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=539&page=306>

Er was mooi geprocedeerd, met veel bewijs van de noodzaak en de positieve effecten van diversiteitsbeleid. Er was steun van andere topuniversiteiten, vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en de Amerikaanse staat, het leger. Ronkend klonk het dat diversiteitsbeleid een academische omgeving creëert die tot de meest robuuste uitwisseling van ideeën leidt, het optimale klimaat voor de opleiding en vorming van toekomstige leiders. En met succes, de Supreme Court overwoog dat dit streven de kern raakt van waar een topuniversiteit zich mee bezig dient te houden. Het beleid van de universiteit kreeg de zegen, omdat de afkomst van de kandidaat weliswaar een belangrijke factor was, maar niet de enige, en als absolute voorwaarde was en bleef dat de kandidaten capabel zijn.

Schaarste verdelen vraagt keuzes, en er is weinig op tegen daarbij te letten op het belang van een divers samengesteld personeelsbestand, zoals de rechtenfaculteit van mijn universiteit zou mogen rekening houden met het belang bij een diverse rechterlijke macht, bij een balie vol verschil. Dit zouden wij moeten erkennen als een maatschappelijk belang dat rechtvaardigt dat we de voorkeur geven aan de een boven de ander, bij gelijke

geschiktheid (vergelijk Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 223-239).

Waar let u op als u een sollicitant beoordeelt, waar let ik op als ik een cijfer geef aan een student? De brandweeracademie van de stad New York hanteerde een strenge toelatingstest. De vraag rees waarom een stad die bekend staat als een smeltkroes een brandweerkorps heeft dat voor het overgrote deel bestaat uit blanke mensen. Was die toelatingstest dan wel valide? Alle eigenschappen die een goed brandweerman moet hebben waren op een rij gezet: moed, kracht, richtingsgevoel, samenwerken – en uitgewerkt in een heel rij eigenschappen. Te veel voor een toelatingstest. Daarom selecteerden experts de achttien belangrijkste eigenschappen van een goed brandweerman. Van die achttien bleken er slechts negen toetsbaar te zijn, geschikt om te gebruiken in een schriftelijke toelatingstest. Met als resultaat dat de schriftelijke vaardigheden van een kandidaat doorslaggevend waren voor de beoordeling van zijn geschiktheid als brandweerman. Daarmee ging de test voorbij aan wat in wezen het allerbelangrijkst werd gevonden, dat zijn naast fysieke kwaliteiten die pas in een later stadium zouden worden getoetst: luistervaardigheid en mondelinge communicatie. Er moest een rechter aan te pas komen om een einde te maken aan de nodeloos discriminerende testpraktijk. En inefficiënte, want hele goede brandweerlieden in spe waren zo buiten beeld gebleven.

United States District Court – eastern district of New York – 22 juli 2009, case 1.07-cv-02067-NGG-RLM Document 294; zie:
<<http://www.nylj.com/nylawyer/adgifs/decisions/080609garaufis.pdf>>

En als ze eenmaal binnen zijn, die studenten en brandweerlieden van allerlei pluimage, dan volgt het diversiteitsbeleid om ze binnen te houden.

*

Dat alles is niet afdwingbaar. Ondernemingen committeren zich eraan in de regel op basis van vrijwilligheid en leggen dit neer in hun gedragscodes. Unilever, Shell en Ahold staan, blijkens hun gedragscodes, voor verschil op de werkvloer.

- Unilever bijvoorbeeld streeft blijkens haar gedragscode naar verscheidenheid onder haar medewerkers – en zal medewerkers uitsluitend werven, in dienst nemen en bevorderen op basis van capaciteiten en vaardigheden die nodig zijn voor het werk dat moet worden gedaan.
- De algemene beleidsuitgangspunten van Shell zijn gericht op het stimuleren van de ontplooiing en het optimaal benutten van het talent van haar medewerkers, het scheppen van een werkomgeving voor verschillen en waarin alle medewerkers gelijke kansen hebben om hun vaardigheden en talenten te ontplooien. In haar gedragscode vraagt zij managers kritisch te kijken naar zichzelf: verplaatst u zich in het standpunt van de ander, zijn uw persoonlijke gevoelens, vooroordelen of voorkeuren van invloed op uw beslissingen?

- En de Ahold Global Code of Professional Conduct and Ethics schrijft voor, na een pagina's lange introductie over hoe met die code moet worden omgegaan – het is een “introduction to important laws and policies that must be followed”;

Deze code schrijft voor:

Ahold is an equal opportunity employer – Our businesses have long been culturally diverse and desirable places to work. Our companies recruit, hire, train, promote, discipline and provide other conditions of employment without regard to a person's race, color, religion”

en zo meer.

Mensen worden beoordeeld op hun eigen kwaliteiten. De werknemer moet de juiste man of vrouw op de juiste plaats zijn en de manager moet de ruimte geven om die te zijn en te blijven. Dat is een nobel streven, er is een lange weg *To Go*.

Waarmee ik voor de goede verstaander refereer aan de onfortuinlijke blunder van de afdeling personeelszaken van de exploitant van winkels op treinstations, die noteerde dat voor de vestigingen van *AH to go* op de stations Den Haag CS, Amsterdam CS en Amsterdam Lelylaan geen behoefte is aan werknemers van Marokkaanse afkomst. CGB 1 april 2010, oordeel 2010-56 en <http://www.nu.nl/economie/2267443/managers-ah-to-go-ervolgd-wegens-discriminatie.html>, geraadpleegd op 14 juni 2010.

Goede voornemens, vrijwillig neergelegd in codes, kunnen toch juridisch relevant zijn.

Zie voor de invloed van codes op voor interne aansprakelijkheid: Hof Amsterdam 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (Batco); HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO); HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241 (KPN/Sobi) en HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 en 612 (Versatel).

Als een ondernemer zich uitspreekt over waar hij naar streeft, dan krijgt zijn streven betekenis bij het invullen van de privaatrechtelijke open normen – het geeft richting aan wat hem als goed werkgever betaamt, wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Als dan de man op dat schip in de Antilliaanse haven zich in Nederland afgewezen voelde in de omgeving van Europeanen met hun visachtige, in peroxide gebleekte kilheid, dan volstaat niet de toets aan het wettelijk verbod van discriminatie, maar kan worden onderzocht of zijn werkomgeving voldeed aan de daaraan te stellen eisen, waarbij kan worden gelet op het zelf gekozen uitgangspunt van diversiteit.

En naar mate meer werkgevers zich in gelijke zin uitspreken als Unilever, Shell, Ahold, zal eerder kunnen worden getoetst aan wat volgen ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Het bedrijfsleven gaat dus de goede kant op, omdat het weet en ervaart dat het profijtelijk is. Waarom dan toch heeft het kabinet met zoveel woorden besloten – de relaterende en bemoedigende woorden van minister Donner ten spijt – om niet langer voorkeurs- en diversiteitsbeleid te voeren?

De mededeling gedaan in het hoofdstuk over *Immigratie* en onder de kop *Integratie* van het regeerakkoord – niet: gedoogakkoord – luidt:

“Het kabinet beëindigt het diversiteits/voorkeurbeleid op basis van geslacht en etnische herkomst. Selectie moet plaatsvinden op basis van kwaliteit.”

De toespraak van minister Donner dateert van 18 november 2010; zie:
<http://www.rijksoverheid.nl/regering/het-kabinet/bewindspersonen/piet-hein-donner/toespraken/2010/11/18/minister-donner-geeft-in-toespraak-visie-op-diversiteitsbeleid.html>

Waarom haakt het kabinet af, en dan nog onder het valse mom van : wij gaan de beste selecteren? Vals, omdat de beste – gelijke geschiktheid altijd en overal al uitgangspunt was, is en volgens de oordelen van de Commissie gelijke behandeling en de arresten van het Hof van Justitie behoort te zijn van voorkeurs- en diversiteitsbeleid? Vals, omdat het staat onder het hoofdstuk immigratie, onder de kop integratie?

*

De somberheid van Cola Debrot steekt toch de kop op.

Mijn volk, mijn volk, verzuchtte hij in 1975, wanneer zult gij ophouden de ogen te sluiten en zult gij met open vizier de werkelijkheid tegemoet treden? Ik weet, schreef Debrot, dat er zich een nieuw type ogensluiters heeft ontpopt – die menen dat het taboe tot een voltooid verleden tijd behoort. Zeker, dat taboe behoort tot het verleden, maar in niet mindere mate ook tot het heden en de toekomst.

Wat is dan dat taboe, nu? Niet of niet langer rust er een taboe op het benoemen van verschil of het ongemak dat wordt ervaren bij de kennismaking met mensen van een of andere afkomst. Wel rust er een taboe rust op de erkenning dat het voor velen onder ons gewoonweg te veel is verschil als iets goeds te aanvaarden, en daarnaar te handelen. Daar hadden de managers van gisteren af en toe een heisessie voor nodig om dat te zien. En zij hebben dat ook nu nog nodig, vandaag, en in de toekomst.

Dank u wel.