

Het ontslagverbod bij discriminatie eindelijk ingevoerd

Met ingang van 1 september 1994 is na bijna 15 jaar discussie de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB, *Stb.* 1994, 230) in werking getreden. De wet verbiedt vele vormen van discriminatie op een breed civielrechtelijk terrein. Naast de discriminatie naar geslacht die in het arbeidsproces privaatrechtelijk al was verboden op grond van de Wet gelijke behandeling m/v (die overigens in stand blijft), is nu ook discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in het verkeer tussen burgers verboden. En niet alleen op het terrein van de arbeid, maar ook bij het aanbieden van goederen en diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindiging van overeenkomsten ter zake, zowel in beroep of bedrijf, door de openbare dienst als door instellingen op het gebied van welzijn, volksgezondheid, cultuur of onderwijs als ook door particulieren die een openbaar aanbod doen.

In de juridische literatuur is de opzet van de wet reeds veelvuldig kritisch besproken, zie Rodrigues (*SR* 1993, blz. 83) en Simon (*SR* 1994, blz. 39). De publieke discussie handelde nogal eenzijdig over kwesties rond de aanstelling van homoseksuele leerkrachten in het bijzonder onderwijs. Terecht is bij de behandeling in de Eerste Kamer door de bewindslieden opgemerkt, dat de discussie over deze wet zich te veel heeft beperkt tot beperkte onderdelen, waar tegenover zij de functie benadrukten die de wet kan hebben bij de bestrijding van met name racisme en vreemdelingenhaat.

Hier wil ik wijzen op twee belangrijke arbeidsrechtelijke aspecten van de nieuwe wet. In de eerste plaats geldt dat voor de ruime werkingssfeer. Door de vele discriminatiecriteria en het verbod van *indirect* onderscheid kunnen in de toekomst vele zaken aan de orde worden gesteld als een schending van het discriminatieverbod, die wellicht vroeger elders in het arbeidsrecht zouden zijn ondergebracht. Een aanknopingspunt daarbij vormt een recent verzoek van een kapsalon tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemster die weigerde te werken zonder hoofddoekje. De werknemster beriep zich hierbij niet alleen op haar – grondwettelijk gegarandeerde – godsdienstvrijheid, maar ook op 'discriminatie wegens geloof, afkomst of geslacht'. De kantonrechter wees het verzoek overigens af op basis van een belangenafweging (Ktg. Alphen aan den Rijn 22 maart 1994, *JAR* 1994/82; *NJCM-Bulletin* 1994, blz. 569). In de toekomst zal in dergelijke zaken, die in wezen de grondrechten van vrijheid van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid betreffen, ook een beroep kunnen worden gedaan op de AWGB, met het argument dat het hier gaat om discriminatie op dat gebied. Indirect beschermt de AWGB derhalve ook andere grondrechten, op een manier die doet denken aan hoe bijvoorbeeld in de Verenigde Staten vele zaken onder het discriminatieverbod worden gebracht (zie in deze aflevering de bijdrage over de alcohol- en drugproblematiek). De AWGB kan aldus een centrale plaats in ons arbeidsrecht gaan innemen. In veel procedures zal worden gesteld dat (in elk geval ook) het discriminatieverbod is geschonden. Dit zal zeker bijdragen aan een verdere ontwikkeling van het discriminatiebegrip. Daarbij moet niet worden uitgesloten dat de rechter, in aansluiting op de AWGB, ook sneller horizontale werking zal willen verlenen aan art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR ten aanzien van nog niet in de wet geregelde vormen van discriminatie, zoals in verband met handicaps of leeftijd. De wetgever heeft daar tijdens de parlementaire behandeling alle ruimte voor gelaten.

Daarnaast maakt de AWGB ook een einde aan een langdurige

discussie over de wenselijkheid van de invoering van een ontslagverbod bij discriminatie. In vorige gelijke-behandelingswetten ontbrak een dergelijke bepaling en dat gold ook voor het oorspronkelijke voorstel AWGB. Wel kwam een – beperkt – voorstel daartoe al voor in wetsvoorstel 21 479, het in de Eerste Kamer gestrande voorstel tot herziening van het ontslagrecht. Uiteindelijk is via de Tweede Nota van Wijziging op de AWGB het ontslagverbod bij discriminatie vrij geruisloos terecht gekomen in art. 8 van deze wet.

Technisch is de regeling van het ontslagverbod niet vlekkeloos. De regeling is klakkeloos overgenomen uit art. 7A:1639o BW, zonder dat de zwakke punten van dat artikel zijn weggenomen, zoals dat wel in het voorstel voor titel 7.10 NBW is gebeurd. Art. 8 AWGB verklaart beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met art. 5 (dat het discriminatieverbod in verband met de arbeid regelt) nietig. De werknemer moet de nietigheid binnen twee maanden inroepen door kennisgeving aan de werkgever. In feite is er dus sprake van vernietigbaarheid, waarbij echter niet is aangesloten bij de terminologie van het nieuw BW. De loonvordering verjaart na zes maanden. Ook de merkwaardige bepaling dat de beëindiging in strijd met het ontslagverbod de werkgever niet schadeplichtig maakt is uit het BW overgenomen. Een veelvuldig daardoor opgeroepen misverstand is dat ontslag in strijd met het ontslagverbod geen schadevergoeding zou kunnen opleveren. Dat is echter uiteraard wel het geval. Die schadevergoeding kan dan echter niet gebaseerd zijn op de schadeplichtigheid van art. 7A:1639o BW, maar op kennelijk onredelijk ontslag (art. 7A:1639s BW, zie HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 inzake bestuurders van vennootschappen). Daarnaast kan schending van het discriminatieverbod ook schadevergoeding opleveren op grond van tekortkoming in de nakoming of (buiten overeenkomst) uit onrechtmatige daad. Het arrest van de Hoge Raad in de Nedlloyd-zaak (HR 20 maart 1992, *JAR* 1992/11), volgens hetwelk discriminatoir ontslag niet tot nietigheid leidde, omdat art. 3:40 BW niet in het ontslagrecht zou werken, is hiermee voor discriminatiezaken niet meer van belang.

De in de literatuur wel geuite bezwaren tegen de nietigheidssanctie, dat het hier slechts een geldelijke sanctie zou betreffen, zijn erg theoretisch tegen de achtergrond van de ruime mogelijkheden om in kort geding of bij voorlopige voorziening toelating tot het werk te vorderen. Juist voor de praktijk is de nietigheidssanctie een nuttig instrument, omdat hierdoor een voorlopige voorziening mogelijk wordt en de bewijslast bij de werkgever als sterkere partij komt te liggen. Wel kan gezegd worden dat bij dit ontslagverbod een grotere rechtsonzekerheid kan bestaan of de dienstbetrekking nu wel of niet rechtsgeldig is beëindigd, aangezien dit achteraf door de rechter zal moeten worden beslist en de uitslag in veel gevallen niet op voorhand zal zijn te voorspellen. Daarom zal echter van deze sanctie ook een belangrijke preventieve werking uitgaan, die de effectiviteit van de AWGB zal vergroten. En daarmee is het belang van de vernietigingssanctie weer eens onderstreept, hetgeen mede van belang is voor de inmiddels permanente discussie over de algemene herziening van het ontslagrecht.

G.J.J. Heerma van Voss