Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008

Gerards, J.H.; Zoontjens, P.J.J.

Citation
Gerards, J. H., & Zoontjens, P. J. J. (2009). *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/13940

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/13940

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008

Hoofdredactie:

Prof. mr. J.H. Gerards
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

Redactie:

Mr. M.F. Baltussen
Mr. E. Cremers-Hartman
Mr. M. Davidović
Mr. A.W. van Leeuwen
Dr. lic. A.J. Overbeeke
J.A. Schoonheim
Mr. M.J. Strijkers
Mr. dr. M.S.A. Vegter
Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen
Mr. S.K. van Walsum
Mr. M.B. de Witte-Van den Haak

Met medewerking van:

Mr. M.M. den Boer
Prof. E. Bonthuys
Prof. mr. A.G. Castermans
Prof. dr. W.G.J. Duyvendak
Prof. mr. C. Groenendijk
Mr. F. Hendrickx
Dr. M. van der Klein
Prof. mr. T. Loenen
Prof. mr. L.C.J. Sprengers
Prof. dr. S. Stuurman
Mr. G.Th. Terpstra
Prof. dr. R.C. Tobler
Mr. J. Uzman

www.cgb.nl

Commissie Gelijke Behandeling
Kleinesingel 1-3
Postbus 16001
3500 DA Utrecht
telefoon: 030 888 38 88
teksttelefoon: 030 888 38 29
fax: 030 888 38 83
e-mail: info@cgb.nl
website: www.cgb.nl
Telefonisch juridisch spreekuur iedere werkdag van 14.00 tot 16.00 uur

Uitgever: Wolf Legal Publishers
Omslagontwerp: Den graphics

© 2009

ISBN 978-90-5850-377-0

Dit boek is een uitgave van Wolf Legal Publishers, Postbus 31051, 6503 CB Nijmegen
Tel: 024 355 19 04, E-Mail: info@wolfpublishers.nl, http://www.wolfpublishers.nl

Inleiding – algemene ontwikkelingen in het gelijkebehandelingsrecht

Ingebrekestelling Europese Commissie

Waar 2007 voor het gelijkebehandelingsrecht als een relatief rustig jaar kon worden gekenschetst,[1] geldt datzelfde niet voor 2008. Het jaar begon al met een ingebrekestelling door de Europese Commissie: Nederland zou de uit 2000 daterende Kaderrichtlijn[2] niet op een goede manier in het nationale recht hebben omgezet.[3] In het met redenen omkleed advies constateerde de Commissie eind januari dat de Nederlandse implementatie van de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen op vier punten tekort schiet: de definities van direct en indirect onderscheid in de AWGB en de WGBL zijn niet geheel conform de richtlijn; de AWGB bevat een te ruime uitzonderingsclausule voor privéverhoudingen (artikel 5, derde lid, AWGB); kerkgenootschappen zijn ten onrechte geheel uitgesloten van het verbod van onderscheid (artikel 3 AWGB); en de uitzonderingsbepaling voor instellingen op religieuze grondslag om onderscheid te kunnen maken bij de aanstelling van personeel is te ruim geformuleerd (artikel 5, tweede lid, AWGB).[4]
De CGB heeft de Nederlandse regering naar aanleiding van de ingebrekestelling geadviseerd om op een aantal punten de wetgeving te wijzigen, waarbij zij teruggreep op de resultaten van de evaluatie van de AWGB uit 2006.[5] De uitzondering voor aanstelling van personeel in de privésfeer is volgens de CGB te breed geformuleerd. Hoewel het recht op privacy in sommige gevallen moet voorgaan op het recht op gelijke behandeling, vindt de CGB dat de uitzondering moet worden beperkt tot, bijvoorbeeld, situaties van persoonlijke verzorging binnen de eigen huishouding door een privépersoon.[6] Ten aanzien van de uitzonderingsbepaling voor religieuze instellingen, neergelegd in artikel 3 AWGB, had Vermeulen in de externe evaluatie van de AWGB in 2006 geconcludeerd dat deze op zichzelf een aanvaardbaar compromis vormt tussen het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst.[7] Wel achtte hij het enigszins problematisch dat het Europese recht uitzonderingen voor kerkelijke ambten alleen toelaat als het gaat om wezenlijke beroepsvereisten die kunnen worden gesteld ten aanzien van het geestelijk ambt of aanverwante, geloofsinterne functies. De AWGB-uitzondering is ruimer geformuleerd, in die zin dat alle rechtsverhoudingen

---

1 Zie de inleiding op de vorige Oordelenbundel: J.H. Gerards, 'Inleiding', in: J.H. Gerards (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: WLP 2008, p. 5.
2 Rl. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb. EG* 2000 L 303/16.
3 Ingebrekestelling inbreuk nr. 2006/2444, Brussel, 31 januari 2008.
4 Met redenen omkleed advies van de Europese Commissie gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van artikel 2, lid 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG, Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, Bijlage: C(2008)0115.
5 CGB-advies/2008/02 inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG.
6 CGB-advies/2008/02, p. 7.
7 B.P. Vermeulen, 'Kerkgenootschap en geestelijk ambt', in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2006, p. 247.

binnen kerkgenootschappen worden uitgezonderd, ook als zij niet direct betrekking hebben op het geestelijk ambt en aanverwante functies. Vermeulen zag hierin niet direct reden om de AWGB te wijzigen. Blijkens haar advies aan de regering denkt de CGB hierover iets anders: gelet op de ingebrekestelling is zij van oordeel dat voor wijziging aanleiding kan bestaan. Wel stelt zij daarbij dat er geen aanwijzing is dat de Richtlijn heeft beoogd de benoeming van personen die een geestelijk ambt vervullen, zoals pastoors, imams en vergelijkbare functionarissen, aan banden te leggen. Gelet op de onduidelijkheid van de richtlijn op dit punt, is ook volgens de Commissie geen directe noodzaak tot wijziging aanwezig. Wel bestaat er ook op nationaal niveau discussie over de uitleg van artikel 3 AWGB. Juist daarom vindt de CGB dat er goede reden is de uitzondering in ieder geval te herdefiniëren overeenkomstig de eisen van artikel 4, eerste en tweede lid, van de Kaderrichtlijn.[8] Daarvoor lijkt temeer reden te bestaan daar artikel 3 AWGB kerkgenootschappen volledig buiten de reikwijdte van de AWGB plaatst, wat dus ook betekent dat het verbod van intimidatie niet van toepassing is op kerkgenootschappen. De Europese Kaderrichtlijn laat geen ruimte voor een dergelijke uitzondering. Alleen al om die reden ligt aanpassing voor de hand.

Dan is er nog de vraag naar de mogelijkheid van instellingen op religieuze grondslag om onderscheid te maken bij de aanstelling van personeel (artikel 5, tweede lid, AWGB). Het gaat daarbij bijvoorbeeld om bijzondere scholen die alleen leraren met een bepaalde religieuze overtuiging willen aanstellen. De discussie is van oudsher of daarbij, behalve met de religieuze overtuiging als zodanig, ook rekening mag worden gehouden met leefstijl. De vraag is bijvoorbeeld of een streng religieuze school die vanuit de geloofsovertuiging grote bezwaren heeft tegen homoseksualiteit, een leraar mag weigeren die samenleeft met iemand van hetzelfde geslacht. In de AWGB is voor dit soort situaties de bekende 'enkele-feitconstructie' opgenomen. Dat betekent dat een instelling op religieuze grondslag eisen mag stellen die nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, tenzij haar beslissing zou leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Deze enkele-feitconstructie kan in bijzondere omstandigheden zo worden gelezen dat geen sprake is van verboden onderscheid in het genoemde voorbeeld. Dit is het geval als godsdienst en leefstijl feitelijk zo nauw met elkaar zijn verbonden dat niet kan worden gezegd dat de gestelde leefstijleisen leiden tot onderscheid op het 'enkele feit' van seksuele gerichtheid.[9] De Europese Commissie is van oordeel dat deze uitzonderingsbepaling van de AWGB niet goed aansluit bij de Kaderrichtlijn. Uitzonderingen op het verbod van discriminatie moeten strikt worden geïnterpreteerd. De CGB heeft de bezwaren van de Europese Commissie zo uitgelegd dat een identiteitsgebonden instelling volgens de Kaderrichtlijn alleen onderscheid mag maken als dit is gebaseerd op de godsdienst of levensovertuiging. Dit onderscheid mag vervolgens geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen, zoals wel lijkt te worden toegelaten door de enkele-feitconstructie. De CGB sluit zich in haar advies aan bij dit oordeel van de Europese Commissie en adviseert de regering om de uitzondering te herformuleren.[10]

Dit laatste advies is voorwerp geworden van heftig politiek debat. De minister van OCW legde in een brief aan de Kamer uit dat hij geen reden zag om de enkele-feitconstructie te schrappen, omdat de AWGB volgens hem nu al niet toestaat dat een

8 CGB-advies/2008/02, p. 9.
9 Zie de nota naar aanleiding van het verslag bij de AWGB, *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 41 en *Kamerstukken II* 1992/93, *Handelingen* 10 februari 1993, 47-3514 t/m 47-3516; vgl. verder oordeel 1999-38 en 2007-100.
10 CGB-advies/2008/02, p. 10.

christelijke school een docent weigert omdat hij samenleeft met iemand van hetzelfde geslacht.[11] In een Kamerdebat bleek echter dat verschillende Kamerleden het van groot belang vinden dat de uitzondering wordt geschrapt.[12] De regering vond het duidelijk lastig om in deze discussie een standpunt in te nemen. Zij heeft de vraag of de enkele-feitconstructie moet worden vervangen inmiddels doorgeschoven naar de Raad van State, die daarover in 2009 zal adviseren.[13] Het kabinet wacht met het geven van een oordeel over de wenselijkheid tot aanpassing van artikel 5, tweede lid, maar ook van artikel 3 AWGB (de uitzondering voor kerkgenootschappen), tot dit advies is uitgebracht.[14]

Kabinetsstandpunt ingebrekestelling en evaluatie

Op de andere punten van de ingebrekestelling heeft de regering in december 2008 gereageerd met een lang verwacht kabinetsstandpunt, waarin zij ook ingaat op de evaluatie van de AWGB.[15] De tweede evaluatie van de AWGB door de Commissie Gelijke Behandeling dateerde alweer uit 2005 en besloeg de periode 1999-2004.[16] De externe evaluatie kwam in 2006 gereed.[17] Het was dan ook hoog tijd dat de regering aangaf hoe zij tegenover de diverse bevindingen en aanbevelingen stond die uit beide evaluaties voortkwamen. Verrassend is dat het kabinetsstandpunt erg kort is, zeker nu het zowel de evaluaties als de ingebrekestelling betreft. Niettemin bevat het standpunt een aantal belangrijke besluiten en voornemens.

Allereerst zal, naar aanleiding van eerdere dringende adviezen van de Raad van State, in alle gelijkebehandelingswetgeving de term 'onderscheid' worden vervangen door de term 'discriminatie'. Reden daarvoor is volgens de regering dat de term beter aansluit bij de terminologie van de richtlijnen en op ondubbelzinnige wijze dezelfde rechtsbescherming verzekert als de richtlijnen beogen te bieden. Ook sluit de term beter aan bij de terminologie van artikel 1 Grondwet en van internationaalrechtelijke bepalingen, en benadrukt de term de ernst van het fenomeen. Tegelijkertijd verwacht de regering niet dat de wijziging leidt tot veranderingen in de oordelenlijn van de Commissie Gelijke Behandeling, en geeft zij toe dat uit het externe evaluatieonderzoek is gebleken dat er geen overtuigende juridische gronden bestaan voor de keuze voor de ene of de andere term. Zeker nu uit een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de EG (*Age Concern England*)[18] is gebleken dat het HvJ EG minder hoge eisen stelt aan de precieze implementatie van richtlijnen dan de Raad van State lijkt te denken, en ook gelet op de bezwaren die de CGB eerder al heeft geuit tegen de aanpassing, kan de vraag worden gesteld of het wel echt nodig is om deze wetstechnisch ingewikkelde procedure te ondernemen.

Andere kabinetsbesluiten kunnen met meer gejuich worden onthaald. Zo geeft de regering in het kabinetsstandpunt aan dat het wenselijk is om in de AWGB een uit-

---

11 *Kamerstukken II* 2007/08, 27017, nr. 34.

12 Debat van 11 maart 2008 (vragenuur), Vragen van het lid Van der Ham aan de minister voor Jeugd en Gezin, tevens vice-premier, en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de onenigheid in het kabinet ten aanzien van de enkele-feitconstructie.

13 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 2.

14 Overigens heeft de regering in een reactie aan de Europese Commissie op het met redenen omkleed advies wel aangegeven dat zij van mening is dat met artikel 5, tweede lid AWGB een juiste uitvoering is gegeven aan de richtlijn, mede gelet op de inmiddels (in de oordelen van de CGB) ontstane rechtspraktijk; zie *Kamerstukken II* 2007/08, nr. 40 en bijlage.

15 Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 19 december 2008, *Kamerstukken II* 2008/09.

16 Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005.

17 B.P. Vermeulen, 'Kerkgenootschap en geestelijk ambt', in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2006.

18 HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07, nog niet gepubliceerd, m.n. punt 41-43.

zondering op te nemen ter bescherming van de volksgezondheid, in aansluiting op enkele belangrijke CGB-oordelen waarin de behoefte aan een dergelijke uitzonderingsgrond is gebleken.[19] Introductie van zo'n wettelijke volksgezondheidsexceptie maakt een einde aan de situatie waarbij de CGB buitenwettelijke uitzonderingsgronden creëert om, bijvoorbeeld, uitsluiting van homoseksuelen als bloeddonor te rechtvaardigen. De exceptie zorgt er volgens de regering tevens voor dat de AWGB beter aansluit bij de Kaderrichtlijn. Ook verder heeft de regering besloten de Kaderrichtlijn te volgen als het gaat om de definities van direct en indirect onderscheid (het eerste bezwaar dat de Europese Commissie in haar ingebrekestelling noemde)[20] en op het punt van de uitzondering voor werkverhoudingen met een privékarakter.
De externe evaluatie uit 2006 bevatte verder een aantal bevindingen ten aanzien van de vraag of de reikwijdte van de AWGB moest worden uitgebreid naar (sommige vormen) van eenzijdig overheidshandelen. Daarvoor zou aanleiding kunnen bestaan nu artikel 7a AWGB voor de grond ras zo'n uitbreiding al omvat: onderscheid naar ras is als gevolg van de Europese Rasrichtlijn ook verboden als het gaat om het toekennen van sociale bescherming, waaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen. De conclusie van de externe evaluatie was dat uitbreiding naar alle vormen van eenzijdig overheidshandelen niet voor de hand zou liggen, onder meer omdat het juridisch gezien problematisch zou zijn als de CGB wetten en algemeen verbindende voorschriften aan de AWGB zou kunnen toetsen. Een selectieve uitbreiding zou wel mogelijk zijn, maar de wenselijkheid en haalbaarheid daarvan zouden een politieke en beleidsmatige afweging vergen. Die afweging heeft de regering in het kabinetsstandpunt gemaakt. Het resultaat is dat geen uitbreiding zal plaatsvinden, vooral omdat de regering vindt dat bescherming tegen discriminatie door de overheid al voldoende wordt gewaarborgd door instrumenten als de Grondwet, internationale verdragen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook zou eenzijdig overheidshandelen volgens de regering een ander afwegingskader vereisen dan puur civielrechtelijk handelen, nu bij de beoordeling van overheidshandelen ook het algemeen belang uitdrukkelijk moet worden meegewogen. De AWGB zou daarin onvoldoende voorzien.
Het kabinetsstandpunt besteedt ook aandacht aan een element dat de CGB in haar evaluatieonderzoek uit 2005 naar voren heeft gebracht, namelijk de wenselijkheid van een uitbreiding van de mogelijkheid voor het voeren van voorkeursbeleid.[21] Momenteel laat de gelijkebehandelingswetgeving alleen voorkeursbeleid toe voor de gronden geslacht, ras, handicap en chronische ziekte,[22] terwijl er ook structurele achterstanden kunnen bestaan op het terrein van geloof of levensovertuiging, leeftijd en seksuele gerichtheid. Een uitbreiding zou tegemoetkomen aan de behoefte om per-

---

19 Zie m.n. oordeel 2006-20, opgenomen en van een annotatie voorzien in J.H. Gerards e.a. (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: WLP 2007, p. 311. Het ging in dit oordeel om de vraag of bij preventieve vaccinaties tegen Hepatitis B onderscheid ten behoeve van een doelgroep mag worden gevoerd, waarbij risicogroepen (in dit geval homoseksuele mannen) gratis gevaccineerd kunnen worden. De CGB achtte een dergelijk beleid wel gerechtvaardigd, maar stuitte op het probleem dat de AWGB niet voorziet in een uitzondering voor een dergelijke vorm van direct onderscheid naar seksuele gerichtheid. Om die reden liet zij de AWGB wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing. Gedacht kan verder worden aan het beleid van bloedbanken om bepaalde groepen (bijvoorbeeld homoseksuele mannen) volledig uit te sluiten om het risico van besmetting van het gedoneerde bloed met HIV te voorkomen. Ook dat beleid levert een direct onderscheid naar seksuele gerichtheid op dat naar de letter van de AWGB niet kan worden gerechtvaardigd, maar dat volgens de CGB toch toelaatbaar moet worden geacht (oordeel 2007-85, opgenomen en van een annotatie voorzien in J.H. Gerards e.a. (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: WLP 2008).
20 Zie het wetsvoorstel tot aanpassing van de definities van direct en indirect onderscheid aan de richtlijnterminologie, *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 832, nr. 1-4.
21 Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 65.
22 Zie artikel 2, derde lid, AWGB (ras en geslacht) en artikel 3, eerste lid, sub c, WGBH/CZ (handicap en chronische ziekte).

soneelsbeleid te voeren dat op diversiteit is gericht.[23] De Kaderrichtlijn laat toe dat ook voor die gronden een voorkeursbeleid wordt gevoerd. Het kabinet ziet echter niet dat ten aanzien van andere gronden structurele achterstanden bestaan en vindt dat er geen reden is om de uitzonderingsmogelijkheid uit te breiden. Helemaal verstandig lijkt dat niet, nu niet ondenkbaar is dat mensen met een bepaalde geloofsovertuiging (bijvoorbeeld de islamitische) of een hogere of juist lage leeftijd op bepaalde terreinen stelselmatig worden achtergesteld. Veel kwaad kan zo'n uitzondering bovendien niet, gelet op de hoge eisen die worden gesteld aan het voeren van voorkeursbeleid. De redengeving van de regering overtuigt op dit punt dan ook niet.[24]

Kortom: het kabinetsstandpunt heeft tegelijkertijd veel en weinig gebracht. Er zal een flinke wetstechnische operatie nodig zijn om het begrip 'discriminatie' in alle wetgeving in te voeren, en op punten zal de AWGB worden aangepast aan de tekst van de richtlijnen. Inhoudelijk verandert er vooralsnog echter niet veel. Daarvoor zal eerst het advies van de Raad van State moeten worden afgewacht, nu de meest heikele punten (zoals de uitzondering voor instellingen op levensbeschouwelijke grondslag) pas daarna zullen worden bediscussieerd. Jammer is bovendien dat de regering in haar reactie geen enkele aandacht besteedt aan het omvangrijke empirische onderdeel van de externe AWGB-evaluatie, waarin talrijke uitspraken zijn gedaan over de bekendheid en de effectiviteit van de wet. Een belangrijke constatering in de evaluatie was dat de maatschappelijke context voor de gelijkebehandelingswetgeving in de laatste jaren sterk is veranderd en dat er goede redenen zijn om na te denken over de wenselijkheid van een grotere differentiatie in de normering.[25] Zo zou volgens de evaluatie bijzondere aandacht kunnen worden gegeven aan het toenemende probleem van onderscheid op grond van ras, etnische afkomst en geloof, een probleem dat wellicht een eigen, specifieke aanpak vergt.[26]

Het is teleurstellend dat de regering aan dit belangrijke punt geen expliciete aandacht heeft besteed, nu in 2008 heel duidelijk is geworden dat er in Nederland grote problemen bestaan als het gaat om discriminatie naar ras en geloofsovertuiging. De Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) sprak in haar rapport over Nederland, uitgebracht begin 2008, ernstige zorgen uit over de Nederlandse situatie.[27] Daarbij toonde zij zich vooral bezorgd over de toon van het politieke debat in Nederland, en over stigmatiserende en onevenwichtige berichtgeving over moslimgemeenschappen in de media.[28] ECRI drong er bij de Nederlandse autoriteiten op aan om het integratiedebat te stimuleren en polarisatie te vermijden en wees de deelnemers aan het publieke debat op de noodzaak om een verantwoord gebruik te maken van de vrijheid van meningsuiting.[29] Ook Human Rights Watch uitte zich in

---

23 Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 65.

24 Overigens is daarmee niet gezegd dat het eenvoudig zal zijn om voor alle gronden duidelijke groepen te identificeren die in een achterstandpositie verkeren. Voor de grond etniciteit geldt dat nu ook al – de vraag is bijvoorbeeld of alleen moet worden gekeken naar etnische afkomst in het algemeen, of dat onderscheid moet worden gemaakt tussen bepaalde etnische groepen. Aan het identificeren van dergelijke specifiekere achterstandgroepen ten gunste van wie voorkeursbeleid kan worden gevoerd kunnen bezwaren verbonden zijn van informationele privacy, nu dit kan betekenen dat een werkgever zorgvuldig moet registreren wie binnen zijn onderneming een bepaalde afkomst of religie heeft. Door zorgvuldige regelgeving kan echter wel aan dit soort bezwaren tegemoet worden gekomen; zie in algemene zin nader T. Makkonen, *Measuring Discrimination Data Collection and EU Equality Law*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Brussel: Europese Commissie 2006, raadpleegbaar via http://ec.europa.eu/employment_social/publications/booklets/fundamental_rights/index_en.htm.

25 M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2006, p. 369.

26 *Ibid.*

27 ECRI, *Derde Rapport over Nederland*, goedgekeurd op 28 juni 2007, Straatsburg: Raad van Europa 12 februari 2008, zie http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Netherlands/NLD-CbC-III-2008-3-NLD.pdf.

28 *Ibid.*, p. 28 en 35.

29 *Ibid.*, p. 37, aanbevelingen 132 en 133.

een rapport over het Nederlandse integratiebeleid uiterst kritisch.[30] Deze kritiek werd nog eens bevestigd door een rapport van de Raad van Europa over een bezoek dat de mensenrechtencommissaris Thomas Hammarberg in september 2008 aan Nederland bracht.[31] Dat veel groepen, maar vooral moslims, het moeilijk hebben om naar eigen inzicht in de samenleving te participeren, blijkt ten slotte uit talrijke nationale rapporten, niet in het minst uit de achtste Monitor Racisme en Extremisme.[32] In deze rapporten wordt het Nederlandse, strenge integratiebeleid hard beoordeeld en wordt stevige kritiek geleverd op de situatie van intolerantie en discriminatie van (vooral) allochtone en islamitische mensen. Het beeld van Nederland als een tolerante en open samenleving, wordt – voor zover het naar buiten toe nog reële zeggingskracht heeft – door deze nationale en internationale kritiek aangetast. In het licht van dit soort rapporten is het voeren van een op inclusie en tolerantie gerichte benadering dringend gewenst – niet alleen door de rijksoverheid, maar ook door de media en door maatschappelijke instellingen.

Enkele nationale ontwikkelingen

Behalve het hiervoor genoemde kabinetsstandpunt zijn er nog verschillende andere nationale ontwikkelingen op het gebied van gelijke behandeling en non-discriminatie die het vermelden waard zijn. Allereerst is er aandacht voor de daadwerkelijke bestrijding van discriminatie op het werk.[33] In april 2008 presenteerden de bewindslieden van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een plan van aanpak ter bestrijding van discriminatie op de arbeidsmarkt. Een belangrijk onderdeel van het plan betreft een aanscherping van de tanden van de Arbeidsinspectie. Indien er in een bepaald bedrijf sprake is van duidelijke risico's voor discriminatie, kan de Arbeidsinspectie van de werkgever eisen dat er gericht beleid wordt gevoerd om die tegen te gaan. Als de werkgever daaraan geen gevolg geeft, kan er een boete worden opgelegd.[34]
Begin 2009 is verder een wijziging tot stand gekomen van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (WGBH/CZ),[35] waarbij het verbod van onderscheid, dat reeds gold voor beroepsopleidingen, wordt uitgebreid naar het primair en voortgezet onderwijs en naar het domein wonen. Met de wetswijziging wordt de CGB nu bevoegd inzake onder meer toegangskwesties voor het hele onderwijs. De nieuwe wet is voor het wonen op 15 maart 2009 in werking getreden, voor het onderwijs treedt zij per 1 augustus 2009 in werking.[36] Het commentaar van Jacqueline Schoonheim over de gronden handicap en chronische ziekte verschaft hierover meer informatie.

---

30 Human Rights Watch, *The Netherlands: Discrimination in the Name of Integration. Migrants' Rights under the Integration Abroad Act*, Mei 2008, zie http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/2008/netherlands0508/netherlands0508web.pdf.
31 *Report by the Commissioner for Human Rights Mr Thomas Hammarberg on his visit to the Netherlands*, 21-25 September 2008, Straatsburg, 11 maart 2009, CommDH(2009)2, p. 35.
32 J. van Donselaar en P.R. Rodrigues (red.), *Monitor Racisme en Extremisme. Achtste Rapportage*, Amsterdam: Anne Frank Stichting; Leiden: Universiteit Leiden 2008. Zie nader het commentaar van Sarah van Walsum en Marija Davidović over de gronden ras en nationaliteit, verderop in deze Oordelenbundel.
33 Zie ook de Kamervragen van het lid Dibi (Groen Links) en de antwoorden daarop van staatssecretaris Van Bijsterveldt-Vliegenthart van OCW naar aanleiding van een door de verenigde kenniscentra in het middelbaar beroepsonderwijs gepubliceerde barometer waaruit blijkt dat één op de vijf stagiairs van allochtone herkomst in de laagste opleidingsniveaus aangeeft te worden gediscrimineerd op de stageplek, *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1246, p. 2615-16.
34 Brief inzake concretisering plan van aanpak discriminatie op de arbeidsmarkt, *Kamerstukken II* 2007/08, 29544, nr. 149. Zie ook par. 1.2 van het commentaar van Eva Cremers en Marlies Vegter inzake de grond geslacht in dit boek.
35 Wet van 29 januari 2009, *Stb.* 2009, 101.
36 Besluit van 24 februari 2009, *Stb.* 2009, 117. Zie ook par. 2.1 van het commentaar inzake handicap en chronische ziekte van Jacqueline Schoonheim in dit boek.

Als tegenwicht tegen de bovenvermelde bevindingen van onder meer ECRI en Human Rights Watch over polarisatie tussen bevolkingsgroepen, wijzen wij verder op de uitvoerige beschikking van het Hof Amsterdam van begin dit jaar, waarin de strafvervolging van het Tweede Kamerlid Geert Wilders wordt bevolen "ter zake van het aanzetten tot haat en discriminatie (artikel 137d Sr) alsmede ter zake van groepsbelediging voor zover het betreft diens vergelijkingen met het nazisme (artikel 137c Sr)".[37] Het Hof heeft op basis van een reeks ingediende klaagschriften een aantal uitlatingen onderzocht die Wilders heeft gedaan in diverse media over moslims en hun geloof. Het Hof concludeert in zijn beschikking dat de uitlatingen van Wilders in samenhang geschikt zijn om haat te zaaien en aan te zetten tot discriminatie, niet alleen vanwege de inhoud maar ook vanwege de wijze van presenteren. Volgens het Hof tast de wijze van presentatie, zeker in combinatie met de inhoud, moslims wezenlijk aan in hun waardigheid en is er sprake van een kennelijke bedoeling om conflictueuze tweespalt te veroorzaken onder de bevolking ten opzichte van de islamitische bevolkingsgroep. Het Hof wijst verder op de wetsgeschiedenis van het 'haatzaai'-artikel, dat zijn oorsprong vindt in de scheldpartijen en haatcampagnes tegen andersdenkenden in de jaren 30 van de vorige eeuw. Gelet op deze overwegingen ziet het Hof geen beletsel, maar zelfs goede redenen, om te concluderen dat Wilders zich schuldig heeft gemaakt aan een vorm van haatzaaien die naar Nederlands recht strafbaar is.
Deze zaak heeft veel aandacht getrokken en heeft geleid tot scherpe kritiek. Het Hof werd na publicatie van de beschikking bestookt met haatmails.[38] Openlijk werd eraan getwijfeld of het juist is bepaalde uitlatingen als strafbaar aan te merken wegens discriminatie van een bevolkingsgroep, nu daarmee de vrijheid van meningsuiting ernstig wordt beknot. In plaats daarvan menen sommigen dat de uitingsvrijheid pas beperkt moet worden als de uiterste grens van het oproepen of aanzetten tot geweld wordt overschreden.[39] Anderen menen dat met de uitlatingen van Wilders weliswaar de islam als zodanig in diskrediet wordt gebracht, maar niet de groep van moslims. Dit laatste is noodzakelijk voor de strafbaarheid van groepsbelediging (artikel 137c Sr). De Hoge Raad heeft over de uitleg van deze bepaling inmiddels al meer duidelijkheid gegeven.[40] Volgens dit rechtscollege is bij de tekst "Stop het gezwel dat Islam heet" geen sprake van het zich strafbaar beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun godsdienst. Op basis van een wetshistorische interpretatie stelt de Hoge Raad vast dat de uitlating onmiskenbaar betrekking moet hebben op een bepaalde groep mensen die zich door hun godsdienst onderscheiden van anderen. De enkele omstandigheid dat grievende uitlatingen over een godsdienst ook de aanhangers krenken is niet voldoende om van belediging van een groep mensen wegens hun godsdienst te spreken. Het verdient aandacht dat het standpunt van de Hoge Raad zich niet uitstrekt over haatzaaien, omdat dat niet te laste was gelegd. Het haatzaai-artikel, artikel 137d Sr, spreekt ook niet over "een groep van mensen", maar over "aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen", hetgeen mogelijkheden tot een andere interpretatie in zich bergt. Hoe de rechtbank hierover in het geval van Wilders zal oordelen, moet worden afgewacht.

---

37 Hof Amsterdam 12 januari 2009, *LJN*: BH0496.
38 Zo werden de raadsheren volgens president van het Hof L. Verheij "uitgemaakt voor schoften, links tuig, hypocrieten en domme eikels. En dat zijn nog de meest beschaafde verwensingen" (*NRC-Handelsblad* 18 maart 2009, http://www.nrc.nl/binnenland/article2181368.ece/Hof_Amsterdam_aangevallen_na_zaak_Wilders). Tijdens het parlementaire vragenuurtje, twee weken na de beschikking, riep Mark Rutte, fractieleider van de VVD, op de wet te wijzigen en de vrijheid van meningsuiting te verruimen. Verwijten van collega-parlementariërs dat hij daarmee onvoldoende respect toonde voor de scheiding der machten, nu de rechtsgang nog niet was afgerond, legde hij daarbij naast zich neer (Vragenuur 27 januari 2009, *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 46, p. 3993-97).
39 Een voorbeeld is Mark Rutte blijkens zijn inbreng tijdens het vragenuur (zie hiervoor). Anders: H. Sarolea, 'Wie haat zaait komt geen beroep op vrije meningsuiting toe', *NJB* 27 februari 2009, afl. 8, p. 503-504.
40 HR 10 maart 2009, *LJN*: BF0655.

Enkele Europese ontwikkelingen – regelgeving en beleid

Vanuit Europa zijn er in 2008 diverse nieuwe initiatieven ontplooid op het terrein van de gelijke behandeling. Het gaat hierbij veelal om soft law-achtige instrumenten, die (wellicht) op termijn tot hardere besluitvorming zullen leiden. Op 9 december 2008 publiceerde een commissie uit het Europees Parlement bijvoorbeeld een ontwerpresolutie over non-discriminatie op grond van geslacht en intergenerationele solidariteit.[41] Daarin wordt er vooral voor gepleit om niet-regulier werk dat door mannen en vrouwen in gezinsverband wordt uitgevoerd in maatschappelijk en economisch opzicht te erkennen.
Medio 2008 ging er verder een mededeling uit van de Europese Commissie, waarin een "vernieuwd engagement" met non-discriminatie en gelijke behandeling in de Unie wordt verwoord. Voorgesteld wordt om strenger op te treden tegen discriminatie en het beleidsinstrumentarium te versterken voor de actieve bevordering van gelijke behandeling. Speciale aandacht is er bij dit laatste voor het in samenwerking met de lidstaten bevorderen van de sociale en economische integratie van de Roma. Ook presenteerde de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn met betrekking tot het verbieden van alle vormen (binnen en buiten de werksfeer) van discriminatie, met inbegrip van intimidatie, op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, handicap en godsdienst of overtuiging, en tot het bieden van toegang van slachtoffers tot doeltreffende rechtsmiddelen. Met de vaststelling van deze richtlijn, aldus de Commissie, wordt het proces afgesloten tot het geven van uitvoering aan artikel 13, eerste lid, EG wat alle gronden van discriminatie betreft en wordt alle schijn van een hiërarchie in de bescherming weggenomen. De voorgestelde richtlijn is van toepassing op de levering van alle goederen en diensten. Niettemin vallen particuliere aanbieders hier alleen onder voor zover zij een commerciële activiteit verrichten.[42] De ontwerprichtlijn[43] is in Den Haag lauw ontvangen.[44] Men onderschrijft in algemene zin het initiatief, maar hoewel de Commissie verzekert dat de ontwerprichtlijn qua opzet, terminologie en mechanismen naadloos aansluit op het reeds bestaande gelijkebehandelingskader, menen zowel parlement als regering dat er veel onduidelijkheden zijn wat betreft de terminologie, reikwijdte en financiële consequenties. Zo vraagt men zich af wat artikel 4 van de ontwerprichtlijn met betrekking tot effectieve toegang voor personen met een handicap tot – onder meer – het onderwijs toevoegt aan de onlangs aangepaste regeling van de WGBH/CZ en het door Nederland in 2006 ondertekende en nog te ratificeren VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Verplicht de betreffende bepaling in de ontwerprichtlijn bijvoorbeeld tot het vóóraf nemen van nodige maatregelen om effectieve toegang tot scholen mogelijk te maken? Ook heeft men twijfels over de betekenis van het discriminatieverbod op grond van handicap voor de toegang tot sociale bescherming en sociale voordelen. Het verbod van discriminatie naar leeftijd dat in de concept-richtlijn is vervat roept eveneens vragen op. Hoewel onderscheid naar leeftijd is

---

41 Verslag (2008/2118(INI)) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0492+0+DOC+WORD+V0//NL, laatstelijk geraadpleegd op 3 april 2009.
42 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's d.d. 2 juli 2008 - Non-discriminatie en gelijke kansen: een vernieuwd engagement {SEC(2008) 2172}, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0420:NL:NOT, laatstelijk geraadpleegd op 3 april 2009.
43 Richtlijnvoorstel/Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), Brussel, 2 juli 2008.
44 Vgl. Brief van de voorzitter van de Eerste en Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 544, E en nr. 5, en in het bijzonder de Brief van de staatssecretaris voor Europese Zaken, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 544, F en nr. 6. Zie ook het antwoord van EU-Commissaris Margot Wallström, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 544, H en nr. 8.

toegestaan als daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat, creëert het concept volgens regering en parlement onzekerheid over de toelaatbaarheid van leeftijdsonderscheid in het 'retributie- en tegemoetkomingsbeleid' en over het lot van bepaalde fiscale maatregelen. De regering wil in ieder geval disproportionele financiële en juridische consequenties voor de overheden voorkomen.[45]

Enkele Europese ontwikkelingen – jurisprudentie HvJ EG

Behalve deze algemene ontwikkelingen, kunnen ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie worden gemeld. Het Hof van Justitie EG (HvJ EG) heeft in 2008 belangrijke uitspraken gedaan waarin de Europese richtlijnen worden verduidelijkt. In de zaak *Feryn*[46] had het HvJ EG te oordelen over een Belgisch bedrijf dat is gespecialiseerd in de installatie van garagedeuren. De directeur van dit bedrijf, Feryn, had in kranteninterviews verklaard dat hij geen werknemers van buitenlandse afkomst in dienst zou nemen. De reden daarvoor was dat hij bang was dat zijn klanten geen allochtone monteurs zouden accepteren. Daarop daagde het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding, een orgaan voor de bevordering van gelijke behandeling, Feryn voor de rechtbank en vorderde een verklaring voor recht dat Feryn de antidiscriminatiewetgeving had geschonden. Het Centrum had echter niet gesteld of aangetoond dat Feryn ooit daadwerkelijk een sollicitatie van een allochtone kandidaat had afgewezen. Het Hof oordeelde dat dit ook niet nodig is. De omstandigheid dat een werkgever publiekelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde afkomst zal aanstellen, kan voor bepaalde kandidaten een ernstige reden zijn om niet te solliciteren. Daarmee vormt het een beletsel voor hun toegang tot de arbeidsmarkt, en daarmee een directe discriminatie in de zin van de Kaderrichtlijn.[47] Een door publieke verklaringen ontstaan vermoeden van onderscheid kan de werkgever alleen ontkrachten door aan te tonen dat zijn wervingspraktijk in feite niet overeenstemt met zijn verklaringen.[48] Het HvJ EG oordeelde verder dat ook in gevallen van discriminatie waarin er geen aanwijsbaar slachtoffer is, doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties moeten worden getroffen. Die kunnen er bijvoorbeeld in bestaan dat de rechter de discriminatie vaststelt en dat daaraan voldoende bekendheid wordt gegeven, dat de werkgever wordt gelast (eventueel op straffe van een dwangsom) om de discriminerende praktijk te beëindigen, of dat een schadevergoeding wordt toegekend aan het orgaan dat de procedure heeft gevoerd.[49]
Een tweede belangrijke uitspraak deed het Hof in de zaak *Coleman*.[50] Coleman werkte als juridisch secretaresse en beviel in 2002 van een gehandicapt jongetje. In 2005 trad Coleman vrijwillig uit dienst, maar zij stelde dat haar uitdiensttreding ermee verband hield dat zij door haar collega's ongelijk werd behandeld en werd geïntimideerd vanwege de zorg voor haar gehandicapte kind. Het Londense Employment Tribunal legde naar aanleiding van deze zaak de vraag voor aan het HvJ EG of de Kaderrichtlijn alleen bescherming biedt tegen discriminatie en intimidatie aan personen die zelf een handicap hebben, of ook aan werknemers die op grond van een band met een gehandicapte worden benadeeld of geïntimideerd. Het HvJ EG leidt uit doel en tekst van de richtlijn af dat het beginsel van gelijke behandeling zich

45 Idem.
46 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07, *Feryn*, *EHRC* 2008/107, m.nt. Gijzen, *JAR* 2008/207.
47 Punten 25 en 31.
48 Punt 32.
49 Punt 39.
50 HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-303/06, *Coleman*, *EHRC* 2008/108, m.nt. Hendriks, *JB* 2008/195, m.nt. Gerards, *JAR* 2008/208, *NJ* 2008/501, m.nt. Mok, *RvdW* 2008/883, *RSV* 2009/32, *NJCM-Bull.* 2008, p. 1149, m.nt. Werker/Swarte.

niet beperkt tot personen die zelf een handicap hebben in de zin van deze richtlijn. De Kaderrichtlijn is niet van toepassing op een bepaalde categorie van *personen* maar uit hoofde van een van de in artikel 1 ervan genoemde *gronden*. Een beperking van de richtlijn tot personen die zelf gehandicapt zijn, zou deze richtlijn grotendeels van zijn nuttig effect kunnen beroven. Daarmee heeft het HvJ EG een belangrijke uitbreiding van de reikwijdte van de Kaderrichtlijn bewerkstelligd, die tegelijkertijd vrij controversieel is. Acceptatie van 'middellijke discriminatie' als een vorm van verboden direct onderscheid kan leiden tot een forse toename van het aantal klachten tegen werkgevers en (daarmee) tot aanzienlijke kosten.[51] De redenering van het Hof is echter overtuigend en leidt tot meer effectieve bescherming tegen ongelijke behandeling.[52] Bovendien verschaft de uitspraak in één klap helderheid over een onderwerp waarover voorheen veel verschillen bestonden tussen de lidstaten.[53]Voor de Nederlandse gelijkebehandelingsrechtspraak heeft de uitspraak zeker consequenties. De Commissie Gelijke Behandeling hanteerde in oudere oordelen een terughoudender lijn dan door het HvJ EG nu wordt aangenomen.[54] Die lijn zal zij nu moeten bijstellen. Onduidelijk is wel nog wat de precieze reikwijdte van de uitspraak zal zijn. Verschillende commentatoren hebben aangegeven dat de portee ervan beperkt moet worden geacht tot de grond handicap; bij andere gronden ligt het erkennen van 'middellijk' onderscheid misschien minder voor de hand. Ook zal de precieze situatie die aan deze uitspraak ten grondslag lag zich in de praktijk waarschijnlijk niet vaak voordoen. Op grond van het arrest van het HvJ EG is hierover moeilijk uitspraak te doen. Nadere rechtspraak op dit punt moet worden afgewacht.

De werkzaamheden van de CGB in 2008

Blijkens haar jaarverslag heeft de Commissie Gelijke Behandeling zich in 2008 in het bijzonder gericht op het vinden van oplossingen in concrete gevallen. Ook heeft zij geprobeerd het zicht op follow-up te vergroten en meer aandacht te geven aan adviezen en onderzoek uit eigen beweging. De CGB geeft in hetzelfde jaarverslag ook aan dat zij zich in 2008 heeft geconcentreerd op de zogenoemde 'alternatieve afdoening'. Daarbij zoekt zij naar passende oplossingen voor een geschil, bijvoorbeeld door het verstrekken van informatie, het voeren van gesprekken met de partijen onder leiding van een onafhankelijke derde, of een mediation-traject. De CGB is op zichzelf blij met deze wijze van afdoening, maar constateert dat de verzoeken die nu uiteindelijk in de oordelenprocedure terecht komen gemiddeld genomen complexer van aard zijn en meer bewerkingstijd vergen.
Het aantal verzoeken om een oordeel is opnieuw gedaald – in 2008 waren er 432 verzoeken, 83 minder dan in 2007 (515 verzoeken).[55] Deze daling werd vooral veroorzaakt doordat het aantal verzoeken op de gronden leeftijd en geslacht in 2008 (opnieuw) afnam.[56] Het aantal verzoeken over de (complexe) grond leeftijd staat overigens wel nog steeds bovenaan als grond waarover de meeste verzoeken worden ingediend (106 verzoeken), onmiddellijk gevolgd door de grond ras (72 verzoeken).

---

51 Vgl. S. Honeyball, 'Discrimination by Association', [2007] 4 *Web Journal of Current Legal Issues*.
52 In die zin annotatie Gerards in *JB* 2008/195 en annotatie Mok in *NJ* 2008/501.
53 Wel is nog niet geheel duidelijk of de uitspraak zich zal uitstrekken tot andere gronden dan handicap; de diverse annotatoren hebben daarover verschillende meningen. Zie voor een overzicht de noot van Werker en Swarte in *NJCM-Bulletin* 2008, p. 1159.
54 Daarover nader: annotatie Gerards in *JB* 2008/195 en annotatie Hendriks in *EHRC* 2008/108.
55 Daarmee is sprake van een sterk dalende trend. In 2006 kwamen er nog 694 verzoeken binnen, in 2005 waren dat er 621. In 2005 was echter wel sprake van een sterke stijging ten opzichte van de jaren daarvoor, toen er soms minder dan 300 verzoeken waren.
56 Over leeftijd kwamen 106 verzoeken binnen, 32 minder dan in 2007. Over geslacht ontving de Commissie 54 verzoeken, 32 verzoeken minder dan in 2007.

Voor wat betreft de output geldt dat de CGB, zoals gezegd, veel verzoeken via alternatieve methoden heeft afgedaan: het betreft 93 verzoeken. Ook werd in 35 gevallen een schikking getroffen of werd de zaak ingetrokken, en was in 110 gevallen spraken van een kennelijk ongegrond verzoek. Uiteindelijk heeft de Commissie 160 oordelen gegeven.
Interessant is ten slotte dat de Commissie in haar jaarverslag aandacht besteedt aan de follow-up van de oordelen. Sinds 2006 voert zij een actiever beleid om de opvolging van haar oordelen te bekijken. Uit de cijfers van de Commissie blijkt dat in 2008 in 53% van de gevallen een individuele maatregel is getroffen en in 75% een structurele maatregel; het gaat dan steeds om gevallen waarin zo'n maatregel ook daadwerkelijk mogelijk is. De CGB wijst erop dat daarmee sprake is van een flinke stijging van de follow-up ten opzichte van 2007, namelijk met 17% resp. 8%. Voor een organisatie die geen bindende uitspraken kan doen, kunnen de hoge opvolgingspercentates zeker positief worden genoemd.

Commotie over de Commissie Gelijke Behandeling

Tussen de oordelen en adviezen van de CGB in 2008 zijn er verschillende geweest die veel publieke belangstelling hebben gegenereerd. Meest in het oog springend is wel het advies *Trouwen? Geen bezwaar!*, over de vraag in hoeverre (buitengewoon) ambtenaren van de burgerlijke stand ((b)abs)) een beroep mogen doen op gewetensbezwaren om geen huwelijke te hoeven sluiten tussen mensen van gelijk geslacht.[57] In dit advies stelt zij voorop dat alle (b)abs-en bereid moeten zijn om alle soorten huwelijken te voltrekken, gelet op de fundamentele waarde die toekomt aan het verbod van onderscheid naar seksuele gerichtheid. Het spreekt welhaast vanzelf dat een dergelijke principiële stellingname leidt tot veel discussie, zowel politiek en maatschappelijk als academisch. Vooral enkele Kamerleden uit de christelijke partijen hebben zich kritisch betoond, maar ook in de rechtswetenschappelijke commentaren is de nieuwe invalshoek gemengd ontvangen.[58] Het uiteindelijke resultaat van het advies is overigens beperkt gebleken, nu de regering heeft besloten het huidige pragmatische beleid te continueren. De gewetensbezwaren van (b)abs-en kunnen worden gehonoreerd mits voldoende verzekerd is dat er tenminste één ambtenaar beschikbaar is die een huwelijk tussen mensen van gelijk geslacht kan voltrekken.[59] De discussies hierover worden in deze Oordelenbundel nader belicht in het commentaar van Vermeulen en Overbeeke over de gronden godsdienst en levensovertuiging, in het commentaar van Strijkers over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat, en in een annotatie van Bonthuys bij oordeel 2008-40.[60]

Ook andere oordelen en rechterlijke uitspraken hebben geleid tot commotie. Zo was er opnieuw ophef over de weigering van sommige moslims om vrouwen de hand te schudden. Waar de CGB eerder had geoordeeld dat een moslim ten onrechte geweigerd was als voor een functie als klantmanager bij de gemeente Rotterdam omdat hij

57 CGB-advies 2008/04 inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand. Zie ook oordeel 2008-40.
58 Het oordeel van de CGB is bovendien geannoteerd door J.P. Loof in *NJCM-Bulletin* 2008, jrg. 33, nr. 6, p. 791 e.v. en in deze oordelenbundel door E. Bonthuys. Het onderwerp werd verder bediscussieerd tijdens de NJV-jaarvergadering, naar aanleiding van de preadviezen over het onderwerp *Multiculturaliteit en Recht*, Handelingen NJV, 138ste jaargang, 2008-I en II, Deventer: Kluwer 2008.
59 Zie al de antwoorden van de minister-president en de ministers van BZK, OCW en Justitie op kamervragen, *Handelingen II* 2007/08, aanhangsel 2575 en 2576.
60 Een mooi overzicht van de discussie is verder te vinden in J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008; de bijdragen aan deze bundel dateren wel vrijwel allemaal van voor de datum waarop advies en oordeel werden gegeven.

geen handen wilde schudden, kwam de rechtbank Rotterdam op dit punt tot een andere conclusie.[61] Op zijn weblog betoogde Afshin Ellian naar aanleiding van deze uitspraak dat het beter zou zijn de Commissie Gelijke Behandeling af te schaffen – zij zou een arbitraire commissie zijn die onze samenleving niet mag talibaniseren.[62] Veel gedoe was er ook naar aanleiding van de weigering van dezelfde 'handenschudweigeraar', inmiddels bekend als advocaat Mohammed Enait, die weigerde op te staan bij binnenkomst van rechters. Deze weigering leidde uiteindelijk vooral tot veel publiciteit en tot het indienen van een klacht door de deken bij het tuchtcollege. De uitkomst van die procedure is op het moment van schrijven nog niet bekend.[63]

Tiende Oordelenbundel, kort overzicht

Dit soort discussies stelt de Commissie soms in een kwaad daglicht. Dat is niet redelijk, gelet op het feit dat zij in het algemeen uitstekend werk verricht en oordelen geeft die niet alleen bevredigend zijn voor de partijen, maar die ook de inhoud en betekenis van de AWGB verhelderen en bijdragen aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving. Juist om die reden geeft de Oordelenbundel een grondig overzicht van alle oordelen die de Commissie in het afgelopen jaar heeft uitgesproken. In commentaren die per grond zijn gerubriceerd worden de verschillende oordelen besproken en van kanttekeningen voorzien, en worden zij geplaatst in de context van relevante nationale, Europese en internationale ontwikkelingen. De commentaren zijn dit jaar geschreven door Cremers en Vegter (geslacht), Schoonheim (handicap en chronische ziekte), Van Leeuwen en De Witte (leeftijd), Davidović en Van Walsum (ras en nationaliteit), Strijkers (seksuele gerichtheid en burgerlijke staat), Vermeulen en Overbeeke (godsdienst, geloofsovertuiging en politieke gezindheid) en Baltussen (arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst). Ieder commentaar wordt gevolgd door beknopte samenvattingen van de oordelen die op de relevante gronden zijn gewezen, zodat hierover een goed overzicht kan worden verkregen. Daarnaast omvat de bundel een overzicht van relevante rechterlijke uitspraken over de AWGB en een overzicht van de door de CGB uitgebrachte adviezen. De volledige teksten van de oordelen en adviezen van de CGB zijn te vinden op www.cgb.nl. Op deze website zijn ook relevante wetteksten en publicaties te vinden.

Behalve de commentaren, bevat deze oordelenbundel een aantal annotaties bij belangrijke oordelen die in 2008 zijn gewezen. Daarbij is de tekst van deze oordelen steeds integraal gepubliceerd. Een volledig overzicht van de geannoteerde oordelen is te vinden in de inhoudsopgave van deze bundel.

Ten slotte omvat deze bundel vier thematische bijdragen, waarin door externe auteurs wordt ingegaan op belangrijke onderwerpen op het terrein van de gelijke behandeling. Siep Stuurman gaat in de eerste themabijdrage in op de twee gezichten van de gelijkheid in de Verlichting. In het hedendaagse debat wordt vaak teruggegrepen op ideeën uit de Verlichting als het gaat om belangrijke controverses op het terrein van gelijkheid, universalisme en cultuurrelativisme. Stuurman beschrijft twee discoursen – die van *moderne gelijkheid* (de gedachte dat alle mensen van nature gelijkaardig en

61 Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, LJN: BD9643, *JAR* 2008/234, naar aanleiding van oordeel 2006-202.
62 Zie www.elsevier.nl/web/10201271/Dossiers/Alle-blogs-op-een-rij/Augustus-2008/Weg-met-de-Commissie-Gelijke-Behandeling.htm, laatstelijk geraadpleegd op 3 april 2009. Neutraler, maar eveneens kritisch was een bijdrage in *NRC Handelsblad*, 'Gelijke klachten – Waarom een moslim een hand mag weigeren, maar een protestant wel een homohuwelijk moet sluiten', 20 september 2008, p. Z06.
63 Wel dat ook hier weer commotie ontstond: zie 'Jurist botst ook met tuchtrechter', *NRC Handelsblad* 2 december 2008, p. 3.

gelijkwaardig zijn) en van *moderne ongelijkheid* (de gedachte dat bepaalde verschillen juist natuurlijk en onvermijdelijk zijn – die beide hun oorsprong vinden in het Verlichtingsdenken en die tot op zekere hoogte tegengesteld zijn aan elkaar. Stuurman concludeert dat de uiteenlopende, deels tegenstrijdige discours over de natuur van de mens doorwerken in de historische ontwikkeling van het gelijkheidsbegrip. Het resultaat is een onstabiele, precaire en verschuivende balans tussen een Eurocentrisch, pedagogisch gekleurd gelijkheidsbegrip en een meer open, universalistisch discours over gelijkheid en cultuurverschil. In het eerste geval verschijnt de Europese Verlichting volgens Stuurman als het embryo van een universele cultuur, in het tweede geval is het één cultuur temidden van andere.

De tweede themabijdrage is van de hand van Frank Hendrickx en betreft gelijke behandeling in het sportrecht. Sport is een belangrijke motor van maatschappelijke integratie en sociale inclusie, zo schrijft Hendrickx, maar tegelijkertijd staat de sportsector bol van tradities en specifieke, eigen waarden. Deze zogeheten 'traditionele waarden' in de sport zorgen er soms voor dat het maken van een bepaald onderscheid nauwelijks als problematisch wordt beschouwd, en daardoor moeilijk uit de wereld is te helpen is. In zijn bijdrage brengt Hendrickx de spanning tussen waarden in de sport en gelijke behandeling aan het licht op een aantal relevante probleemvelden. Hierbij gaat aandacht uit naar de rol van nationaliteit en afkomst, geslacht of gender en seksuele geaardheid in de sport.

Alex-Geert Castermans geeft in de derde themabijdrage een uiteenzetting over de rechtsvorderingen bij discriminatie. In de gelijkebehandelingswetgeving als zodanig wordt daaraan nauwelijks aandacht besteed, nu deze wetgeving vooral klassieke civielrechtelijke rechtsverhoudingen betreft (werkgever-werknemer, huurder-verhuurder, etc.). De rechtsvorderingen die verband houden met de verboden die in de gelijkebehandelingswetgeving zijn neergelegd, zijn vooral te vinden in het geheel van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht. In zijn bijdrage belicht Castermans de verschillende rechtsvorderingen aan de hand van de verschillende stadia van de overeenkomst. Daarbij geeft hij een kritische analyse van de huidige rechtsvorderingen, mede in het licht van de relevante Europese regelgeving en in een rechtsvergelijkend perspectief.

De vierde en laatste themabijdrage is geschreven door Marian van der Klein en Jan Willem Duyvendak. In hun bijdrage geven zij de bevindingen weer van een sociologisch onderzoek naar de bejegening van homoseksuelen en onderscheid naar seksuele voorkeur op de werkvloer. Een belangrijke conclusie daarbij is dat weliswaar niet veel wordt geklaagd bij de CGB over onderscheid naar seksuele gerichtheid, maar dat dit nog niet betekent dat het werkklimaat in Nederland homopositief is. Vaak wordt onbewust onderscheid naar seksuele voorkeur gemaakt of is sprake van onheuse bejegening. De verschillen tussen sectoren zijn echter groot; bejegening is sterk gerelateerd aan bedrijfscultuur. Een voor juristen belangrijke bevinding is bovendien dat het huidige juridische instrumentarium waarschijnlijk niet goed aansluit op het ervaren probleem. Verder onderzoek zal noodzakelijk zijn om te achterhalen hoe dit soort 'alledaags onbehagen' adequaat kan worden aangepakt.

Ter afsluiting van deze inleiding willen wij de aandacht vestigen op het feit dat dit de tiende Oordelenbundel is die in de huidige vorm verschijnt. De Oordelenbundel is uniek. Geen andere (semi-)rechterlijke instantie onderwerpt haar eigen werkzaamheden zo doelbewust als de Commissie aan de kritische blik van een deskundige en

onafhankelijke redactie, die zij jaarlijks in de gelegenheid stelt om openlijk (en soms scherp) commentaar te geven op alle uitgebrachte oordelen en adviezen. De verschillende Oordelenbundels geven door de themabijdragen en annotaties bovendien een waardevol en gevarieerd overzicht van de ontwikkelingen op het terrein van de gelijke behandeling in Nederland. Peter Rodrigues, de initiatiefnemer voor de eerste Oordelenbundel in de huidige vorm en voormalig Commissielid, past dan ook grote dank, net als de Commissie Gelijke Behandeling zelf. Hetzelfde geldt voor al diegenen die in de afgelopen tien jaar op enigerlei wijze hun bijdrage hebben geleverd aan de bundel – zonder hen had deze fraaie traditie niet in stand kunnen worden gehouden. Wij vertrouwen erop dat deze nog lange tijd wordt voortgezet!

Namens de redactie wensen wij u veel leesplezier,

Prof. mr. J.H. Gerards
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens, hoofdredactie
Leiden/Tilburg, april 2009

Inhoudsopgave

Inleiding 5

Lijst van afkortingen 23

COMMENTAREN

Ras en nationaliteit 29
Mr. M. Davidović & mr. S.K. van Walsum
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de gronden ras en nationaliteit 49

Geslacht 61
Mr. E. Cremers-Hartman & mr. M. Vegter
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de grond geslacht 82

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid 95
Dr. A.J. Overbeeke & prof. mr. drs. B.P. Vermeulen
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid 114

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat 123
Mr. M.J. Strijkers
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat 136

Arbeidsduur en aard van de overeenkomst 139
Mr. M.F. Baltussen
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de grond arbeidsduur en aard van de overeenkomst 151

Handicap en chronische ziekte 155
Mr. J.A. Schoonheim
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de grond handicap en chronische ziekte 170

Leeftijd 177
Mr. A.W. van Leeuwen & mr. M.B. de Witte-van den Haak
Overzicht van relevante oordelen 2008 over de grond leeftijd 190

THEMABIJDRAGEN

Sport en gelijke behandeling: kunnen mensen zich zonder onderscheid onderscheiden? 211
Mr. F. Hendrickx

De twee gezichten van de gelijkheid in de Verlichting 225
Prof. mr. S. Stuurman

Rechtsvorderingen bij discriminatie 241
Prof. mr. A.G. Castermans

Alledaags onbehagen en onheuse bejegening
Over 'onderscheid naar seksuele gerichtheid' op de werkvloer 263
Dr. M. van der Klein en prof. dr. W.G.J. Duyvendak

ANNOTATIES BIJ OORDELEN

2008-4 Toelatingsexamen op zaterdag (sjabbat) 279
Noot: mr. dr. A. Overbeeke

2008-40 Gewetensbezwaarde trouwambtenaren 290
Noot: prof. E. Bonthuys

2008-74 Redelijke accommodatie bij opleiding sportmanagement 300
Noot: prof. mr. T. Loenen

2008-81 Voorkeursbehandeling op grond van ras en geslacht 304
Noot: prof. mr. C.A. Groenendijk

2008-91 Docent NT2 313
Noot: prof. mr. P.J.J. Zoontjens

2008-102 Vrouwentaxi 319
Noot: mr. G. Terpstra

2008-103 Consequenties verboden leeftijdsonderscheid 325
Noot: prof. dr. Ch. Tobler

2008-123 Procola-spook of broedende kip? 332
Noot: mr. J. Uzman

2008-142 Ontvankelijkheid ondernemingsraad 343
Noot: prof. mr. L.C.J. Sprengers

2008-158 "40 Dagen zonder seks" niet voor homo? 350
Noot: mr. M.M. den Boer

ADVIEZEN 2008 359

RECHTERLIJKE UITSPRAKEN 2008 363

REGISTERS

Artikelenregister 367

Trefwoordenregister 371

Overzicht auteurs 377

Lijst van afkortingen

AAW	Algemene arbeidsongeschiktheidswet
AB	Administratierechterlijke beslissingen
ABP	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
ABP-wet	Algemene Burgerlijk Pensioenwet
ADB	antidiscriminatiebureau
ADV	arbeidsduurverkorting
A-G	advocaat-generaal
AOW	Algemene Ouderdomswet
ATM	Arbeidstijdenmanagement
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
BNA	Bond van Nederlandse Architecten
BPR	beschikbare premieregeling
Bve	Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CAO	collectieve arbeidovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
COM	Commissiedocument
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CTG	Commissie Tarieven Gezondheidszorg
CWI	Centrale organisatie Werk en Inkomen
EA	eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EG(-Verdrag)	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FTK	Financieel Toetsingskader
FWG	functiewaarderingssysteem gezondheidszorg
GMR	Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad
Gw	Grondwet
HBO	hoger beroepsonderwijs
Hof	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
hof	gerechtshof
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad
IVDV	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen

IVRD	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
JIN	Jurisprudentie in Nederland
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Ktr.	kantonrechter
LA	langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering
LECD	Landelijk Expertisecentrum Discriminatie
LVADB	Landelijke Vereniging van Antidiscriminatiebureaus en meldpunten
MBO	middelbaar beroepsonderwijs
MDA	(Stichting) Meldpunt Discriminatie Amsterdam
MDI	Meldpunt Discriminatie Internet
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
n.g.	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
NJCM-Bull.	NJCM-Bulletin
NNP	Nieuwe Nationale Partij
NPRD	Nationaal Platform tegen Racisme en Discriminatie
OCW	ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
OP-staffel	ouderdomspensioenstaffel
OR	ondernemingsraad
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Pres. Rb.	president van de rechtbank
PSW	Pensioen- en spaarfondsenwet
PVK	Pensioen- & Verzekeringskamer
Rb.	rechtbank
RN	Rechtspraak Nemesis
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RTHZ	Regeling tandheelkundige hulp ziekenfondsverzekerden
SCP	Sociaal Cultureel Planbureau
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SPP	standaardpakketpolis
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SZW	ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
VAVO	voortgezet algemeen volwassenenonderwijs
VUT	vervroegde uittreding
VWS	ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
WAM	Wet aansprakelijkheid motorrijtuigen
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
WAZO	Wet arbeid en zorg

WBE	Wet bevordering eigenwoningbezit
Wet CAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
Wet LB	Wet op de loonbelasting
Wet REA	Wet (re)integratie arbeidsgehandicapten
Wet Samen	Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden
WGB	Wet gelijke behandeling
WGBH/CZ	Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
Wiw	Wet inschakeling werkzoekenden
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
WOA	Wet verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur
WOBOT	Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde duur
WRR	Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid
Wsw	Wet sociale werkvoorziening
WVG	Wet voorzieningen gehandicapten
Zfw	Ziekenfondswet

Commentaren

Ras en nationaliteit

Mr. M. Davidović & mr. S.K. van Walsum

1 INLEIDING

Het lijkt steeds minder zichtbaar, onderscheid naar nationaliteit, naar ras, of beide. We weten inmiddels wel dat iemand discrimineren vanwege een (vermeend) etnisch kenmerk niet door de beugel kan. Deze winst komt met een nieuwe uitdaging. Mechanismen van uitsluiting zijn van toenemend subtiele aard. Dit maakt het identificeren ervan, zelfs voor degenen die het ondervinden, steeds lastiger. Dit gaat ook op voor het bewijzen van ongelijke behandeling. Deze trend is deels terug te zien in het aantal oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB of Commissie). Naast een algehele daling van het aantal oordelen over de gronden ras en nationaliteit, tekent zich een dalende lijn af in het aantal oordelen waarin het bestaan van direct onderscheid wordt geconcludeerd.[1] In 2008 werd weliswaar in ruim de helft van de oordelen strijd met de wet geconstateerd,[2] maar met slechts 36 oordelen in 2008 op grond van ras en nationaliteit blijven deze in aantal achter bij de twee voorgaande jaren.[3]
In deze bijdrage wordt ingegaan op de algemene ontwikkelingen zoals die zich hebben voorgedaan op nationaal en Europees niveau. Daarna volgen de meest interessante en vernieuwende oordelen van de Commissie voor de gronden ras en nationaliteit op de gebieden arbeid, het aanbieden van goederen en diensten en vervolgens sociale bescherming. Beleid, wetgeving en rechtspraak komen waar relevant aan bod.

2 ALGEMENE ONTWIKKELINGEN

Doelgroepspecifiek beleid is een terugkerend onderwerp binnen de gelijkebehandelingswetgeving. Maatschappelijke aandacht voor specifieke minderheidsgroepen lijkt weer op te komen,[4] in het bijzonder de aandacht voor Sinti en Roma-gemeenschappen.[5]
De verwijsindex voor personen van Arubaanse en Antilliaanse afkomst (VIA) heeft in 2008 de gemoederen verhit.[6] Voor registratie in de VIA, dienden de personen van deze

1 In 2005 waren dat er nog 32 van de 34. In 2008 slechts 8 van de 36. In de tussenliggende jaren was er van 64, respectievelijk 50 oordelen, 59 en 33 keer sprake van direct onderscheid.
2 In de twee voorgaande jaren was het slagingspercentage lager, ongeveer een op de drie oordelen. P.R. Rodrigues en S. van Walsum, 'Ras en nationaliteit' in: J.H. Gerards (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2007, Nijmegen: Wolf Legal Publisher, p. 42.
3 In 2008 waren er 25 oordelen op het gebied van arbeid, drie op het gebied van sociale bescherming en acht bij het aanbieden van goederen en diensten. In 2006 waren er 64 oordelen en in 2007 50.
4 Motie om in het Jaarrapport Integratie ook aandacht te besteden aan bevolkingsgroepen als Irakezen, Afghanen, Somaliërs, Roma en Sinti en Molukkers, *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 XVIII, nr. 31.
5 Motie om naar analogie van de VIA een gezamenlijke aanpak met de Roma-gemeenten te ontwikkelen, *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 XVIII, nr. 32. Zie ook Forum persbericht 31 oktober 2008, *Forum: meer aandacht voor Roma en Sinti in Nederland. Public Hearing informeert Raad van Europa over onderwijs Roma en Sinti*, <http://www.forum.nl/pers/persarchief/pers2008/31_10_08.html>.
6 *Kamerstukken II* 2004/05, 26 283, nr. 19; *Kamerstukken II* 2008/09, 26 283, nr. 49.

minderheidsgroep van een bepaalde leeftijd te zijn (jonger dan 25) en aldaar geboren. Het meest in het oog springend waren de uit deze groep voorkomende risicofactoren die registratie moesten rechtvaardigen. Antilianen en Arubanen die werkloos zijn, een opleiding niet hebben afgerond, huisvestings- of gezondheidsproblemen ervaren, schulden hebben of *verdacht* worden van criminele activiteiten, zouden worden opgenomen in de VIA. De meeste personen uit deze groep hebben evenwel de Nederlandse nationaliteit. Andere etniciteiten en personen die in Nederland zijn geboren, zouden niet worden geregistreerd. Tegenstanders van de VIA stelden dat hierdoor ongeoorloofd onderscheid op grond van ras plaatsvond. Het initiële succes bij de rechtbank waardoor de VIA een halt werd toegeroepen,[7] werd door de Raad van State vernietigd.[8] Na aanhoudende protesten werd uiteindelijk besloten af te zien van aparte registratie voor deze doelgroep en gebruik te maken van de Verwijsindex Risicojongeren (VIR).[9] Hierin worden jongeren geregistreerd die geregeld in de problemen komen, zonder dat hun afkomst wordt vastgelegd.[10] Het is te hopen dat de nader te voeren principiële discussie over het registreren van etniciteit langs de lijnen en voorwaarden van het (internationale) recht loopt, in het belang van alle bevolkingsgroepen in de maatschappij.[11]

Op het gebied van arbeid zijn er kamervragen gesteld over het voorgenomen voorkeursbeleid voor personen met een islamitische achtergrond door de gemeente Amsterdam.[12] Zij vroeg een oordeel omtrent eigen handelen.[13] Terecht merkt de Minister bij de beantwoording van de vragen op dat de CGB, samen met de rechter, waakt tegen ongeoorloofd onderscheid bij het voeren van diversiteitbeleid en dat het streven naar bevordering van instroom van vrouwen en allochtonen aansluit aan bij de diversiteitdoelstellingen van het kabinet.
Het eerste advies dat de Commissie gaf in 2008 betrof ook doelgroepenbeleid op het gebied van arbeid. Het verzoek werd gedaan naar aanleiding van oordeel 2007-55 over het aannamebeleid van de ondersteunende organisatie van de Tweede Kamer van allochtone sollicitanten. In dat oordeel kwam het voorkeursbeleid aan de orde voor (nieuwe) vacatures voor beveiligers in de Tweede Kamer. Het voorkeursbeleid bleek uiteindelijk niet toegepast te zijn op de daarvoor in aanmerking komende sollicitanten. De Commissie constateerde dat de selectiecriteria waarop verzoeker werd afgewezen tijdens de procedure waren gewijzigd en dat deze niet in de vacatures waren genoemd. Kenbaarheid wordt ook in het CGB-advies aangehaald als het punt van aandacht. Vooral competentie-eisen kunnen uiteenlopend worden ingevuld, in tegenstelling tot diploma-eisen – die heb je of die heb je niet. In de vorige oordelenbundel is reeds gewezen op de nadelige effecten van het inruilen van deze harde eisen voor zogenaamde zachte, vooral voor hoger gekwalificeerd allochtoon personeel.[14] De Commissie beveelt aan om in ieder geval het voorkeursbeleid schriftelijk vast te leggen, actief kenbaar te maken bij leidinggevenden en in te bedden in het brede personeelsbeleid.

---

7 Rb. Den Haag, 24 juni 2007, *LJN*: BB0711.
8 ABRvS 3 september 2008, *LJN*: BE9698, *AB* 2008/335.
9 Al sinds 17 oktober 2007 draait de VIR op proef. Eind 2007 waren 18 gemeenten aangesloten.
Zie < http://www.verwijsindex.nl/stand-van-zaken_stand-van-zaken/>.
10 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 855. nr. 4, p. 13, het schrappen van afkomst/etniciteit is mede geschied op basis van advies van de Raad van State.
11 Zie ook E. Brouwer en D. Houtzager, 'De verwijsindex Antilianen', *NJB* 2009, afl. 7, p. 302-308.
12 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 984, p. 2059-2060.
13 Oordeel 2008-143.
14 Hans Siebers, *Vormt afkomst een belasting of een toeslag? Een onderzoek naar loopbaanontwikkeling van niet-westerse medewerkers van de Belastingdienst vergeleken met hun autochtone collegae*, Utrecht: belastingdienst 2005.

Een kijkje bij het bedrijfsleven laat zien dat het percentage MKB-bedrijven met allochtonen in dienst is gestegen naar 75%.[15] De overgrote meerderheid van de werkgevers (90%) ziet ook geen spanningen op de werkvloer. De positievere houding van werkgevers over nieuwe Nederlanders is echter nog niet bestendigd en de kredietcrisis doet met het oog op 'first in – first out' ontslagbeleid een beroep op de lange adem van deze cijfers. Over het algemeen wordt echter geconstateerd dat het personeelsbestand bij (onder andere) de rijksoverheid en de lagere overheden geen afspiegeling is van de bevolking met al haar diversiteit. In de voorgaande jaren werd dat gegeven ondermeer bevestigd in het onderzoek naar de arbeidspositie van niet-Westerse allochtonen.[16] Diversiteit bij werkgevers lijkt meer erkend te worden, maar de praktische uitvoering loopt nog niet echt soepel. Waakzaamheid is geboden tegen slechts formele gelijkheid en hierbij is uiteraard een belangrijke rol weggelegd voor de Commissie. In het kader van deze ontwikkeling verdient tevens het handboek van Art.1 vermelding, dat beoogt werkgevers te helpen discriminatie op de werkvloer en bij sollicitaties te voorkomen.[17]

Na een rapport van Amnesty International,[18] bevestigt nieuw onderzoek van Forum dat er nog steeds geen sprake is van een breed gedragen personeels- of diversiteitbeleid gericht op allochtonen.[19] Zelfs bij bestaand beleid kan men de vraag opwerpen wat het effect ervan is wanneer men vasthoudt aan bijvoorbeeld 'life-style neutrale' politie-uniformen,[20] of het verbieden van het afleggen van de eed op Allah,[21] of wanneer men steken laat vallen bij de bestrijding van discriminatie.[22]
Er zijn ook aanwijzingen dat het anders kan, zoals blijkt uit het onderzoek van het Willem Pompe Instituut van de Universiteit Utrecht over politiestijlen in achterstandswijken. De politie hanteert, samen met bewoners en andere instanties, talloze innovatieve oplossingen voor het conflictmodel.[23]
Een dergelijke aanpak toont zijn nut ook op andere gebieden dan het strafrechtelijke, zoals blijkt uit studies naar (de effecten van) verbetering van achterstandswijken. De voornaamste bevindingen zijn dat een lokale op maat ontwikkelde aanpak, waarbij bewoners actief betrokken worden, van groot belang is voor de effectiviteit en dat de verwachtingen reëel dienen te zijn om een breed draagvlak te cultiveren.[24]
Bovengenoemde onderzoeken bieden de Commissie handvatten voor het verder ontwikkelen van toetsingsmodellen voor voorkeursbehandeling voor de verschillende gronden (zie ook noot Groenendijk elders in deze bundel). Op ontwikkelingen op het gebied van het strafrecht wordt verderop teruggekomen.

---

15 In 2006 betrof het 53% en in 2007 61%. Ahmed Ait Moha, Pieter Paul Verheggen, Lonneke Gijsbers, *TrendMeter 2008*, Amsterdam: Motivaction 2008, <http://www.forum.nl/pdf/trendmeter2008.pdf>.
16 I. Andriessen e.a., *Discriminatiemonitor niet-westerse allochtonen op de arbeidsmarkt 2007*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2007.
17 Art. 1, *Iedereen aan de slag*, Rotterdam: 2008.
18 Amnesty International, *Aanpak van discriminatie door Nederlandse gemeenten: 443 kansen voor verbetering*, april 2007, <http://www.amnesty.nl/documenten/themas/discriminatie/AINL_antidiscriminatiebeleid_gemeenten_april2007.pdf>.
19 L. van Noort en C. Pelgröm, E&S Advies en Management, *Op zoek naar de kracht van verschil, Verkenning naar diversiteitsbeleid bij provincies en grote gemeenten*, Forum: Utrecht 2008, http://www.forum.nl/pdf/krachtvanverschil.pdf.
20 Advies 2007-8 inzake uiterlijke verschijningsvormen politie "Pluriform uniform?"; *Kamerstukken II* 2008/09, 29 628, nr. 109.
21 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1105, p. 2317. Opvallend is dat bij defensie deze mogelijkheid wel open staat, voortkomend uit de behoeften van het KNIL, het Koninklijk Nederlands Indisch Leger.
22 Onderzoekscommissie 'Liberiaans gezin', *Racistische overlast in Waspik*, Rotterdam: Ger Guijs 2008.
23 L. Kleijer-Kool, *Politiestijlen en conflictpotentieel in Nederlandse multiculturele achterstandswijken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
24 J. Berg, T. Kaminer, M. Schoonderbeek en J. Zonneveld (red.), *Huizen in transformatie. Interventies in Europese gentrification*, Rotterdam: NAi Uitgevers 2008; G. Bolt en R. van Kempen, m.m.v. M. Hartog, *De mantra van de mix. Hoe ideaal is een gemengde wijk?*, Rotterdam: Ger Guijs 2008.

In 2008 was er ook aandacht voor het verband tussen arbeidsparticipatie en onderwijs en daarmee komen we op het vervolgonderzoek van het reeds genoemde rapport over de arbeidspositie van niet-westerse allochtonen. In het vervolgonderzoek worden aanbevelingen gedaan voor het ondersteunen van allochtone studenten bij hun entree op de arbeidsmarkt door HBO- en WO-instellingen.[25]
Dit brengt ons op het gebied van het onderwijs, waar de bevindingen minder positief zijn.[26] Bepaalde allochtone studenten werden onder meer getroffen door uitsluiting.[27] Naar aanleiding van een VN-resolutie over non-proliferatie van kernwapens,[28] dienen studenten met (tevens) de Iraanse nationaliteit te worden geweerd bij studies die hen nucleaire kennis zouden verschaffen. De verhouding tussen een door de Veiligheidsraad opgelegde verplichting enerzijds en anderzijds het verbod uit de gelijkebehandelingswetgeving om vrije studiekeuze te beperken enkel op grond van nationaliteit leidde tot de nodige discussie.[29]
Uit onderzoek bleek verder dat veel onderwijsinstellingen gevallen van discriminatie of racistische voorvallen niet melden, noch bij politie, noch bij ADVs of andere instanties, maar dat het wel gaat om aanzienlijke aantallen.[30] Deze trend van niet melden komt overeen met het geringe aantal oordelen op het gebied van onderwijs bij de CGB. In 2008 waren dat oordelen 2008-129 en 2008-153, beide in de sector zorg.

Een ander geval van blinde vlekken in de discriminatiestatistieken ligt in de strafrechtelijke sfeer van opsporing en vervolging. De Monitor Rassendiscriminatie meldt al enige tijd dat een groot deel van de discriminatoire incidenten onopgemerkt blijft bij politie en justitie. Het betreft vooral commune delicten zoals brandstichting of mishandeling met een discriminatoir aspect. Het vermoeden was dat deze 'verborgen' incidenten een toename van een derde van de ons bekende discriminatieaantallen zouden veroorzaken. In 2008 bleek echter uit onderzoek van het Landelijk Expertisecentrum Diversiteit van de politie dat het maar liefst een verdriedubbeling betreft.[31] De aantallen zien op alle discriminatiegronden genoemd in de strafrechtelijke discriminatieartikelen, waaronder ras. Het illustreert hoe moeilijk het is voor burgers om discriminatie effectief aan te kaarten, zeker bij subtielere vormen ervan die extra alertheid vereisen bij de instanties waar men met een klacht aanklopt.
Over het strafrecht kan tot slot het voorstel tot aanpassing van artikel 137c Wetboek van Strafrecht gemeld worden. De voorgestelde toevoeging van "middellijk of onmiddellijk" bij het verbod op discriminerende belediging is naar aanleiding van het debat omtrent godslastering ontstaan.[32] Deze verduidelijking zou echter ook invloed hebben op de grond ras. Of het voorstel een meerderheid haalt in Tweede Kamer of niet, het werpt een interessante discussie op over de strafbaarheid van indirecte discriminatie op grond van ras binnen de strafwet.

---

25 S. el Marini, L.E. Keijzer en S. de Vries, *Toegerust voor een carrière? Een onderzoek naar de rol van HBO- en WO-instellingen bij het ondersteunen van allochtone studenten bij hun entree op de arbeidsmarkt*, Utrecht: Forum 2008, <http://www.forum.nl/pdf/toegerustcarriere.pdf>.
26 Onderwijs doet niets aan etnische tweedeling, *Het Parool* 12 december 2008.
27 Zie voor andere onderwijsgerelateerde zaken ook de paragrafen 'Onderwijs' en 'Sociale bescherming' hierna.
28 VN-Veiligheidsraad, Resolutie 1737, 23 december 2006; zie ook *Kamerstukken II* 2007/08, 31380, nr. 2.
29 F. Jensma en D. Walters, 'Een VN-resolutie als toverstokje', *NRC Handelsblad* 15 juli 2008.
30 Inspectie van het Onderwijs, *De staat van het onderwijs. Onderwijsverslag 2006 / 2007,* Den Haag: Inspectie van het Onderwijs 2008, p. 211.
31 *Kamerstukken II* 28684, nr. 186, bijlage p. 6. De politie registreerde zowel in 2006 als in 2007 rond de 1500 incidenten (zowel meldingen als aangiften), waarvan respectievelijk 246 en 216 instroomden bij het Openbaar Ministerie. M. Davidović, P.R. Rodrigues, 'Opsporing en Vervolging in 2007', in: J. van Donselaar en P.R. Rodrigues (red.), *Monitor Racisme & Extremisme. Achtste rapportage*, p. 210 en 213.
32 *Handelingen II* 2008/09, nr. 19, p. 1373-1415, 1459-1509.

Het belang van eenduidige en heldere definities blijkt ook buiten EG-verplichtingen. In de zaken *Sampanis*[33] en *Oršuš*[34] bleek hoe lastig het kan zijn om feitencomplexen te duiden als directe dan wel indirecte discriminatie. Beide uitspraken gingen om Roma-kinderen die niet hetzelfde onderwijs hadden genoten als autochtone kinderen uit respectievelijk Griekenland en Kroatië. De zaken illustreren tevens de al eerder genoemde moeilijkheid van het duiden en vaststellen van indirecte discriminatie. Zo werd in *Oršuš* door het Europese Hof voor de Rechten van Mens een taaleis niet (h) erkend als indirect onderscheid op grond van ras.[35] Over deze zaak zullen we nog zeker meer horen nu het Hof in januari 2009 heeft ingestemd met het aangetekende hoger beroep.[36]

Tot slot leverden internationale inspanningen in de strijd tegen rassendiscriminatie in 2008 twee vermeldenswaardige rapporten op. De Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI) publiceerde in februari 2008 het derde rapport over Nederland. Het verharde (politieke) debat werkt volgens de ECRI polarisatie in de hand. De ECRI uitte zich ook kritisch over toegenomen islamofobie, de relatie met de Antilliaanse gemeenschap in Nederland (ook door de wens de bovengenoemde VIA in te voeren), de mogelijk discriminerende Wet inburgering in het buitenland en het gevaar van *ethnic profiling* bij bijvoorbeeld preventief fouilleren.
Het tweede rapport is door Nederland zelf opgesteld in het kader van de tweejaarlijkse rapportageverplichting van het Internationale Verdrag inzake de Uitbanning van Rassendiscriminatie (IVUR). De Nederlandse overheid lijkt echter sinds de jaren negentig hieraan een eigen ritme gegeven te hebben.[37] De reprimande van het Comité dienaangaande in 1998 en de kritiek van mensenrechtenorganisaties op de wederom verlate en samengevoegde vijftiende en zestiende rapportages[38] hebben Nederland er niet van weerhouden wederom het zeventiende en achttiende rapport samen te voegen.[39] De 75e sessie is gepland in augustus 2009 alwaar het rapport van Nederland aan de orde zal komen. Over de tevens in 2009 geplande conferentie tegen racisme in Genève is enige ophef ontstaan. Uit de beantwoording van gestelde kamervragen blijkt dat een boycot van deze conferentie wegens eenzijdige beschuldigingen van racisme aan het adres van Israel nog niet aan de orde is.[40]

3 ARBEIDSVERHOUDINGEN

Bij de bespreking van de oordelen over arbeidsverhoudingen volgen wij de pragmatische volgorde van instroom (werving en selectie), doorstroom (beloning, bevordering) en uitstroom (beëindiging). En, net als in de voorgaande jaren, hebben wij ook nu besloten om alle zaken waarbij bejegening of intimidatie aan de orde is binnen één rubriek te behandelen, ook al hebben die zaken vaak ook te maken met instroom, doorstroom of beëindiging.

---

33 EHRM 5 juni 2008, nr. 32526/05, *EHRC* 2008/92, m.nt. J.H. Gerards.
34 EHRM 17 juni 2008, nr. 15766/03, *EHRC* 2008/113 m.nt. J.H. Gerards.
35 M. Davidović en P.R. Rodrigues, 'Roma maken school in Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 2009, afl. 34-3.
36 Press Release ERRC 7 January 2009.
37 Zie ook de Eerste Rapportage opgesteld door Nederland conform artikel 25, eerste lid, van het Kaderverdrag inzake de bescherming van nationale minderheden van de Raad van Europa 2008, ACFC/SR(2008)001/Dutch/, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/Table_en.asp#Netherlands>.
38 CERD/C/452/Add.3, behandeld op de 64e sessie, CERD/C/64/CO/7, 10 mei 2004.
39 *Kamerstukken II* 2007/08, 30950, nr. 10.
40 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1052.

3.1 Werving en selectie

Voorkeursbeleid

Zoals hierboven al is aangegeven, heeft de CGB bij brief van 24 januari 2008 naar aanleiding van een eerder oordeel geadviseerd over het voorkeursbeleid van een ondersteunende organisatie van de Tweede Kamer. In die brief legt de CGB het door haar gehanteerde algemene toetsingskader neer. Ook waar het gaat om onderscheid gemaakt op grond van ras of nationaliteit, hanteert de CGB de strenge toets die door het Europese Hof van Justitie (Hof of HvJ EG) is ontwikkeld bij voorkeursbeleid op grond van geslacht. Dit om te voorkomen dat niet-allochtone sollicitanten oneven-redig worden benadeeld. Wel geeft de CGB in haar advies aan dat Nederland ook gebonden is aan het Internationaal Verdrag tegen rassendiscriminatie, dat een minder strenge toets toelaat. De Commissie heeft dan ook in het verleden geoordeeld dat zich uitzonderingssituaties kunnen voordoen waarin een zwaardere vorm van voor-keursbeleid – zoals het reserveren van posities voor allochtonen – gerechtvaardigd kan zijn.[41]

In oordeel 2008-81 is dit precies het probleem dat aan de orde wordt gesteld. Een Nederlandse sollicitant van Nederlandse afkomst dient met succes een klacht in over het voorkeursbeleid van de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van de Gemeente Amsterdam. Het beleid van deze dienst houdt in dat tijdens de sollicitatieprocedure alleen gesprekken met gekwalificeerde allochtone kandidaten worden gevoerd. Een autochtone sollicitant wordt alleen dan uitgenodigd voor een gesprek wanneer hij of zij uitzonderlijk goed gekwalificeerd is. De Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van de gemeente verdedigt haar beleid met de volgende argumenten. Er zou sprake zijn van een hardnekkige ondervertegenwoordiging van allochtone werknemers. Met name bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling is dit een probleem. Het is van groot belang dat er wederzijds begrip is tussen de doelgroep en de werknemers van de dienst. Omdat minder verstrekkende maatregelen niet effectief zijn gebleken, heeft de Dienst besloten een verdergaand voorkeursbeleid te voeren.
De CGB oordeelt dat met het gekozen beleid niet wordt voldaan aan het vereiste dat alle sollicitanten worden onderworpen aan een objectieve beoordeling. In overwe-ging 3.17 oordeelt de CGB, dat door alleen uit de groep allochtonen sollicitanten te selecteren die op gesprek mogen komen, deze groep een aanzienlijk grotere kans heeft om aangenomen te worden dan de groep autochtone kandidaten. Dit is niet in overeenstemming met het vereiste dat álle kandidaten op dezelfde wijze moeten worden beoordeeld. Wel houdt de CGB een slag om de arm in overweging 3.21. Het is volgens de Commissie niet uit te sluiten dat er onder omstandigheden aanleiding kan zijn om te oordelen dat sprake is van een dusdanig uitzonderlijke situatie dat de strenge toets op basis van de jurisprudentie van het HvJ EG, in verband met het pro-portionaliteitsvereiste, niet onverkort behoort te worden toegepast. In het onderha-vige geval is er echter, naar het oordeel van de CGB, geen aanleiding voor een der-gelijke zwaardere vorm van voorkeursbeleid. In overweging 3.22 legt de CGB uit waarom. De achterstand van het aantal allochtone werknemers bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling is reëel, maar niet buitensporig groot. Ook de ove-rige argumenten van de Dienst kunnen de CGB niet overtuigen, vooral omdat niet kan worden uitgelegd waarom eerdere, minder verstrekkende, maatregelen geen resultaat hebben geboekt. "Daardoor kan niet worden uitgesloten dat die maatregelen

41 Oordeel 1999-32.

wel geschikt kunnen zijn wanneer onzichtbare drempels, zoals bijvoorbeeld vooringenomenheid van leden van sollicitatie-commissies of op de autochtone cultuur gebaseerde vooronderstellingen in assessments en competentietesten, worden geslecht." Met andere woorden: de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van de Gemeente Amsterdam moet werk maken van zijn diversiteitsbeleid. Niet opgeloste knelpunten in de door deze dienst gevoerde sollicitatieprocedures mogen niet worden afgeschoven op autochtone en westers allochtone sollicitanten.[42]

Direct onderscheid op grond van ras

Oordeel 2008-48 wordt uitgesproken op verzoek van twee werkgevers. Zij hebben de CGB samen verzocht te oordelen over een sollicitatieprocedure die zij gezamenlijk voeren. Het gaat om een vacature voor een projectleider/trainer diversiteit die zich bezig zou moeten gaan houden met een project gericht op het verminderen van het sociale isolement en het verhogen van het zelfrespect van niet-westerse allochtone mannen die niet (meer) hun traditionele kostwinnersfunctie vervullen. In de personeelsadvertentie wordt vermeld dat bij gelijke geschiktheid van kandidaten de voorkeur wordt gegeven aan een man met een migranten- of vluchtelingenachtergrond. Ondanks de in de advertentietekst gebezigde terminologie, stellen de verzoekers geen voorkeursbeleid te willen voeren, maar een beroep te willen doen op de wettelijke uitzonderingen op het discriminatieverbod, namelijk op grond van de geslachts- en rasbepaaldheid van de bewuste functie.
Naar het oordeel van de CGB is hiertoe geen aanleiding. Voor de redenering van de CGB wat betreft geslacht verwijzen wij naar het desbetreffende hoofdstuk. Wat betreft de wettelijke uitzondering op het verbod onderscheid te maken op grond van ras, overweegt de CGB in 3.16, conform eerdere oordelen dat het daarbij primair moet gaan om uiterlijke, fysieke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon, en niet om normatieve of sociologische kenmerken zoals vertrouwdheid met traditionele eerculturen.[43] Bovendien hebben de verzoekende werkgevers naar het oordeel van de CGB geen objectiveerbare steun kunnen vinden voor hun stelling dat bij de beoogde functie het behoren tot een bepaalde etnische groep de effectiviteit van de werknemer zal vergroten. Er wordt dus op ongerechtvaardigde gronden direct onderscheid gemaakt op grond van ras.
Op verzoek van de CGB hebben de verzoekende werkgevers een alternatieve personeelsadvertentie opgesteld die de kern van de eisen op ras- en sekseneutrale wijze verwoordt. Hiermee hebben zij naar het oordeel van de CGB bevestigd dat geen sprake is van ras- en/of geslachtbepaalde beroepsactiviteiten. De gestelde eisen leveren wellicht wel indirect onderscheid op. Per geval zal moeten worden bezien of dit objectief te rechtvaardigen is.

Ook in oordeel 2008-87 wordt geconcludeerd dat direct onderscheid is gemaakt op grond van ras en nationaliteit.[44] In dit geval heeft een stichting ter bestrijding van discriminatie geklaagd over een advertentie waarin uitdrukkelijk Marokkanen worden verzocht te solliciteren naar de functie van enquêteur. In haar slotoverweging, wijst de CGB de betrokken werkgever op het feit dat geen sprake hoeft te zijn van

42 Zie de noot van Kees Groenendijk bij deze uitspraak in deze oordelenbundel. In het reeds aangehaalde tussenoordeel 2008-143 buigt de CGB zich, op verzoek van de Gemeente Amsterdam, over een voorstel voor een vergelijkbare sollicitatieprocedure.
43 Oordelen 1997-51 en 1997-52.
44 Ook dit jaar heeft de CGB geoordeeld over het maken van onderscheid op grond van taal of accent. Zie oordelen 2008-95, 2008-11 en 2008-78. Deze wijken niet af van eerdere oordelen.

verboden onderscheid indien aan een functie taaleisen worden gesteld die functioneel van aard zijn.[45]

Ten slotte oordeelt de CGB in oordeel 2008-75 dat een provider en distributeur van tv-kanalen direct onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door een via een recruitmentbureau voorgedragen man van Turkse afkomst af te wijzen, onder andere omdat "werken met adult [*sic*: bedoeld wordt: pornografisch) materiaal in de Turkse gemeenschap niet eenvoudig zal zijn." Hiermee bedoelde de werkgeefster, blijkens haar schriftelijke reactie op de klacht, dat het "wellicht moeilijk is voor verzoeker om aan mensen in zijn omgeving uit te leggen dat hij onder andere met 'adult' films moet werken." Overigens oordeelt de CGB in oordeel 2008-76 dat ook het recruitmentbureau in strijd heeft gehandeld met de AWGB omdat het, ondanks toezeggingen, geen contact heeft opgenomen met de opdrachtgever over deze afwijzing.

Indirect onderscheid op grond van ras en/of nationaliteit

In oordeel 2008-108 gaat het om een man van Surinaams-Javaanse afkomst die klaagt dat in zijn geval indirect onderscheid is gemaakt op grond van ras doordat hij is afgewezen voor de functie van financieel/economisch medewerker op basis van een rapport van een assessmentbureau. Hierin wordt onder andere gesteld dat mogelijk sprake is van een "cultuurverschil" tussen deze man en de bouwonderneming waar hij heeft gesolliciteerd. De werkgever bevestigt dat het rapport van het assessmentbureau een rol heeft gespeeld bij de beslissing de man af te wijzen, maar ontkent dat de Surinaams-Javaanse afkomst van de man daarbij een rol heeft gespeeld. Het door het assessmentbureau gebruikte begrip "cultuurverschil" heeft de werkgever begrepen als een verwijzing naar de werkbeleving van de man, die niet overeen zou komen met de bedrijfscultuur binnen de onderneming. De CGB acht deze redenering overtuigend, en concludeert dat de man er niet in is geslaagd een vermoeden van onderscheid op grond van ras te doen ontstaan. Hiermee blijft de vraag echter onbeantwoord in hoeverre van sollicitanten verlangd mag worden dat zij zich conformeren aan een bepaalde bedrijfscultuur, wanneer dit tot gevolg zal hebben dat juist die groepen die in beginsel beschermd dienen te worden tegen uitsluiting, niet voor aanstelling in aanmerking zullen komen. Uit het rapport van het assessmentbureau blijkt dat de man in kwestie zich negatief heeft uitgelaten over een bedrijfscultuur die uitgaat van werkweken van vijftig of zestig uur per week. In hoeverre het bureau deze afkeer heeft gekoppeld aan de etnische afkomst van de man is onduidelijk.[46]

Een bedrijfscultuur is per definitie cultureel bepaald. Een bedrijfscultuur waarin werkweken van zestig tot tachtig uur normaal worden gevonden past goed bij een werkethiek die in de Calvinistische traditie van met name protestants Nederland op brede steun kan rekenen. Het is niet ondenkbaar dat andere tradities richtinggevend kunnen zijn bij etnische of religieuze minderheden waarbij de waarde van een mens in mindere mate gekoppeld wordt aan zijn of haar deelname aan betaalde arbeid. Bovendien valt te verwachten dat ook oudere werknemers, mensen met zware zorgverplichtingen (naar verhouding grotendeels vrouwen), en mensen met lichamelijke

45 Oordeel 2000-59; oordeel 2001-12; oordeel 2006-231; oordeel 2007-135.

46 De man heeft ook een klacht ingediend tegen het assessmentbureau. Deze is echter niet ontvankelijk verklaard door de CGB omdat het handelen van dit bureau naar het oordeel van de CGB niet binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt. Het bureau heeft immers slechts een adviserende rol bij de opdrachtgever die niet gehouden is zijn advies over te nemen. Het assessmentbureau is ook geen arbeidsbemiddelaar bij wie de man in dienst zou treden, of althans via welke hij bij de opdrachtgever in dienst zou treden (oordeel 2008-109).

beperkingen zich niet altijd kunnen schikken in een bedrijfscultuur die geënt is op de levensstijl van gezonde mensen van middelbare leeftijd en zonder dringende zorgverplichtingen.[47] Zeker waar het gaat om een bedrijfscultuur die een werkinspanning dicteert die de wettelijk vastgestelde norm van veertig uur per week te boven gaat, dringen zich lastig te beantwoorden gelijkebehandelingsvragen op omtrent het verband tussen de dominante cultuur in een maatschappij en een bedrijfscultuur. Daarbij gaat het in feite om de vraag hoe de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving zich verhoudt tot de notie van diversiteit. Is die wetgeving alleen bedoeld om mensen te beschermen tegen ongelijke behandeling op grond van uiterlijke kenmerken, of zou zij ook kunnen (en moeten?) dienen om ruimte te scheppen voor normatieve pluriformiteit op de werkvloer? Een stellingname hierover zou helderheid bieden over wat wel en wat niet bereikt kan worden met de beschikbare juridische instrumenten.

In oordeel 2008-114 is de vraag aan de orde of een onderzoeksinstelling verboden onderscheid naar nationaliteit maakt door een buitenlandclausule te hanteren bij de aanstelling van in Nederland gepromoveerden voor een positie als postdoc. In Nederland gepromoveerden komen bij deze instelling alleen voor een postdocplaats in aanmerking als zij beschikken over een aantal jaren relevante buitenlandervaring. Geen vergelijkbare eis geldt ten aanzien van kandidaten die buiten Nederland zijn gepromoveerd. In paragraaf 3.11 concludeert de CGB dat dit beleid leidt tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit. Door partijen wordt namelijk niet betwist dat het overgrote deel van de natuurkundigen met de Nederlandse nationaliteit in geval van een promotie aan een Nederlandse universiteit promoveert. Daarnaast constateert de CGB dat het merendeel van de postdocs die bij deze instelling werkt niet de Nederlandse nationaliteit heeft. Bovendien is het percentage Nederlandse postdocs werkzaam bij deze instelling van 30% naar 18% gedaald sinds de invoering van dit beleid in 2001. Naar het oordeel van de CGB dient het beleid wel een legitiem doel (het bevorderen van de kwaliteit van het natuurkundig onderzoek in Nederland) en is het ook een geschikt middel tot dat doel. De CGB is echter niet overtuigd van de noodzakelijkheid van het middel. De instelling heeft geen argumenten aangevoerd waarom het beschikken over buitenlandervaring als zodanig een voorwaarde zou zijn voor kwaliteitsverhoging. Bovendien worden geen nadere eisen gesteld, behalve dat het moet gaan om wetenschappelijke ervaring. Voor zover buitenlandervaring aantoonbaar meerwaarde heeft, zou een mogelijk alternatief zijn om ook aan in het buitenland gepromoveerden de eis te stellen dat zij ervaring in een ander land dan het land van promotie, hebben opgedaan.

3.2 Bevordering en beloning

In oordeel 2008-127 spreekt de CGB een tussenoordeel uit over de klacht van een Poolse kweker dat hij lager beloond wordt dan zijn niet-Poolse collega's. Naar aanleiding van deze klacht laat de CGB een loontechnisch onderzoek uitvoeren door haar functiewaarderingsdeskundige. De bedoeling van de CGB was om op basis van dat onderzoek een zogenoemde maatmanvergelijking te maken.[48] Uit het rapport blijkt echter dat verschillen in beloning in het bedrijf waar deze man werkt met name gebaseerd zijn op het soort arbeidsovereenkomst dat is aangegaan: als seizoenwerker, of in vaste dienst. De in vaste dienst aangestelde kwekerijmedewerkers ontvangen een

47 Deze man klaagde overigens ook dat in zijn geval onderscheid was gemaakt op grond van leeftijd (zie hierover verder het hoofdstuk over leeftijdsdiscriminatie).
48 Gelet op het doel van de CGB, vragen wij ons overigens af waarom niet de term 'maatmens' wordt gebruikt.

substantieel hogere overwerkvergoeding dan de seizoenwerkers, terwijl er ook sprake is van een verschil in bruto uurloon. Het werk dat zij doen is echter hetzelfde.
Uit de aan de CGB overgelegde cijfers blijkt dat alle seizoenswerkers in de functie kwekerijmedewerker de Poolse nationaliteit hebben en van Poolse afkomst zijn. Van de vaste medewerkers in deze functie zijn er twee met de Turkse nationaliteit en vier met de Nederlandse. Nu alleen Poolse werknemers getroffen worden door het verschil in beloning tussen seizoenwerkers en vaste medewerkers, is naar het oordeel van de CGB sprake van indirect onderscheid op grond van nationaliteit. Het bedrijf wordt in de gelegenheid gesteld een objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid aan te voeren. De CGB merkt al vast op dat het verschil wat betreft type aanstelling begrijpelijk is gezien de achtergrond van het beleid, namelijk dat Nederland aan Poolse werkzoekenden gedurende enkele jaren geen vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt bood en zij slechts een vergunning konden krijgen voor seizoensgebonden arbeid,[49] maar dat deze beperking op het vrije verkeer van personen geen afbreuk doet aan het beginsel van gelijke beloning.
Het enige andere oordeel over verschil in beloning betreft de klacht van een vrouw van Antilliaanse afkomst dat zij bij indiensttreding bij een zorginstelling lager is ingeschaald dan twee collega's van Nederlandse afkomst, terwijl zij hetzelfde werk doen. Bij nader inzien geeft zij toe dat haar lagere inschaling samenhangt met het gegeven dat zij afkomstig is uit een zogenoemde Melkertbaan, en geen verband houdt met haar Antilliaanse afkomst. Omdat de ongelijke beloning in dit geval te maken heeft met een (verschil in) werkachtergrond en niet met een van de in de AWGB genoemde gronden, verklaart de CGB deze klacht niet ontvankelijk. De vraag of deze achterstelling van mensen afkomstig uit Melkertbanen naar verhouding meer mensen uit niet-Nederlandse afkomst treft dan mensen van Nederlandse afkomst komt niet aan de orde.

3.3 Intimidatie en bejegening

Geen effectief diversiteitsbeleid

Het verband tussen achterstelling en etnische afkomst komt duidelijk naar voren in oordeel 2008-45. Het betreft hier de klacht van een man van allochtone afkomst werkzaam aan een hogeschool als docent op het terrein van interculturalisatie en diversiteit. In 1998, als hij acht jaar in dienst is, klaagt deze man bij de directie van zijn sectie over voortdurende discriminerende opmerkingen van de kant van zijn directe collega's. In zijn reactie, ontkent de algemeen directeur dat er een verband is tussen problemen die zijn ontstaan in de arbeidssituatie van deze man en zijn klachten over "de organisatiecultuur". Bovendien stelt hij dat, in een situatie met veel hoogopgeleide professionals verwacht mag worden dat dergelijke problemen worden opgelost via zelfsturing. In juni 1999 wendt de man zich tot het College van Bestuur. Naar aanleiding hiervan wordt een onderzoek verricht door een onafhankelijke onderzoeker. Dit onderzoek resulteert in een rapport getiteld 'De [hogeschool], een onderzoek naar het al of niet voorkomen van etnische factoren in de arbeidssituatie binnen de afdeling personeel en arbeid', aangeboden op 20 december 1999. Volgens dit rapport heeft de etnische factor een rol gespeeld in de arbeidssituatie van deze man. Bovendien blijkt uit het rapport dat sprake is van vooroordelen onder de docenten over allochtonen, vrouwen en homo's. Aanbevolen wordt om het diversiteitsbeleid aan de hogeschool te verduidelijken en beter in de organisatie te verankeren, onder andere door

49 Polen hebben sinds 1 mei 2007 vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

het uitvaardigen en het onder docenten vergroten van de bekendheid van een duidelijk en algemeen verbod op discriminatie en het bestrijden van vooroordelen, inclusief de grappen die daaraan uitdrukking geven, en het bewaken van de kwaliteit van het onderwijs op dit punt.
Naar aanleiding van dit rapport kondigt het College van Bestuur aan voornemens te zijn om, als onderdeel van de algemene gedragscode, een speciale antidiscriminatiecode op te stellen.Verder worden verschillende aanzetten gedaan om de man naar een andere functie te begeleiden, maar zonder resultaat. In verschillende brieven gericht aan zijn algemeen directeur en het College van Bestuur uit de man zijn ongenoegen over het gebrek aan vorderingen rondom zijn herplaatsing, en over het feit dat er verder geen vervolg wordt gegeven aan het onderzoeksrapport. Bovendien klaagt hij opnieuw over discriminerend gedrag.
Uiteindelijk krijgt de man in maart 2007 te horen dat zijn betrekking zal worden opgeheven als gevolg van reorganisaties naar aanleiding van het invoeren van het nieuwe bachelorbeleid. Tegen dit besluit gaat hij in beroep bij de Commissie van Beroep HBO. Deze verklaart het beroep gegrond omdat de werkgever zich te weinig heeft ingespannen om deze man te herplaatsen, terwijl ook onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat het functioneren van de man aan zijn herplaatsing in de weg heeft gestaan.
In het kader van het onderzoek bij de CGB is een aantal getuigenverklaringen afgelegd. Deze bevestigen dat de hogeschool veel initiatieven heeft ontplooid om een discriminatievrije werk- en leeromgeving te realiseren, maar geven tegelijkertijd aan dat er sprake is van fricties en incidenten, waarbij betrokkenen onderscheid ervaren. In een verklaring gericht aan de CGB verklaart de algemeen directeur die vanaf 2001 leiding heeft gegeven aan de sector waar de man werkte, dat zij geen kennis heeft genomen van het onderzoeksrapport. Bovendien stelt zij dat de man nooit geklaagd heeft over discriminatie. Het College van Bestuur stelt dat er geen gebruik is gemaakt van de formele klachtprocedure. Het College van Bestuur legt alle verantwoordelijkheid voor de herplaatsing van de man bij zijn sector.
De CGB is van oordeel, kort samengevat, dat het College van Bestuur op verschillende fronten zijn verantwoordelijkheden uit de weg is gegaan. Het feit dat de algemeen directeur en het College van Bestuur bij herhaling zijn voorbijgegaan aan het onderzoeksrapport dat de klachten van de man bevestigde, terwijl deze klachten ook steun vonden in de getuigenverklaringen, brengt de CGB tot de conclusie dat sprake is van een vermoeden van onderscheid op grond van ras. Nu geen verklaring wordt gegeven voor deze passieve houding en bovendien is gebleken dat het College van Bestuur zich ten onrechte afzijdig heeft gehouden van de klachten die ook na het onderzoek zijn gedaan, concludeert de CGB dat niet is uit te sluiten "dat het College van Bestuur ruimte schiep voor handelen naar de eind 1999 vastgestelde vooroordelen" en dat de hogeschool verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van ras.[50]

De verantwoordelijkheid van de werkgever voor het gedrag van haar werknemers blijkt ook uit de rechtspraak. Het Gerechtshof Amsterdam volgde het oordeel 2004-11 van de CGB dat de werknemer terecht heeft geklaagd over discriminatoire bejegening. Het Hof oordeelde dat de werknemer van zijn werkgever een "gedegen

50 In oordeel 2008-44, dat over een vergelijkbare klacht gaat tegen dezelfde hogeschool, is de CGB tot dezelfde conclusie gekomen, namelijk dat het College van Bestuur verantwoordelijkheden van zich afschuift en geen werk maakt van een effectief diversiteitsbeleid:"Het had op de weg van verweerster gelegen om deze klachten niet slechts terug te verwijzen naar de (direct) verantwoordelijken, maar een vinger aan de pols te houden of tot behandeling van de klacht over te gaan. Temeer, omdat verweerster zich juist (sinds 2006) in haar beleid heeft gericht op het 'binnenhalen' van allochtone docenten en het beperken van de uitstroom van deze docenten" (overwegingen 3.18 en 3.20).

onderzoek naar de klachten (had mogen) verwachten, gevolgd door het nemen van maatregelen tegen degenen die zich aan discriminatie … hadden schuldig gemaakt." Op grond hiervan werd € 750,- schadevergoeding toegekend. Het oordeel van de CGB dat ook bij het ontslag sprake was van een niet weerlegd vermoeden van discriminatie op grond van ras volgde het Hof overigens niet.[51]

Het belang van zorgvuldigheid bij ontslag

Oordeel 2008-55 gaat over de beëindiging van een dienstverband naar aanleiding van fricties tussen de betrokkene – een zwemonderwijzer van Iraanse afkomst – en enkele van zijn collega's, werkzaam bij een zwembad van de gemeente Den Haag. Via een reïntegratiebureau dat hem bijstaat, komt deze man erachter dat zijn voormalige werkgever negatieve referenties over hem geeft omdat hij vrouwonvriendelijk zou zijn en geen leiding van vrouwen zou accepteren. De man stelt dat vooroordelen omtrent moslims en mannen uit het Midden-Oosten een rol hebben gespeeld bij het hem toedichten van deze vrouwonvriendelijke houding en dat dit de reden is dat hij op non-actief is gesteld en dat zijn arbeidsovereenkomst niet is verlengd.
De CGB oordeelt in overweging 3.17 dat uit de aangevoerde informatie duidelijk is geworden dat er sprake is geweest van communicatieproblemen. Het is de CGB echter niet helder hoe of waarom deze communicatieve problemen tot de conclusie leidden "dat verzoeker slecht leiding kan verdragen en vooral problemen heeft met vrouwelijk personeel. … Aan de door verzoeker gesuggereerde relatie tussen de interpretatie van zijn houding en gedrag en de toenemend negatieve houding in Nederland tegenover moslims na 11 september 2001, hetgeen wellicht vooroordelen over mannen met een islamitische geloofsovertuiging heeft aangewakkerd, heeft verweerder geen aandacht besteed. De problemen met zijn leidinggevenden lijken … in ieder geval gedeeltelijk het gevolg van een botsing van culturen waar de leiding onvoldoende oog voor had …". Bovendien heeft de CGB kritiek op de manier waarop de gemeente Den Haag met deze man is omgegaan. "Door de wens van medewerkers te honoreren dat hun verklaringen niet aan verzoeker zouden worden verstrekt en anoniem zouden blijven, heeft verzoeker alleen mondeling en in samenvattende vorm kennis kunnen nemen van de bezwaren tegen zijn functioneren. Dat maakt het, zeker wanneer iemand de taal niet volledig beheerst, moeilijk om te begrijpen wat het probleem is en een weerwoord te geven. Ten slotte is het juist bij iemand die zich de taal en de cultuur van een land nog niet geheel eigen heeft gemaakt van het grootste belang door te vragen of hij heeft begrepen wat er wordt gezegd en de tijd te nemen om belangrijke zaken als zijn functioneren te bespreken."
Het wrange aan deze zaak is dat juist dit gebrek aan duidelijkheid – dat blijft bestaan ook nadat de CGB zelf onderzoek heeft gedaan door het oproepen van getuigen – de CGB tot de conclusie brengt dat een vermoeden van onderscheid op grond van ras en/of godsdienst niet aannemelijk is gemaakt. De CGB had onder deze omstandigheden moeilijk tot een ander oordeel kunnen komen, maar wij vragen ons af waarom zij geen aanleiding heeft gezien aanbevelingen te doen voor een meer transparante ontslagprocedure (zie hieronder).

Bevredigender is oordeel 2008-32, over een Surinaamse vrouw die stelt dat zij op grond van haar afkomst slecht is behandeld door de school waar zij les gaf. Uit het oordeel blijkt dat de school helder en uitgebreid verweer heeft gevoerd, waardoor het

51 Uitspraak van 29 mei 2008, *LJN*: BD8720.

oordeel dat geen sprake is van een vermoeden van onderscheid kan overtuigen.[52] Hetzelfde geldt voor oordeel 2008-13, waarin de CGB opnieuw oordeelt dat er geen aanleiding is voor een vermoeden van onderscheid op grond van ras, al acht de CGB het in dit geval wel begrijpelijk dat bij klaagster, als enige zwarte vrouw in haar werkomgeving, de gedachte is ontstaan dat kritiek op haar functioneren te maken zou kunnen hebben met haar huidskleur. Net als in een eerdere oordeel in een vergelijkbaar geval, beveelt de CGB ook nu de werkgever aan om – gelet op het geheel blanke personeelsbestand – alert te zijn op de bijzondere situatie waarin de enkele niet-blanke medewerker zich geplaatst ziet, en leidinggevenden in voorkomende gevallen hiervan bewust te maken. Een dergelijke uitdrukkelijke aanbeveling in de richting van de gemeente Den Haag wat betreft de te volgen ontslagprocedure bij medewerkers afkomstig uit etnische minderheden – en met name bij diegenen die de Nederlandse taal niet goed beheersen – was ons inziens ook op zijn plaats geweest.

Victimisatie

In oordeel 2008-133 klaagt een vrouw van Surinaamse afkomst vanwege een serie – naar haar opvatting – discriminerende opmerkingen die door haar direct leidinggevende, de assistent manager, zijn gemaakt. De CGB is er niet van overtuigd dat de door deze vrouw beschreven incidenten als discriminerend kunnen worden gekwalificeerd, maar oordeelt wel dat haar werkgever, een exploitant van ijssalons, op onheuse wijze met haar klachten is omgegaan. De werkgever heeft zijn eigen verantwoordelijkheid omzeild door het aan de assistent manager zelf over te laten zijn conflict met de vrouw op te lossen. Niet is gebleken dat de werkgever de vrouw heeft gehoord. Ook heeft de werkgever geen schriftelijk verslag gemaakt van zijn onderzoek naar de klachten van de vrouw, noch heeft hij de resultaten van zijn onderzoek op een deugdelijke manier naar haar teruggekoppeld. Bovendien concludeert de CGB dat het conflict tussen de vrouw en de assistent manager, dat het gevolg was van haar klachten over zijn opmerkingen, aanleiding is geweest voor haar ontslag. Hiermee is sprake van vicitimisatie.

Het verbod op victimisatie heeft als doel te voorkomen dat diegene die gediscrimineerd wordt, nadeel ondervindt van zijn of haar pogingen zich tegen die discriminatie te weren. Dat het in een rechtzaak niet altijd eenvoudig is om vicitmisatie vast te stellen blijkt uit de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht.[53] In dit geval komt de kantonrechter – die de bewijslast volledig bij de werknemer legt – op een aantal punten tot een andere vaststelling van de feiten en wijkt op grond daarvan af van het oordeel van de CGB dat sprake is geweest van victimisatie.
Een logisch gevolg van het verbod op victimisatie is dat de dader nadeel ondervindt van zijn of haar discriminerend handelen. Zo oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat racistische uitlatingen over een collega (mede) tot gevolg kunnen hebben dat betrokkene zal worden ontslagen en dat er dus geen sprake is van onvrijwillig ontslag.[54] Overigens valt niet uit deze uitspraak op te maken of in deze zaak een oordeel is uitgesproken door de CGB.

In oordeel 2008-134 komt de CGB tot de conclusie dat er geen aanleiding is om ongelijke behandeling op grond van ras of nationaliteit te vermoeden en dat de werk-

52 Andere gevallen waarin de CGB van oordeel is dat geen sprake is van vermoeden van ongelijke behandeling op grond van ras of nationaliteit zijn oordelen 2008-124 en 2008-129
53 Ktr. Utrecht 5 november 2008, *LJN*: BG 5158.
54 CRvB 26 maart 2008, *LJN*: BD0049.

gever bovendien zorgvuldig en gewetensvol met de klachten van de werknemer is omgegaan. In dit geval zijn de verhoudingen nog niet zodanig ontwricht dat ontslag onvermijdelijk is. De CGB geeft partijen daarom in overweging gebruik te maken van haar aanbod tot mediation. Daarbij neemt de CGB ruim de gelegenheid in paragrafen 3.22 en 3.23 om inzichtelijk te maken hoe complex het verschijnsel discriminatie op de werkvloer is en hoe subtiel de daarbij horende processen en interacties, en probeert zij voor de werkgever invoelbaar te maken wat het voor iemand betekent om zich vanuit een minderheidspositie staande te moeten houden binnen zijn of haar werkomgeving.

4 AANBIEDEN GOEDEREN EN DIENSTEN

De financiële dienstverlening, ICT-diensten en de horeca zijn gebieden waarop jaarlijks terugkerende vragen omtrent de gelijkebehandelingswetgeving zich afspelen. De bijbehorende oordelen van 2008 komen aan de orde in de paragraaf consumententransacties, na onderstaande paragraaf over onderwijs.

4.1 Onderwijs

De Commissie Gelijke Behandeling heeft een uitgebreide jurisprudentie op het terrein van het onderwijs tot stand gebracht.[55] In 2008 zijn door de Commissie drie oordelen gewezen, alle drie op het gebied van opleidingen voor de zorg. Oordeel 2008-129, waarbij een man (de enige in zijn opleidingsjaar) bij de huisartsenopleiding een slechte beoordeling weet aan een nadeligere behandeling wegens onder meer zijn afkomst, werd niet in behandeling genomen. Het verzoek werd door de CGB kennelijk ongegrond geacht aangezien er geen documenten of getuigen waren om de stelling van de man te onderbouwen. Zelfs als een van de gewraakte opmerkingen 'of de man wel Nederlands sprak', bewezen had kunnen worden, was dit ene incident niet voldoende om te onderbouwen dat de sfeer en houding op de werkvloer discriminerend waren.
Meer gecompliceerd zijn de feiten die ten grondslag liggen aan de oordelen 2008-153 en 2008-154. Beide oordelen zijn geïnitieerd door dezelfde verzoekster, een vrouw met Burundese achtergrond die een leer-werk opleiding volgde bij een opleidingscentrum. Het werk-gedeelte vervulde ze bij een daartoe gecontracteerde zorginstelling. Bij het overeengekomen rouleren over de afdelingen begon ze bij een nieuwe afdeling alwaar ze onvoldoende werd beoordeeld. Verzoekster weet dit aan de discriminerende behandeling die haar daar ten deel viel. Zij had deze voorafgaand aan de negatieve beoordeling bij het opleidingscentrum aangekaart. Haar werd slechts aangeraden dit bij de zorginstelling bespreekbaar te maken. In het contact met de zorginstelling bracht het opleidingscentrum zelf de discriminatie echter geheel niet ter sprake.
De vaste oordelenlijn van de Commissie verplicht niet alleen tot het zich onthouden van het maken van onderscheid, maar omvat ook een zelfstandige positieve verplichting, zoals een zorgvuldig onderzoek en het bieden van bescherming.[56] In dit oordeel maakt de Commissie duidelijk dat deze zorgverplichting ook betrekking heeft op de situatie waarin een student discriminatieklachten heeft over derden, zoals het zorg-

55 C.W. Noorlander, 'Gelijke behandeling in het Nederlandse onderwijsrecht en de Commissie gelijke behandeling', in *NTOR : Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht* 2008, p. 155-176.
56 R.o. 3.7-3.9.

centrum. De Commissie noemt wel de tussen opleidingscentrum, verzoekster en zorgcentrum gesloten praktijkovereenkomst, maar lijkt deze contractuele band verder niet van doorslaggevend belang te achten voor het bestaan van de positieve verplichting van het opleidingscentrum. In oordeel 2008-153 oordeelt de CGB dan ook dat het opleidingscentrum onvoldoende oog had voor de onzorgvuldige klachtbehandeling,[57] en het uiteindelijke gevolg van de situatie, namelijk (bindend) negatief studieadvies.
Dit oordeel is in lijn met die van de eerste uitspraak van het Europese Hof van Justitie over rassendiscriminatie naar aanleiding van prejudiciële vragen in de zaak *Feryn*.[58] De firma Feryn had in de media bekend gemaakt geen allochtonen aan te nemen omdat opdrachtgevers en klanten dat niet zouden willen. Wanneer echter een onderneming het discriminerende beleid van een andere instelling uitvoert, oordeelt het Hof dat de onderneming zelf schuldig is aan *directe* discriminatie.[59] Een dergelijk publiek statement heeft een direct afschrikwekkend effect op potentiële allochtone sollicitanten volgens het Hof. Dit is in strijd met de doelstelling van de Richtlijn 2000/43 ("de omstandigheden voor een maatschappelijk allesomvattende arbeidsmarkt te bevorderen"). Er is volgens het Hof geen identificeerbare klager vereist om direct onderscheid te kunnen vaststellen.[60] Het is dus niet nodig dat een persoon daadwerkelijk gesolliciteerd heeft en vervolgens is afgewezen. Deze vraag is een andere dan die naar de procesbevoegdheid, zoals de vraag of een belangenorganisatie zoals een antidiscriminatiebureau een zaak mag aanbrengen. Het Hof oordeelt dat de Richtlijn de lidstaten de ruimte laat om in de nationale wetgeving al dan niet in deze mogelijkheid te voorzien.

4.2 Consumententransacties

Twee sportscholen worden terechtgewezen wegens het stellen van discriminerende kledingeisen, conform de vaste oordelenlijn van de Commissie inzake hoofddoeken bij sportschoolleden. De wens van de uitbater van de vrouwengym om een significante toename van het aantal vrouwelijke sporters met hoofddoeken te voorkomen, doet hem daarbij de das om in oordeel 2008-12. Het feit dat zijn algemene voorwaarden ook eisen dat iedereen Nederlands spreekt, voegt aan het geconstateerde verboden onderscheid op grond van godsdienst tevens de grond ras toe. Opvallend hierbij is dat het doel voor de taaleis de toets der legitimiteit al niet doorstaat, omdat het doel (het voorkomen van *gepercipieerde* intimidatie) in zichzelf discriminatoir is volgens de Commissie.[61] Aan de vraag omtrent noodzakelijkheid en proportionaliteit wordt daardoor niet toegekomen.
Het andere oordeel (2008-146) waarin iemand met een hoofddoek onterecht werd geweerd, hoewel alleen sprake is van onderscheid op grond van godsdienst, gaat wel dieper in op de aangedragen objectieve rechtvaardiging voor het indirecte onderscheid. Waar de Commissie in oordeel 2008-12 geen belang lijkt te hechten aan de wens tot behoud van een goede sfeer en de gevoelens van buitensluiting bij andere sportsters, stelt de Commissie in oordeel 2008-146 vast dat dit doel wel beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de sportschool en legitiem is.[62] De proef die de sportschool hield, door een week hoofddoeken toe te staan, was echter naar oordeel van de Commissie niet goed genoeg uitgevoerd om zwaardere maatregelen te recht-

57 In oordeel 2008-154 heeft de CGB vastgesteld dat het zorgcentrum hierdoor niet conform de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.
58 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07, *Feryn*, *EHRC* 2008/107, m. nt. M.H.S. Gijzen.
59 *Ibid.*, punt 18 (vraag drie) *jo.* punt 34.
60 *Ibid.*, punten 23-25.
61 Overweging 3.22.
62 Overweging 3.9.

vaardigen en zodoende werd het middel om het doel te bereiken niet proportioneel geacht.
Het is niet duidelijk waarom een vergelijkbaar doel in het ene oordeel legitiem wordt geacht en in het andere niet. Groepsvorming leidt vaak tot buitensluiting van wie niet tot die groep hoort, ongeacht het onderscheidend kenmerk van die groep. Dit komt een goede sfeer zelden ten goede en de omzet van een sportschool ook niet. Het verschil in waardering van de doelen kan gelegen zijn in de expliciete erkenning van de uitbater van de vrouwengym dat met de goede sfeer ook (autochtone) leden worden behouden. Er is in ieder geval waakzaamheid geboden tegen het slechts met woorden belijden van de gelijkebehandelingswetgeving waaraan echter aan deze wetgeving strijdige doelen ten grondslag kunnen liggen. De CGB lijkt hier wel alert op door in ieder geval de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport op basis van art. 13, derde lid, AWGB te wijzen op de volharding in de weigering vrouwen met hoofddoek toegang tot de sportschool te verlenen.[63]

Het is spijtig dat de Commissie nog geen onderzoek uit eigen beweging heeft gedaan naar (financiële) dienstverlening aan woonwagenbewoners. In eerdere jaren waren er reeds enkele oordelen die de noodzaak daartoe onderstrepen.[64] De vraag is of de kredietcrisis is aan te wijzen voor het uitblijven van verzoeken op dit gebied in 2008 of de nieuwe Gedragscode Hypothecaire Financieringen. De financiële sector schreef wel oordeel 2008-58 op zijn naam. De bank beëindigde de relatie met een man van niet-Nederlandse afkomst nadat hij vals geld trachtte in te leveren en baliemedewerkers bij twee filialen intimideerde. Saillante feiten, maar geen interessante rechtsvragen.

Het enige horeca-oordeel uit 2008 roept wel enige vragen op.[65] Een Marokkaanse Nederlander wilde de jaarwisseling 2007-2008 vieren op een nieuwjaarsfeest. De organiserende club weigerde hem echter binnen te laten, ondanks het feit dat hij in bezit was van een geldige toegangskaart, beweerdelijk omdat hij "geen meisje bij zich had". Op basis van de feiten uit dit oordeel blijkt wellicht niet direct een noodzaak voor een ander oordeel dan dat van de Commissie – geen onderscheid – maar in ieder geval wel voor een andere aanpak.
De club hanteert de huisregels van het Panel Deurbeleid dat ondermeer stelt dat agressieve en dronken personen niet worden toegelaten. De club stelt dat in twijfelgevallen of wanneer de portier de mensen niet kent, hij de mensen eerst even aan de kant zet en bij een 'relaxte' reactie ze alsnog toelaat. Uit de feiten van oordeel 2008-104 blijkt geen agressie of dronkenschap waardoor de reden voor het apart zetten van de verzoeker ofwel verboden is (geen meisje) of, in het beste geval, onduidelijk. De bewering van de club dat de uiteindelijke weigering niet gebaseerd was op ras is in tegenspraak met eerdere verklaringen. Dit gaat met name op waar de club zonder directe aanleiding de problematiek met jongeren van Marokkaanse komaf aanhaalt, om vervolgens te beweren dat dat geen enkele rol speelt bij het toelatingsbeleid De CGB lijkt in andere oordelen strenger te toetsen,[66] maar vraagt in dit oordeel geen verdere onderbouwing. Ze had bijvoorbeeld, vergelijkbaar met oordeel 2008-146. overweging 3.17 om een logboek van incidenten kunnen vragen. Daaruit zou dan wellicht kunnen blijken dat jongeren van Marokkaanse afkomst een onevenredigheid groot aandeel hebben in de problematiek.

63 Zie het dictum van oordeel 2008-146.
64 Zie bijv. oordelen 2006-5, 2007-109 en 2007-157.
65 Oordeel 2008-104.
66 Zie bijvoorbeeld het hierboven besproken sportschooloordeel 2008-81 en oordeel 2008-146 dat verderop aan de orde komt.

Echter, zelfs als dit onevenredige aandeel vast zou komen te staan, is het geen rechtvaardiging om iemand te weigeren (of apart te zetten) omdat hij tot die oververtegenwoordigde bevolkingsgroep hoort, maar alleen omdat hij daadwerkelijk hoort tot de groep herrieschoppers. Het voorstel van verzoeker om identiteitskaarten te kopieren, is dan ook alleszins een redelijk en minder vergaand alternatief. Er zijn in het geheel geen feiten aangedragen voor de stelling van de club dat ze dan vast binnen zouden komen met valse identiteitsbewijzen. Het opzij zetten van personen kan gezien worden als een aanvullende voorwaarde waar blijkbaar niet iedereen aan hoeft te voldoen, de huisregels en klachtenregeling van het Panel Deurbeleid ten spijt.
Het argument van de Commissie dat het niet de portier was, maar de beantwoorder van de klacht die de problematiek met jongeren van Marokkaanse komaf expliciet aanhaalde, overtuigt ook niet. Alle betrokkenen hebben het standpunt daarover op de zitting herhaald en bij een degelijk toegangsbeleid zal dit zeker van invloed zijn op de uitvoering door de portier. Als de club een discriminerend beleid heeft, wordt dat niet tenietgedaan door een neutraal ogende uitvoering ervan.[67]
In dit geval heeft iemand die feestelijk het nieuwe jaar wilde inluiden flink de kous op de kop gekregen. Omdat hij "geen meisje bij zich had" of omdat hij zich niet "relaxt" gedroeg door bekend te maken rechtsbescherming in te willen zetten tegen de door hem ervaren discriminatie? Het heeft de zaak van verzoeker in oordeel 2008-104 niet geholpen dat hij niet op de zitting verscheen, maar de Commissie had in ieder geval de club steviger aan de tand kunnen voelen over de gedane beweringen.

Dat bij de communicatiedienstverlening ook intern de communicatie kan mislopen, blijkt uit de twee zaken waar het draait om foutief uitgevoerd beleid. In oordeel 2008-120 worden aan een Française onterecht en tegen het beleid in, aanvullende voorwaarden gesteld bij het verlengen van haar mobiele telefonieabonnement. Daar deze voorwaarde werd aangehaald na het zien van haar paspoort constateert de CGB direct onderscheid naar nationaliteit.
De tweede situatie betreft een Indonesische vrouw die de Commissie verzoekt om een oordeel over zowel provider als webwinkel wegens het afwijzen van haar aanvraag van een mobiele telefonieabonnement. In oordeel 2008-156 onderstreept de Commissie de verantwoordelijkheid van een aanbieder van goederen en diensten voor het duidelijk maken en correct uitvoeren van eigen beleid, ook als dit door derden (*in casu* de webwinkel) wordt uitgevoerd. De Commissie stelt dan ook verboden indirect onderscheid naar nationaliteit vast.
Het omgekeerde geval, waar een bemiddelaar zoals de webwinkel 'toegang verleent tot' de dienst, valt ook binnen de reikwijdte van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB. De cruciale vraag in dit oordeel was of de webwinkel aan haar eigen verplichting om haar klanten te behoeden voor discriminatie heeft voldaan. Volgens de Commissie dient daarvoor navraag te worden gedaan ("aanspreken") of het mogelijk is de ongelijke behandeling op te heffen of te verminderen.[68] De Commissie is van mening dat met het tweemaal bellen van de helpdesk hieraan is voldaan en stelt dat de webwinkel niet in strijd met de AWGB heeft gehandeld.[69] Er kan bepleit worden dat het eerder aangehaalde "aanspreken" van een andere orde is dan enkel te vragen of de initieel geweigerde klant misschien toch geaccepteerd kan worden en het (overigens ten onrechte) ontkennende antwoord van een helpdesk aan te horen.

---

67 Met een iets ander feitencomplex waarbij de portier het discriminerende beleid weigerde uit te voeren, zie C. Huisman, 'Vrijspraak voor uit disco zetten van Marokkanen', *de Volkskrant* 1 september 2008; Politierechter Rb. Utrecht, 1 september 2008, parketnummers 16/500066-07 en 16/500093-08..
68 Overweging 3.7.
69 Oordeel 2008-157, overweging 3.11.

5 SOCIALE BESCHERMING

Een onderwijsgerelateerde discussie betrof het uiteenlopende beleid van gemeenten ten aanzien van hoogopgeleide vluchtelingen. De Wet Werk en Bijstand (WWB) laat de gemeenten de ruimte om deze mensen met behoud van uitkering te laten (bij) studeren. Deze vrijheid leidt al enige jaren tot onwenselijke rechtsongelijkheid tussen vluchtelingen die willen studeren.[70] Echter, ook waar de gemeente toestaat om met behoud van uitkering te studeren kunnen zich problemen rondom gelijke behandeling voordoen, zoals blijkt uit oordeel 2008-122. Een voormalig asielzoeker uit Iran, thans Nederlander, studeert rechten. Hij is al sinds zijn geboorte slechtziend en ontvangt een uitkering krachtens de voornoemde WWB. De Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong) kent echter betere voorwaarden die zijn toegespitst op zijn (studie)situatie. Zo wordt hij onder meer gekort op zijn uitkering wegens de studiefinanciering die hij ontvangt. Het UWV heeft zijn aanvraag voor een Wajong uitkering afgewezen omdat de Iraanse student onbetwist niet voldoet aan de voorwaarden, noch aan de daarop geformuleerde uitzonderingen. De Wajong stelt namelijk als eisen dat uitkeringsgerechtigden tussen het 17e en 18e levensjaar arbeidsongeschikt dien(d)en te zijn en ingezetene van Nederland.
De Commissie onderstreept dat de ingezetenen-eis, anders dan het UWV stelt, in de Wajong wel degelijk indirect onderscheid op grond van ras oplevert bij het toekennen van deze sociale voorziening. Het verweer dat het onderscheid de grond nationaliteit betreft (niet verboden bij sociale voorzieningen) acht de Commissie niet afdoende. De uitkering kan immers ook niet toekomen aan iemand met de Nederlandse nationaliteit die op de aangewezen leeftijd niet in Nederland verkeerde.[71] Vervolgens merkt de Commissie op dat aan de uitvoerder van de wet, het UWV, geen beleidsvrijheid toekomt om af te wijken van de gestelde wettelijke eisen. Zij acht zich niet bevoegd om over deze kwestie een oordeel uit te spreken. Dit roept vragen op hoe dit oordeel zich verhoudt tot bijvoorbeeld oordeel 2007-04. Daarin werd ook het ingezetenencriterium voor toekenning van een uitkering op grond van de Algemene ouderdomswet (AOW) aan de kaak gesteld en achtte de Commissie zich wel bevoegd (zij toetste hier weliswaar met enige terughoudendheid). Het is onduidelijk waarom in de Wajong-zaak ten aanzien van de bevoegdheid niet opgaat wat de Commissie eerder heeft vastgesteld in oordeel 2007-04:

> 3.6 […] Zodra lidstaten evenwel zijn overgegaan tot erkenning van een zeker niveau van sociale bescherming is het hen in het kader hiervan niet toegestaan te discrimineren. Dit verbod volgt reeds uit artikel 26 IVBPR, artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 1 Eerste Protocol EVRM […]. Richtlijn 2000/43/EG en het daarop gebaseerde artikel 7a AWGB werken dit verbod, en de daarmee verbonden toetsingsbevoegdheid, nader uit met betrekking tot de grond ras. Hieruit volgt dat artikel 7a AWGB een orgaan als de Commissie, ingesteld om toezicht te houden op de naleving hiervan, de bevoegdheid toekent wet- en regelgeving inzake sociale bescherming te toetsen op onderscheid naar ras.[…].

70 'Vluchteling niet overal gelijk', *de Volkskrant* 15 september 2008.
71 Overweging 3.6.

In een ander oordeel, 2006-222,[72] stelde de Commissie zelfs dat indien er geen beoordelingsvrijheid is, er indringend getoetst dient te worden, zeker als er een grond in het geding is die extra bescherming verdient (zoals de grond ras).[73] Gezien de vaststelling van indirect onderscheid naar ras in oordeel 2008-122, en vergelijkbaar gebrek aan beoordelingsvrijheid voor de uitvoerende instantie als in oordeel 2007-4 is het onduidelijk wanneer de Commissie zich bevoegd zal achten.
Op het gebied van sociale bescherming zijn nog twee oordelen gewezen, waarin echter geen principiële rechtsvragen aan de orde zijn gekomen en die hier daarom buiten beschouwing blijven.[74]

6 SLOT

In 2008 maakten de politiek, media en academia menigmaal minderheden tot het middelpunt van de aandacht. De Commissie en haar oordelen staan midden in deze dynamiek en laten hun eigen spoor na. Dit jaar vallen ons bij ras en nationaliteit met name drie zaken op. Ten eerste dat, naast de uitdagingen die indirect onderscheid ons voorlegt, het niet eenvoudig is om een klacht over ongelijke behandeling in de sociale zekerheid aan de CGB voor te leggen.

Ten tweede is het herkennen en bewijzen van indirect onderscheid veelal een lastige zaak. Als het al wordt aangekaart, lijken betrokken instanties traag en reageren zij veelal niet alert. Dit is een probleem dat zich ook voordoet buiten de AWGB zoals bleek uit de strafrechtelijke discriminatiecijfers. Belangrijk is oog te hebben voor de gevoeligheid en de complexe onderliggende vraagstukken en dynamiek, en tegelijkertijd de gelijkebehandelingswetgeving kracht bij te zetten waar het stelt dat *intentie* om onderscheid te maken niet doorslaggevend is.

Ten slotte noemen we het doelgroepspecifiek beleid, waarvoor het bovenstaande in het bijzonder opgaat. Het leidt tot de nodige vragen omtrent de effectiviteit ervan. Ten eerste wordt deze tegengewerkt zolang er ook beleid wordt gevormd dat inclusiviteit onlosmakelijk verbindt met aanpassen aan de heersende norm. Ten tweede worden de blinde vlekken omtrent de verschijningsvormen van uitsluiting – en daarmee de bestrijding ervan – niet consequent ter hand genomen, wat tot slot ook opgaat voor de uitvoering van diversiteitbeleid.

Als er wel een beleid of een klachtenregeling is, voldoet deze doorgaans wel aan de eisen van de AWGB. Het schort echter vaak aan een zorgvuldige uitvoering of toepassing ervan. Bij werkgevers leven er ook de nodige onduidelijkheden zoals geïllustreerd in oordeel 2008-48, waar bepleit werd dat er sprake zou zijn van een wettelijke uitzondering vanwege de uit te voeren functie en geslacht en religie van de beoogde werknemer (affiniteit met eerculturen). De vraag is op welke manier een adequate uitvoering beter gefaciliteerd kan worden. Het benadrukken van een gezamenlijk belang neemt hierbij een prominente plaats in. Juist vanwege de moeilijkheid indirect onderscheid aan te tonen is het noodzaak streng toezicht te houden, duidelijkheid te verschaffen en oog te hebben voor verschillende situaties binnen de maat-

72 Overwegingen 3.11-3.16 en 3.23.
73 Zie over de wenselijkheid van deze constructie oordeel 2006-222, Toetsingsintensiteit bij overheidshandelen, met noot J.H. Gerards, in: J.H. Gerards e.a. (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 377-378.
74 Oordelen 2008-1 en 2008-107.

schappelijke dynamiek. Uitgevoerde onderzoeken die deze in kaart brengen kunnen door de Commissie gebruikt worden bij het verder ontwikkelen en toepassen van toetsingsmodellen voor de verschillende gronden. Hierdoor kan steeds beter worden aangesloten bij de wet en de werkelijke behoeften.

Overzicht van oordelen 2008 over de gronden ras en nationaliteit

2008-1

Terrein: **sociale bescherming**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
College van B&W maakt geen onderscheid naar ras bij uitvoering akkoord betreffende uitstroom van In-/Doorstroom medewerkers (ID-ers).

Volgens een belangenvereniging en twee vrouwen, één van Marokkaanse en één van Turkse afkomst is het College van B&W van de gemeente Rotterdam bij de uitvoering van een akkoord betreffende de uitstroom van In-/Doorstroom medewerkers (ID-ers) tekortgeschoten in zijn toezichthoudende en controlerende taken. Hij heeft daarmee volgens personen van niet- westerse afkomst, die volgens hen circa 70% van de groep ID-ers vormen, onevenredig benadeeld. De Commissie oordeelt dat hoewel is gebleken dat er een en ander heeft geschort aan de gang van zaken, verzoekende parijen er niet in zijn geslaagd hun stelling dat daarbij direct of indirect onderscheid op grond van ras is gemaakt, te concretiseren. Geen onderscheid.

2008-12

Terrein: **leveren van en toegang tot goederen of diensten**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
Sportschool maakt bij toelating en in lidmaatschapsvoorwaarden niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van godsdienst en ras.

Een sportschool deelt een islamitische vrouw met hoofddoek desgevraagd mee dat zij niet met een hoofddoek mag sporten. De Commissie gaat ervan uit dat de sportschool zich hierbij beroept op haar lidmaatschapsvoorwaarden. De sportschool maakt hiermee indirect onderscheid op grond van godsdienst jegens de vrouw. De sportschool brengt geen objectieve rechtvaardiging naar voren, zodat sprake is van verboden onderscheid.
Voorts heeft een antidiscriminatiebureau een oordeel verzocht over de, in de lidmaatschapsvoorwaarden opgenomen, kledingeis en tevens over de hierin opgenomen taaleis.
De motivatie van de sportschool om de grond godsdienst niet expliciet te noemen in de lidmaatschapsvoorwaarden wijst er volgens de Commissie op dat de sportschool het oogmerk heeft om vrouwen met een hoofddoek in mindere mate toe te laten. De kledingeis van verweerder heeft tot gevolg dat de toegang tot de sportschool voor vrouwen die een hoofddoek dragen uit geloofsovertuiging de facto wordt beperkt. Derhalve is sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst, waarvoor de sportschool geen objectieve rechtvaardiging is aangedragen. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op grond van godsdienst.
Door het stellen van de taaleis (onderling communiceren in de oefenzaal dient zoveel mogelijk in de Nederlandse taal te geschieden) maakt de sportschool indirect onderscheid op grond van ras. Ter objectieve rechtvaardiging heeft de sportschool aangevoerd dat zij met de regel een gevoel van intimidatie bij de sporters wil voorkomen. Naar het oordeel van de Commissie is het voorkomen van een gevoel van intimidatie geen legitiem doel, omdat het aansluit bij vooroordelen. Het gemaakte (indirecte) onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd. Verboden onderscheid op grond van ras. Aanbeveling.

2008-13

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Onvoldoende feiten die onderscheid op grond van ras doen vermoeden. Kritiek op het functioneren was reden om arbeidsovereenkomst niet te verlengen.

Een werkneemster met een oproepovereenkomst in de zorg klaagt erover dat zij niet

langer wordt opgeroepen en dat haar oproepovereenkomst vervolgens niet verlengd wordt. Zij vermoedt dat dit is vanwege haar afkomst. Ze stelt dat de cliënten die zij verzorgt geen allochtonen gewend zijn en één van hen heeft haar 'mevrouw zwart' genoemd. De werkgever heeft aangevoerd dat de reden om de werkneemster niet meer op te roepen, is gelegen in haar functioneren. Het is niet aan de Commissie om te bepalen of een werknemer goed functioneert, maar de Commissie oordeelt dat de werkgever voldoende heeft gemotiveerd dat het functioneren de reden was voor het niet meer oproepen en vervolgens niet verlengen van de arbeidsovereenkomst. Aanbeveling.

2008-32

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras bij de arbeidsomstandigheden.

Een lerares stelt dat zij, in tegenstelling tot haar collega's, ongefundeerd werd gewantrouwd in haar capaciteiten en aanpak van klassen en dat door de school niet tot nauwelijks werd ingegrepen wanneer zij problemen ondervond met scholieren en/of hun ouders. De lerares stelt voorts dat haar Surinaamse afkomst een rol heeft gespeeld in de door haar gestelde slechte behandeling. De school heeft de door de lerares gestelde gang van zaken en dat de afkomst van de lerares daarin een rol zou hebben gespeeld gemotiveerd betwist. De Commissie concludeert dat de lerares geen feiten heeft aangevoerd die een vermoeden kunnen wekken dat zij anders is behandeld dan haar collega's. Daarnaast heeft de lerares geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat haar afkomst een rol speelde in de wijze waarop zij is bejegend.

2008-35

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras en/of seksuele gerichtheid bij de werving en selectie van een gastheer.

Een man, van Arubaanse afkomst en homoseksueel, heeft bij een theater gesolliciteerd naar de functie van gastheer. Het theater heeft hem afgewezen. De man meent dat hij is afgewezen vanwege zijn ras en/of homoseksuele gerichtheid. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten heeft aangevoerd die het door hem gestelde onderscheid op grond van ras en/of seksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden.

2008-44

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Hogeschool maakt onderscheid op grond van ras door docent onvoldoende te beschermen tegen discriminatoire bejegening en door hem niet in te roosteren voor nieuwe studiejaar.

Docent is sinds 2001 werkzaam bij een hogeschool. Hij ervaart sinds het begin van zijn dienstverband onderscheid op grond van zijn allochtone afkomst. Met name een collega maakt denigrerende opmerkingen over zijn afkomst. Hij heeft hier diverse malen over geklaagd bij diverse geledingen binnen de hogeschool, maar er is onvoldoende op gereageerd. Er hebben weliswaar een aantal gesprekken plaatsgevonden, maar in deze gesprekken werden de klachten van de docent over discriminatie gebagatelliseerd en afgezwakt tot een 'normaal' arbeidsconflict. De situatie is op een gegeven moment verder verslechterd hetgeen onder andere heeft geresulteerd in het feit dat de docent niet is ingeroosterd voor het nieuwe studiejaar.
De hogeschool weerspreekt dat de collega verzoeker heeft gediscrimineerd. Daarnaast heeft de hogeschool aangevoerd dat de docent zijn klachten desgevraagd niet heeft willen of kunnen concretiseren. De hogeschool heeft de docent meerdere malen gewezen op de klachtenregeling. Hiervan heeft de docent geen gebruik gemaakt.
In het licht van de aard van de gesprekken en de correspondentie die naar aanleiding van zijn klachten hebben plaatsgevonden, komt het de Commissie niet onbegrijpelijk voor dat de docent zijn klachten niet verder heeft geconcretiseerd. De hogeschool heeft de klachten van de docent (steeds) terugverwezen naar de verantwoordelijke (direct) leidinggevenden. De wijze waarop de hogeschool is omgegaan met de klachten van de docent, leveren voldoende feiten op die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.
De hogeschool heeft niet kunnen bewijzen dat er geen sprake is geweest van onderscheid op grond van ras.

2008-45

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Hogeschool maakt onderscheid op grond van ras bij de herplaatsing en de voorgenomen beëindiging van de arbeidsverhouding van een docent.

Docent was sinds 1990 werkzaam aan een hogeschool. Hij heeft in 1998 geklaagd over discriminatie vanwege zijn allochtone afkomst. De hogeschool heeft destijds een onderzoek ingesteld en in 2000 geconstateerd dat er binnen de afdeling waar de docent werkzaam was 'foute' grappen werden gemaakt over onder meer allochtonen. Raciale factoren speelden een rol in de positie van de docent. De hogeschool heeft toen besloten dat de docent niet meer binnen de afdeling werkzaam kon blijven en is naar een nieuwe functie voor hem op zoek gegaan. Dit heeft niet tot een structurele functie geleid. In 2007 heeft de hogeschool besloten dat alle keuzecursussen moeten vallen onder een academie of lectoraat. Omdat dit niet met de keuzecursussen van de docent het geval was en hij niet inzetbaar was in het vaste curriculum, besloot de hogeschool de docent te ontslaan. Dit voorgenomen ontslag is door een uitspraak van de Commissie van Beroep HBO teruggedraaid. De docent heeft na het onderzoek nog diverse malen geklaagd over onderscheid op grond van ras.
De hogeschool heeft de klachten op een formele manier afgedaan en uitdrukkelijk geen acht willen slaan op het eerdere onderzoek. In dit verband bezien leveren de concrete klachten van de docent een vermoeden van onderscheid op grond van ras op.
De hogeschool heeft niet kunnen bewijzen dat er geen sprake is geweest van onderscheid op grond van ras.

2008-48

Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Een kennisinstituut voor maatschappelijke ontwikkeling maakt direct onderscheid op grond van ras en geslacht bij de werving en selectie.

Een kennisinstituut voor maatschappelijke ontwikkeling spreekt in een advertentietekst haar voorkeur uit voor een mannelijke kandidaat met een migranten- of vluchtelingenachtergrond ten behoeve van de functie projectleider/trainer diversiteit. Daarmee maakt het instituut direct onderscheid op grond van ras en geslacht. Het instituut beroept zich, ondanks de gebezigde terminologie niet op de wettelijke uitzondering voorkeursbeleid maar wel op de uitzonderingen ras- en geslachtsbepaaldheid. Deze uitzonderingen zijn echter beide niet van toepassing in de onderhavige zaak. Het instituut maakt derhalve direct onderscheid op grond van ras en geslacht.

2008-55

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden dat discriminatie een rol heeft gespeeld bij de beslissingen een werknemer op non-actief te stellen en zijn arbeidsovereenkomst niet te verlengen en bij het geven van negatieve referenties aan potentiële nieuwe werkgevers.

Een man werkte als zwemonderwijzer voor Gemeente Den Haag. Hij raakte in conflict met zijn collega's. De man stelt dat vooroordelen omtrent moslims en mannen uit het Midden-Oosten een rol hebben gespeeld bij het hem toedichten van een vrouwonvriendelijke houding. Dat heeft ertoe geleid dat hij op non-actief is gesteld en dat zijn arbeidsovereenkomst niet is verlengd. Het is de man niet gelukt nadien een nieuwe baan te vinden als zwemonderwijzer. Via het reïntegratiebureau dat hem bijstond, kwam hij erachter dat zijn voormalige werkgever negatieve referenties over hem geeft danwel gaf, omdat hij vrouwonvriendelijk zou zijn en geen leiding van vrouwen zou accepteren.
De Commissie stelt vast dat sprake was van communicatieve problemen. Hoewel niet duidelijk is geworden hoe deze problemen hebben geleid tot de conclusie dat de man vrouwonvriendelijk is, heeft het naar aanleiding van de klacht uitgevoerde onderzoek geen feiten boven tafel gebracht die zijn hypothese ondersteunen dat de conclusie van de werkgever omtrent zijn gedrag en de houding van (mede) is ingegeven door vooroordelen omtrent zijn afkomst en geloofsovertuiging.

2008-58

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij het beëindigen van de bancaire overeenkomst

Een man van niet-Nederlandse afkomst klaagt over onderscheid op grond van ras. Hij stelt dat een bank met hem de relatie heeft beëindigd, omdat hij een klacht had ingediend over discriminerende opmerkingen van een baliemedewerker. De bank stelt dat de beëindiging van de relatie geen verband houdt met de afkomst van de man, maar het gevolg is van het door hem getoonde intimiderende gedrag tijdens zijn bezoek aan de bank. De Commissie constateert dat partijen elkaar tegen spreken over de reden van de beëindiging van de bancaire relatie en dat de man geen toetsbare feiten heeft aangevoerd die zijn stellingen ondersteunen. De Commissie concludeert dat niet is gebleken dat de bank onderscheid op grond van ras heeft gemaakt, door met de man de bancaire relatie te beëindigen.

2008-75

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van ras nu de afkomst mede een rol heeft gespeeld bij de afwijzing voor een functie.

Een man van Turkse afkomst is via een recruitmentbureau voorgedragen voor een functie bij een provider en distributeur van tv-kanalen. Deze heeft de man afgewezen voor de functie. De Commissie is van oordeel dat de provider er, gelet op een e-mail waarin als reden voor de afwijzing tevens wordt verwezen naar de afkomst van de man, niet in is geslaagd te bewijzen dat de afkomst van de man geen rol heeft gespeeld bij de afwijzing.

2008-76

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een recruitmentbureau heeft in strijd gehandeld met de AWGB door geen actie te ondernemen naar aanleiding van klachten van een kandidaat over ongelijke behandeling op grond van ras door een opdrachtgever.

Een recruitmentbureau heeft een man voorgedragen voor een functie bij een opdrachtgever. Nadat de man van het recruitmentbureau de reden van afwijzing door de opdrachtgever had vernomen, heeft hij bij het recruitmentbureau geklaagd over onderscheid op grond van ras door de opdrachtgever. De Commissie is van oordeel dat het recruitmentbureau, door geen actie te ondernemen naar aanleiding van deze klacht, is tekortgeschoten in haar zorgplicht als arbeidsbemiddelaar om kandidaten te beschermen tegen discriminatie door een opdrachtgever.

2008-78

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Taalinstituut maakt verboden onderscheid door sollicitant af te wijzen vanwege het feit dat hij geen native speaker is, ook al is dat volgens het instituut niet de werkelijke reden voor de afwijzing.

Een man solliciteert naar de functie van taaltrainer Frans en/of taaltrainer NT2. Hij wordt afgewezen met onder andere de mededeling dat het taalinstituut alleen met native speakers werkt. Het hanteren van het selectiecriterium native speaker leidt tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit en ras (nationale afkomst). Het taalinstituut heeft aangevoerd dat dit niet de werkelijke reden voor de afwijzing was, maar dat het cv van de sollicitant onvoldoende werd bevonden. Om hem te sparen, is hem meegedeeld dat hij werd afgewezen omdat hij geen native speaker is. Hiermee heeft het taalinstituut echter nog geen feiten aangevoerd die het vermoeden van onderscheid kunnen weerleggen. Verboden onderscheid op grond van nationaliteit en ras.

2008-81

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Voorkeursbeleid gemeentelijke dienst voldoet niet aan de daaraan te stellen voorwaarden.

Een gemeentelijke dienst reserveert vacante functies in eerste instantie voor allochtone

kandidaten. De dienst voert in eerste instantie alleen gesprekken met gekwalificeerde allochtone kandidaten, autochtone kandidaten komen pas aan bod als uit die gespreksrondes geen geschikte allochtone kandidaat komt. Het is wettelijk toegestaan een voorkeursbeleid te voeren voor allochtone kandidaten, als dit beleid voldoet aan een aantal criteria. De door de dienst gehanteerde selectiemethode voldoet niet aan het criterium dat alle sollicitanten worden onderworpen aan dezelfde, objectieve beoordeling. Het standpunt van de dienst dat sprake is van een bijzondere situatie - gelet op het karakter van de dienst, de mate van achterstand en het falen van eerdere maatregelen - die een zwaardere vorm van voorkeursbeleid rechtvaardigt, volgt de Commissie niet. De Commissie sluit niet uit dat zich een dusdanig uitzonderlijke situatie kan voordoen dat de strenge toets - op basis van de jurisprudentie van het HvJ EG - in verband met de proportionaliteit niet onverkort behoort te worden toegepast. In het onderhavige geval is echter geen sprake van een dergelijke uitzonderlijke situatie. Het voorkeursbeleid van de dienst leidt derhalve tot verboden onderscheid op grond van ras bij de werving en selectie jegens autochtone sollicitanten.

2008-87

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Personeelsadvertentie. 'Marokkanen gezocht'. Verboden naar ras en nationaliteit.

Een bureau voor etnomarketing, dat op zoek is naar enquêteurs die Berbers spreken en kennis dragen van de Marokkaanse culturele achtergrond om de doelgroep te bereiken, heeft een advertentie geplaatst waarin 'Marokkanen' wordt verzocht te solliciteren naar deze functie. De Commissie is van oordeel dat de advertentietekst direct onderscheid op grond van ras en nationaliteit met zich brengt en dat uitzonderingen op het verbod van onderscheid niet van toepassing zijn, zodat er sprake is van verboden onderscheid.

2008-95

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Afwijzing van sollicitant vanwege beheersing Nederlandse taal leidt niet tot onderscheid. Accent heeft bij afwijzing geen rol gespeeld. Aanbeveling om in fase na afwijzing zorgvuldiger te handelen.

Vrouw van Surinaamse afkomst solliciteert naar de functie van telefoniste/receptioniste. Naar aanleiding van haar sollicitatie vindt er een telefonisch screeningsgesprek plaats tussen de assistent recruiter van het bedrijf en de vrouw. De vrouw wordt vervolgens schriftelijk afgewezen. Om de reden van de afwijzing te vernemen, neemt de vrouw telefonisch contact op met het bedrijf. De recruiter van het bedrijf heeft zowel in het telefoongesprek als daarna per e-mail desgevraagd verklaard dat het accent van de vrouw een rol heeft gespeeld bij de afwijzing.
Dit levert een vermoeden van onderscheid op grond van ras op.
Het bedrijf heeft verklaard dat de vrouw is afgewezen vanwege haar beheersing van de Nederlandse taal. Het sollicitatieformulier en CV van de vrouw bevatten vele taal- en grammaticafouten en er bleek uit dat zij steeds slechts korte tijd bij haar vorige werkgevers had gewerkt. Dit leidde ertoe dat de sollicitatie van de vrouw al direct op de stapel van 'waarschijnlijk afgewezen' kwam te liggen. Omdat het bedrijf alle sollicitanten altijd telefonisch benadert, is dat ook bij de vrouw gebeurd. Dit telefonische screeningsgesprek bevestigde de indruk dat de vrouw niet geschikt was voor de functie. Dit kwam onder meer door haar woordkeus. De recruiter met wie zij het telefoongesprek voerde, was net een paar maanden in dienst en was nog onervaren. Zij heeft zich onzorgvuldig uitgedrukt, maar het accent van de vrouw heeft geen rol gespeeld bij de afwijzing, die had immers reeds plaatsgevonden.
De Commissie oordeelt dat het bedrijf heeft bewezen dat de door de vrouw naar voren gebrachte feiten geen rol hebben gespeeld bij de afwijzing. Aanbeveling.

2008-104

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Een discotheek maakt geen onderscheid op grond van ras jegens een Marokkaanse jongen bij het weigeren van de toegang tot de discotheek.

Een jongen van Marokkaanse afkomst wil het nieuwjaarsfeest vieren in een discotheek. Hij heeft daartoe een geldig toegangsbewijs. De portier weigert de jongen binnen te laten. De jongen klaagt de volgende dag per e-mail over de gang van zaken en stelt dat hem de toegang

werd ontzegd vanwege zijn Marokkaanse afkomst. Uit de reactie van de klachtbehandelaar komt duidelijk naar voren dat de discotheek slechte ervaringen heeft met jongens van Marokkaanse afkomst. Ter zitting heeft de portier overtuigend betoogd dat ten aanzien van de jongen het standaard beleid is uitgevoerd en dat de portier de jongen de toegang om andere redenen dan zijn Marokkaanse afkomst heeft geweigerd. De e-mail waar het slechte beeld ten aanzien van Marokkaanse jongens in naar voren komt, heeft geen rol gespeeld in de beslissing de jongen de toegang te weigeren. Er kunnen derhalve geen feiten worden vastgesteld die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.

2008-107

Terrein: sociale bescherming
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij ondersteuning bijstandsgerechtigde bij opzetten eigen bedrijf.

Een bijstandsgerechtigde vrouw doet zij een beroep op een regeling (Bbz) die voorziet in de ondersteuning van bijstandsgerechtigden bij het opzetten van een eigen bedrijf. De gemeente geeft uitvoering aan de regeling. De vrouw meent dat de gemeente haar tegenwerkt, althans te weinig ondersteuning biedt bij het opzetten van een eigen bedrijf omdat zij een zestigjarige, zwarte vrouw is van Surinaamse afkomst. Zij stelt dat de gemeente jegens haar onderscheid maakt op grond van haar ras, geslacht en/of leeftijd bij de uitvoering van de regeling, in het bijzonder met betrekking tot de (financiële) begeleiding bij het opzetten van haar eigen onderneming. De AWGB verbiedt onderscheid bij de sociale bescherming alleen met betrekking tot de grond ras. De Commissie is daarom niet bevoegd te beoordelen of onderscheid is gemaakt op grond van geslacht en/of leeftijd. Dat neemt niet weg dat sekse en leeftijd wel van invloed kunnen zijn op het al dan niet voorkomen van onderscheid op grond van ras en dat daarmee bij de beoordeling rekening kan worden gehouden. De gemeente betwist gemotiveerd alle stellingen van de vrouw. Er zijn dan ook geen feiten die kunnen doen vermoeden dat bij de uitvoering van de Bbz jegens de vrouw onderscheid is gemaakt op grond van ras. De Commissie oordeelt dat niet is gebleken dat de gemeente jegens de vrouw in strijd heeft gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van ras.

2008-108

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij assessment.

Een man van Surinaams-Javaanse afkomst solliciteert bij een bouwonderneming. Na vijf gesprekken en een assessment wordt de man afgewezen. In het assessmentrapport wordt onder meer geopperd dat mogelijk sprake is van een 'cultuurverschil'. De man meent dat uit het rapport blijkt dat de assessoren zich bij hun beoordeling van zijn geschiktheid hebben laten beïnvloeden door cultuurgerelateerde vooroordelen over allochtonen, meer in het bijzonder over Surinamers.
Het assessmentbureau bestrijdt deze lezing en licht toe dat 'cultuurverschil' in dit verband moet worden begrepen als een verwijzing naar een verschil in opvatting over hetgeen werkgevers van werknemers mogen verwachten.
De man meent dat ook zijn leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing, aangezien in het assessmentrapport expliciet naar zijn leeftijd wordt verwezen in relatie tot de suggestie dat hij beter naar een andere functie kon zoeken.
De bouwonderneming wijst dat de afkomst en leeftijd van de man haar al duidelijk waren uit zijn brief en na het eerste gesprek. Als zij dat een probleem had gevonden had zij niet vijf gesprekken met hem gevoerd en een assessment laten afnemen.
De Commissie overweegt dat de bouwonderneming gemotiveerd de stellingen van de man heeft weerlegd en hij er niet in is geslaagd feiten naar voren te brengen die kunnen doen vermoeden dat zijn afkomst en of leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. De Commissie oordeelt daarom dat er geen feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat de bouwonderneming jegens de man onderscheid heeft gemaakt op grond van ras en of leeftijd. Geen onderscheid.

2008-109

Terrein: arbeid
Dictum: niet-ontvankelijk

Samenvatting:
Verzoek om een oordeel omtrent een assessmentrapport, niet-ontvankelijk.

Een man van Surinaams-Javaanse afkomst solliciteert bij een bouwonderneming. Na vijf gesprekken en een assessment wordt de man afgewezen voor de functie. In het assessmentrapport wordt onder meer geopperd dat

mogelijk sprake is van een 'cultuurverschil'. De man meent dat uit het rapport blijkt dat de assessoren zich bij hun beoordeling van zijn geschiktheid hebben laten beïnvloeden door cultuurgerelateerde vooroordelen over allochtonen, meer in het bijzonder over Surinamers. De man meent dat ook zijn leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing, aangezien in het assessmentrapport expliciet naar zijn leeftijd wordt verwezen in relatie tot de suggestie dat hij beter naar een andere functie kon zoeken. Het assessmentbureau maakt daarom volgens de man, bij het afnemen van de assessment onderscheid op grond van ras en of leeftijd.
De Commissie is van oordeel dat het handelen van het assessmentbureau niet binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt. Hij had slechts een adviserende rol bij de opdrachtgever en deze was op geen enkele manier gehouden om zijn advies over de geschiktheid van de man voor de functie over te nemen. Het assessmentbureau had geen bemoeienis met de totstandkoming van het besluit van de opdrachtgever om de man niet in dienst te laten treden. Het assessmentbureau is ook geen arbeidsbemiddelaar bij wie de man in dienst zou treden, of althans via hem bij de opdrachtgever in dienst zou treden. Nu het assessmentbureau geen normadressaat is van de gelijkebehandelingswetgeving is de man niet ontvankelijk in zijn verzoek.
Het assessmentbureau heeft zijn diensten, een assessmentrapport, in opdracht en ten behoeve van de bouwonderneming verricht, niet van de man daarom is de man niet ontvankelijk in zijn verzoek.

2008-111

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Afwijzing bij open sollicitatie levert geen onderscheid bij de behandeling van de vervulling van een openstaande betrekking op omdat er geen vacature was.

Een man heeft een open sollicitatie gestuurd aan een taalinstituut voor de functie van taaltrainer Frans. De man is van mening dat het taalinstituut verboden onderscheid op grond van ras/nationaliteit maakt door hem af te wijzen voor de functie omdat hij geen native speaker is.
Het talentinstituut stelt dat er op het moment van de sollicitatie geen vacature was voor een dergelijke functie. Dit is ook de afwijzingsreden die het instituut per e-mail aan de man heeft gemeld.
Nu ook overigens gesteld noch gebleken is dat er een vacature was, kan worden vastgesteld dat er geen sprake was van een openbare betrekking in de zin van de wet. Evenmin is gebleken dat het taalinstituut de open sollicitatie inhoudelijk heeft behandeld.
Bovenstaande leidt tot de conclusie dat de sollicitant geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het taleninstituut jegens hem onderscheid heeft gemaakt bij de behandeling van de vervulling van een openstaande betrekking.

2008-114

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Aanstelling van postdocs. Buitenlandclausule. Verboden onderscheid naar nationaliteit.

Een onderzoeksinstelling hanteert bij de aanstelling van postdocs voor in Nederland gepromoveerden een buitenlandclausule. In Nederland gepromoveerden komen alleen in aanmerking voor een postdocplaats als zij beschikken over een aantal jaren relevante buitenlandervaring. Daarnaast spreekt de stichting in advertenties voor postdocs die zijn geplaatst op de website de voorkeur uit voor kandidaten die in het buitenland zijn gepromoveerd. De centrale ondernemingsraad van de stichting is van mening dat hiermee verboden onderscheid op grond van nationaliteit wordt gemaakt.
De Commissie is van oordeel dat de instelling door het hanteren van de buitenlandclausule indirect onderscheid naar nationaliteit maakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking. Het doel, het bevorderen van de kwaliteit van het natuurkundig onderzoek in Nederland, is legitiem. Het middel, de buitenlandclausule, kan volgens de Commissie bijdragen aan de vergroting van de kwaliteit van het natuurkundig onderzoek in Nederland en is derhalve geschikt om het doel te bereiken. Naar het oordeel van de Commissie is het middel echter niet noodzakelijk om het doel te bereiken, omdat de eis van buitenlandervaring alleen aan in Nederland gepromoveerden wordt gesteld en niet aan nadere kwaliteitseisen is gekoppeld. Voorts constateert de Commissie dat het een goed alternatief zou zijn om ook aan in het buitenland gepromoveerden de eis te stellen dat zij ervaring in een ander land dan het land van promotie hebben opgedaan.
Ten aanzien van de vraag of sprake is van onderscheid naar nationaliteit bij de aanbieding van een betrekking oordeelt de Commissie dat het in de advertentie opgenomen criterium strenger is en verder strekt dan het in de bui-

tenlandclausule opgenomen criterium en dat het reeds daarom niet gerechtvaardigd onderscheid naar nationaliteit oplevert.

2008-120

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Telecombedrijf maakt onderscheid in uitvoering van verlengingsbeleid.

Een vrouw met een Frans paspoort wil haar abonnement verlengen bij een telecombedrijf. In tegenstelling tot hetgeen het beleid voorschrijft, wordt ter verlenging van het abonnement aan de vrouw een additionele eis gesteld na het zien van haar niet-Nederlandse paspoort. Aangezien een paspoort een document ter vaststelling van de nationaliteit is en de onderscheidmakende handeling is ingegeven door het zien van het niet-Nederlandse paspoort, maakt het telecombedrijf direct onderscheid op grond van nationaliteit.

2008-122

Terrein: sociale zekerheid
Dictum: onbevoegd

Samenvatting:
Commissie niet bevoegd te toetsen of afwijzing Wajong-uitkering in verband met ingezetenevereiste onderscheid oplevert.

Een man van Iraanse afkomst die al sinds zijn geboorte een handicap heeft, vraagt een Wajong-uitkering aan. Zijn aanvraag wordt afgewezen omdat hij op zijn zeventiende nog niet in Nederland woonde. De Commissie is van oordeel dat door het ingezetenevereiste mogelijk indirect onderscheid op grond van ras wordt gemaakt, maar dat zij niet bevoegd is te beoordelen of het UWV bij de afwijzing van de aanvraag onderscheid heeft gemaakt, nu het UWV geen bevoegdheid toekomt om van dit in de wet neergelegde vereiste af te wijken.

2008-124

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden dat hotel een medewerker discriminatoir heeft bejegend vanwege zijn ras en/of godsdienst

Een man werkte in een hotel als roomservice supervisor. Nadat de man zich ziek wilde melden bij zijn leidinggevende heeft er een incident plaatsgehad tussen de man en de bij het gesprek aanwezige adjunct-directeur. De man stelt dat hij discriminatoir is bejegend vanwege zijn afkomst en/of godsdienst. De werkgever betwist dit. De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de werkgever jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn afkomst en/of godsdienst. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat niet is gebleken dat de werkgever jegens de man in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving.

2008-127 tussenoordeel

Terrein: arbeid
Dictum: Tussenoordeel

Samenvatting:
Tussenoordeel. Poolse werknemers. Indirect onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras bij de beloning

Een Poolse werknemer klaagt erover dat hij lager beloond wordt dan zijn niet-Poolse collega's. De Commissie onderzoekt de klacht in eerste instantie door de Poolse werknemer met enkele collega's te vergelijken. Uit dat onderzoek blijkt dat alle Poolse werknemers seizoensarbeiders zijn en de Nederlandse collega's niet. De Commissie vergelijkt daarom deze twee groepen met elkaar en komt tot de conclusie dat de seizoensarbeiders, ondanks dat ze het zelfde werk verrichten als hun Nederlandse collega's die gedurende het hele jaar werkzaam zijn, lager worden beloond. Dit betekent dat er indirect onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras is gemaakt. De werkgever zal in de gelegenheid gesteld worden om argumenten aan te voeren waarom een verschil in beloning gerechtvaardigd is tussen seizoenswerkers en vaste medewerkers, die gelijkwaardig werk verrichten.

2008-129

Terrein: arbeid
Dictum: kennelijk ongegrond

Samenvatting:
Te weinig aanknopingspunten om stelling van discriminatie nader te kunnen onderzoeken.

Een man van buitenlandse afkomst volgt een huisartsenopleiding. Hij stelt dat hij tijdens het volgen van de opleiding is gediscrimineerd

vanwege zijn afkomst en geslacht. De Commissie stelt vast dat zijn argumenten voor deze stelling niet kunnen worden beschouwd als feiten. Zijn verhaal biedt evenmin aanknopingspunten om alsnog voldoende feiten, zoals getuigenverklaringen, boven tafel te krijgen. Afwezigheid van aanwijzingen voor discriminatie betekent op zichzelf genomen niet dat er geen sprake is geweest van discriminatie. De Commissie oordeelt echter dat het verzoek kennelijk ongegrond is nu zij onvoldoende mogelijkheden ziet om zijn stellingen nader te kunnen onderbouwen, dan wel te ontkrachten.

2008-133

Terrein: **arbeid**
Dictum: **strijd met de wet; geen onderscheid**

Samenvatting:
Werkgever heeft in strijd met de wet gehandeld door klachten van werkneemster onzorgvuldig te behandelen en haar te benadelen door haar te ontslaan.

Een werkneemster van Surinaamse afkomst is van mening dat haar leidinggevende gedurende haar dienstverband drie maal negatieve uitlatingen heeft gedaan over personen van Surinaamse afkomst. De werkneemster heeft gesteld dat de werkgever haar onvoldoende heeft gevrijwaard van discriminatie en haar klachten niet zorgvuldig heeft onderzocht. Daarnaast heeft de werkneemster gesteld dat zij is ontslagen vanwege haar Surinaamse afkomst en vanwege het feit dat zij geklaagd heeft over discriminatie door haar leidinggevende.
De werkneemster heeft niet kunnen onderbouwen dat er sprake was van discriminerende bejegening op de werkvloer. Ook heeft de werkneemster niet kunnen onderbouwen dat zij is ontslagen omdat zij van Surinaamse afkomst is. De werkgever heeft op deze twee punten geen onderscheid op grond van de gelijkebehandelingswetgeving gemaakt. De werkgever heeft echter wel de klachten van de werkneemster onzorgvuldig onderzocht. Ook heeft de werkgever de werkneemster ontslagen omdat zij heeft geklaagd over discriminatie. Hiermee heeft de werkgever de werkneemster benadeeld. Op deze twee punten heeft de werkgever in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving gehandeld.

2008-134

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Geen vermoeden van discriminatoire bejegening op de werkvloer en van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden. Klachtbehandeling voldoet aan de basisvoorwaarden, maar had beter gekund.

Een werknemer van een productiebedrijf voor de bouwsector klaagt over discriminatoire bejegening door collega's en leidinggevenden. Het productiebedrijf ontkent de discriminatoire bejegening. De werknemer had een deel van de klachten al eerder aan het bedrijf gemeld. In reactie daarop heeft het productiebedrijf de klachten onderzocht, maar geen discriminatie gevonden. Het onderzoek werd wel bemoeilijkt doordat de werknemer zijn klachten niet nader kon concretiseren en sommige gebeurtenissen al jaren daarvoor hadden plaatsgevonden. De Commissie oordeelt dat de werknemer één voorbeeld heeft gegeven dat zonder meer als discriminatoir is aan te merken. Dit voorval heeft zich echter in 2000 afgespeeld en de werknemer heeft het pas nu gemeld, waardoor het te laat is om dat nog te onderzoeken. De andere voorbeelden zijn ofwel door het productiebedrijf betwist, ofwel in een ander daglicht geplaatst. Daarom is geen sprake van feiten die kunnen doen vermoeden dat de man discriminatoir is bejegend of anderszins is gediscrimineerd.
De klachtbehandeling door het productiebedrijf had beter door een buitenstaander kunnen worden verricht en zorgvuldiger kunnen worden afgerond. Het productiebedrijf heeft echter niet in strijd met de wet gehandeld omdat het bedrijf de klachten serieus heeft genomen, voortvarend te werk is gegaan, zich heeft ingespannen om de waarheid boven tafel te krijgen en de werknemer veel ruimte heeft gegeven om zijn verhaal te vertellen. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat discriminatie op de werkvloer een uiterst complex verschijnsel is en dat onderzoek naar klachten daaromtrent daarom enige kennis van zaken en specifieke aandacht vereist.

2008-143

Terrein: arbeid
Dictum: tussenoordeel

Samenvatting:
Diversiteits-, afspiegelings- en voorkeursbeleid. Doelgroep onvoldoende afgebakend. Onduidelijkheid over beleidsinstrumenten. Onderzoeksopdracht.

De gemeente Amsterdam streeft ernaar haar personeel een afspiegeling te laten zijn van de beroepsbevolking in de regio. De uitvoering van het diversiteitsbeleid wordt overgelaten aan de afdelingen. Eén van de diensten wil in het bijzonder 'mensen die hun herkomst hebben in een land met een islamitische signatuur' oproepen om te solliciteren. De dienst vraagt de Commissie te beoordelen hoe dit zich verhoudt tot de gelijkebehandelingswetgeving.

De AWGB bevat geen uitzondering voor voorkeursbeleid op grond van geloofsovertuiging, maar dat is ook niet aan de orde, nu het de dienst gaat om culturele achtergrond, en niet om geloofsovertuiging als zodanig.
In een tussenoordeel vraagt de Commissie de dienst nader te onderzoeken in hoeverre zij kan voldoen aan de voorwaarden voor het voeren van voorkeursbeleid.

2008-153

Terrein: goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid en in strijd met de wet gehandeld

Samenvatting:
Opleidingencentrum heeft studente onvoldoende beschermd tegen discriminatie op haar leer-werkplek en onvoldoende toegezien op behandeling van haar discriminatieklacht aldaar.

Een studente met donkere huidskleur volgde bij een opleidingencentrum een opleiding tot verzorgende. In het kader van deze opleiding werkte zij in een zorgcentrum. Tijdens het tweede jaar dat zij in het zorgcentrum werkte, is zij door haar werkbegeleider discriminatoir bejegend, zoals is vastgesteld in oordeel 2008-154. Hierover heeft zij bij haar trajectbegeleider van het opleidingencentrum geklaagd. De trajectbegeleider heeft de studente geadviseerd haar klacht binnen het zorgcentrum kenbaar te maken. Verder heeft de trajectbegeleider geen actie ondernomen naar aanleiding van de klacht van de studente. Ook in een gesprek met de praktijkopleider van het zorgcentrum over de studente heeft de trajectbegeleider de door de studente geuite klacht niet aan de orde gesteld. De Commissie oordeelt dat het opleidingencentrum onderscheid heeft gemaakt omdat zij de studente onvoldoende heeft beschermd tegen de discriminatoire bejegening. Het opleidingencentrum had moeten toezien op een zorgvuldige klachtbehandeling door het zorgcentrum. Hiertoe had onder andere bij de studente moeten worden nagevraagd of de klacht goed werd opgepakt en zo nodig had contact moeten worden opgenomen met het zorgcentrum. Voorts oordeelt de Commissie dat het opleidingencentrum in strijd met de wet gehandeld door onvoldoende toe te zien op de behandeling van discriminatieklacht van de student door het zorgcentrum.

2008-154

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid en in strijd met de wet

Samenvatting:
Discriminatie tijdens leer-werkplek en onzorgvuldige klachtbehandeling.

Een vrouw met donkere huidskleur volgde een opleiding tot verzorgende. In het kader van deze opleiding werkte zij in een zorgcentrum. Tijdens het tweede jaar dat zij daar werkte, is door haar werkbegeleider onder andere tegen haar gezegd: "Je bent donker, erg donker." Deze opmerking werd in het algemeen, zonder relevante context, gemaakt. Deze opmerking werd door de vrouw als kwetsend ervaren. De Commissie oordeelt dat deze opmerking als discriminatoir kan worden aangemerkt. Daarnaast heeft de Commissie vastgesteld dat de klacht die de vrouw hierover destijds en anderhalf jaar later nogmaals heeft ingediend, onzorgvuldig is behandeld. Hierdoor heeft het zorgcentrum in strijd met de wet gehandeld.

2008-156

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
telecommunicatiebedrijf maakt indirect onderscheid op grond van nationaliteit door onduidelijke acceptatievoorwaarden

Een vrouw met de Indonesische nationaliteit vraagt een mobiele telefonie abonnement van het telecommunicatiebedrijf aan bij een webwinkel. De webwinkel weigert de aanvraag omdat zij geen verblijfsdocument kan overleg-

gen. De beschikking van de IND waarin haar werd meegedeeld dat haar een verblijfsvergunning was toegekend, werd niet geaccepteerd. Het telecommunicatiebedrijf heeft betoogd dat het wel beschikkingen van de IND accepteert als bewijs dat aan de acceptatievoorwaarde 'verblijfsrecht en verblijfsverwachting van minimaal de duur van het abonnement' is voldaan, maar slechts nadat haar afdeling Risk and Fraud de echtheid van het document heeft onderzocht. De webwinkel was kennelijk niet op de hoogte van die procedure. De Commissie oordeelt dat het telecommunicatiebedrijf in haar mededelingen naar haar medewerkers en wederverkopers (zoals de webwinkel) dermate onduidelijk is geweest over de mogelijkheid andere documenten te overleggen dan verblijfsdocumenten en hoe in dergelijke gevallen te handelen, dat niet kan worden gezegd dat verweerster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit.

2008-157

Terrein: **leveren van en toegang tot goederen en diensten**
Dictum: **geen onderscheid**

Samenvatting:
webwinkel voldoet aan verplichting klanten te behoeden voor ongelijke behandeling door provider.

Een vrouw vraagt via een webwinkel een mobiele telefonie abonnement aan. De webwinkel wijst de aanvraag af omdat zij in de veronderstelling verkeert dat de acceptatievoorwaarden van de provider de acceptatie van een beschikking van de IND niet toelaten als bewijs van een verblijfsvergunning. De provider heeft het acceptatiebeleid wel kenbaar gemaakt, maar daaruit had de webwinkel niet hoeven begrijpen dat een dergelijke beschikking wel als bewijs van een verblijfsvergunning kan gelden. Daarnaast heeft de webwinkel tweemaal navraag gedaan bij de provider of de beschikking als bewijs kon worden geaccepteerd. De webwinkel heeft daarmee voldaan aan de op haar rustende zorgplicht haar klanten te behoeden voor ongelijke behandeling door (onder meer) providers.

Geslacht

Mr. E. Cremers-Hartman & mr. M. Vegter

1 INLEIDING

1.1 Overzicht oordelen

In 2008 heeft de Commissie Gelijke Behandeling 39 oordelen uitgebracht over onderscheid op grond van geslacht. Dat is twee oordelen minder dan het vorige jaar. Nog steeds heeft een groot deel van de oordelen betrekking op zwangerschapskwesties, namelijk in totaal elf. Zwangerschap blijft in de praktijk kennelijk aanleiding geven tot moeilijkheden. Tien oordelen betreffen de toegang tot het arbeidsproces. Over ongelijke beloning, waaronder pensioen, zijn dit jaar zes oordelen gewezen, bijna een verdubbeling ten opzichte van vorig jaar. Seksuele intimidatie kwam in drie oordelen aan de orde. Vier oordelen hadden betrekking op onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten buiten de arbeid. Tot slot zijn er nog enkele oordelen die minder gemakkelijk in categorieën zijn onder te brengen, zoals de afwijzing van een klacht wegens gebrek aan belang[1], een onbevoegdverklaring door de Commissie[2] en een oordeel over de vraag of een mannelijke militair met kinderen onder de vijf jaar niet ook vrijgesteld moet worden van uitzending, net als zijn vrouwelijke collega's.[3]

In totaal zestien oordelen zijn door een enkelvoudige kamer afgedaan. In 2007 waren dat er nog 22. In acht gevallen werd beslist op basis van de schriftelijke stukken en werd geen zitting gehouden (vereenvoudigde afdoening). Twee keer werd een oordeel gevraagd over eigen handelen waarbij in één zaak het verzoek afkomstig was van het bedrijf en de ondernemingsraad; in alle andere gevallen betrof de klacht de handelwijze van een wederpartij.

De oordelen van de CGB worden in paragraaf 2 en volgende besproken. Eerst komen hieronder de ontwikkelingen in wetgeving en beleid aan de orde en daarna belangrijke jurisprudentie uit 2008. Enkele rechterlijke uitspraken uit 2008 die een vervolg zijn op oordelen van de CGB uit 2008 worden in samenhang met die oordelen besproken en komen dus op een later punt in dit hoofdstuk aan de orde.

1.2 Wetgeving en beleid in 2008

De hardnekkige verschillen in beloning tussen vrouwen en mannen blijven een belangrijk punt van aandacht zowel op nationaal niveau als binnen de EG. In decem-

1 Oordeel 2008-102 met betrekking tot de vrouwentaxi. Zie § 2.
2 Oordeel 2008-71.
3 Oordeel 2008-52.

ber 2008 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de negende voortgangsrapportage gelijke beloning naar de Tweede Kamer gestuurd.[4] Daarbij zijn tevens twee onderzoeksrapporten over de beloningsverschillen meegezonden. In de voortgangsrapportage zijn deze rapporten kort samengevat. Een belangrijke nieuwe ontwikkeling is dat de Arbeidsinspectie een duidelijke rol zal krijgen bij het voorkomen van ongelijke beloning. In artikel 21 WGB wordt de Arbeidsinspectie belast met toezicht op de naleving van het verbod van onderscheid op grond van geslacht. Deze bepaling biedt de wettelijke grondslag voor een actief optreden van deze dienst. Uit de voortgangsrapportage blijkt dat het de bedoeling is dat de Arbeidsinspectie in overleg zal treden met werkgevers naar aanleiding van signalen van organisaties zoals de CGB, vakbonden en ondernemingsraden. Bij significante beloningsverschillen in functies van nagenoeg gelijke waarde kan de Arbeidsinspectie werkgevers tot nader onderzoek verplichten en tevens tot het overleggen van de resultaten van dit onderzoek aan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging.
De voortgangsrapportage biedt nog meer belangrijke informatie en vestigt tevens de aandacht op de jaarlijkse Gelijk Loon Dag die voor de tweede keer door het ministerie SZW wordt georganiseerd en wel op 31 maart 2009. Deze dagen hebben als doel de toepassing van het beginsel van gelijke beloning in de praktijk te bevorderen.
Het Europees Parlement heeft op 18 november 2008 een Resolutie aangenomen over de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen met een bijlage met negen aanbevelingen.[5] Het gegeven dat deeltijdwerk qua beloning extra wordt benadeeld, is een van de aandachtspunten. Aanbevolen wordt een nader onderzoek in te stellen en Richtlijn 97/81/EG inzake deeltijdarbeid eventueel te wijzigen (aanbeveling 9).
De Arbeidsomstandighedenwet wordt met ingang van 1 april 2009 gewijzigd door in de definitie van psychosociale arbeidsbelasting op te nemen dat direct en indirect onderscheid één van de factoren is die in de arbeidssituatie stress kan veroorzaken.[6] In de memorie van toelichting wordt de betekenis hiervan nader uitgelegd: de werkgever zal hierdoor worden verplicht binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid tevens beleid te voeren gericht op het voorkomen en beperken van discriminatie, in de risico-inventarisatie en – evaluatie moeten de risico's van discriminatie worden beoordeeld en in het plan van aanpak moeten de te treffen maatregelen op dit terrein worden vastgesteld. Het is opvallend dat in de memorie van toelichting consequent over discriminatie wordt gesproken terwijl in de wetstekst de term onderscheid zal worden opgenomen.
Vorig jaar is al melding gemaakt van de ingebrekestelling van de Europese Commissie van 31 januari 2008 (inbreuknr. 2006/2444) inzake de niet-correcte naleving van de Kaderrichtlijn voor arbeid en beroep (2000/78/EG). De Commissie acht onder andere artikel 5, derde lid, AWGB in strijd met het gemeenschapsrecht. Deze bepaling verklaart het discriminatieverbod niet van toepassing op particuliere werkverhoudingen. Volgens de Europese Commissie is het niet toegestaan om alle arbeid in een particulier huishouden uit te sluiten van het discriminatieverbod. Dit druist in tegen het evenredigheidsbeginsel. Het werk bij een particulier thuis bestaat vooral uit huishoudelijk werk, persoonlijke verzorging en verpleging. Omdat dit werk in hoofdzaak door vrouwen wordt gedaan, worden vooral vrouwelijke werknemers door deze bepaling getroffen. Nederland heeft kenbaar gemaakt dat deze bepaling ongewijzigd zal blijven en heeft aan het aspect dat vooral vrouwen het werk bij een particulier

4 *Kamerstukken II* 2008/09, 27 099, nr. 20.
5 Europees Parlement As-0389/2008.
6 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 811, nr. 1-4; de toelichting op de begrippen is te vinden in de memorie van toelichting op p. 12-14.

doen geen aandacht geschonken. Het is onduidelijk wat de Europese Commissie verder gaat ondernemen. De ingebrekestelling vestigt weer extra aandacht op de verminderde rechtsbescherming van de vooral vrouwelijke werknemers die op minder dan vier dagen werkzaam zijn bij een particulier thuis en in dienst van die persoon.[7]

De wet zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen is op 3 juni in werking getreden.[8] Vrouwelijke zelfstandigen hebben sindsdien weer recht op een publieke zwangerschap/bevallingsuitkering tot maximaal het minimumloon. Zoals in vorige oordelenbundels is besproken, was hen dit recht onthouden met de invoering van de Wet einde toegang verzekering WAZ in augustus 2004. De nieuwe wet verbetert ook de toegankelijkheid van de vrijwillige verzekeringen bij het UWV door de aanmeldtermijn te verlengen naar dertien weken te rekenen vanaf het einde van de verplichte verzekeringsperiode.

Te signaleren vallen voorts twee wetsvoorstellen die bij de Tweede Kamer liggen en van belang zijn voor het verbeteren van de combinatie van arbeid en zorg: een voorstel tot uitbreiding van het adoptieverlof en een initiatiefwet-Van Gent inzake het vaderverlof.[9] Ook kan worden gewezen op het algemeen overleg van de Tweede Kamer met minister Plasterk over diverse emancipatieonderwerpen waarbij ook de vijfde regeringsrapportage over de naleving van het VN-vrouwenverdrag aan orde kwam.[10] De minister heeft daarbij de toezegging gedaan dat in de toekomst de regeringsrapportages ook in het Nederlands zullen verschijnen. CEDAW, het orgaan dat toeziet op de naleving van het VN-vrouwenverdrag, hamert iedere keer op het publiceren in de eigen taal om de toegankelijkheid van de stukken te vergroten en daarmee de bekendheid van het VN-vrouwenverdrag.

De Europese Commissie heeft op 3 oktober 2008 voorstellen ingediend tot wijziging van de Zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG) en de Zelfstandigenrichtlijn (86/613/EEG).[11] De Commissie stelt onder andere voor de duur van het zwangerschaps- en bevallingsverlof te verlengen tot achttien weken. Nederland heeft hier negatief op gereageerd omdat de noodzaak in verband met de veiligheid en gezondheid van moeder en kind onvoldoende zou zijn aangetoond.[12] De nieuwe richtlijn gaat voor de loonbetaling tijdens het zwangerschapsverlof uit van het volledige maandsalaris terwijl de bestaande richtlijn uitgaat van het loon dat wordt betaald tijdens ziekte. De richtlijn bevat nog diverse andere wijzigingen die aansluiten bij de rechten die zwangere vrouwen kunnen ontlenen aan de gelijkebehandelingsrichtlijnen, zoals thans vastgelegd in de herschikkingrichtlijn 2006/54/EG. Het voorstel voor de nieuwe Zelfstandigenrichtlijn op het terrein van de arbeid heeft met name betrekking op het creëren van een zwangerschapsverlof met een adequate uitkering gedurende de verlofperiode voor zelfstandigen en meewerkende partners. De bestaande richtlijn noemt deze rechten niet en noemt wat dit betreft alleen een onderzoeksplicht voor de lidstaten.

---

7 *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nr. 34, nr. 40; vgl. E. Cremers-Hartman, 'Huishoudelijk personeel mogelijk van uitsluiting bevrijd door Europese Commissie', *NJB* 2008, p. 696, 697; E. Cremers-Hartman, 'Huishoudelijk personeel: uitsluiten of beschermen', *SR* 2008, 23.

8 *Stb.* 2008, 192.

9 Resp. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 045 en *Kamerstukken II* 2006/07 31 071.

10 *Kamerstukken II* 2008/09, 30 420, ,nr. 132; zie p. 12, 13, 32, 34-36, 38-40 en 42 over de rapportage inzake de naleving van het VN-vrouwenverdrag.

11 Resp. COM (2008) 637 def., 2008/0193 (COD); COM 2008 636 def., 2008/0192 (COD).

12 Zie het fiche bij dit voorstel, te vinden via http://www.minbuza.nl/binaries/minbuza_europese_samenwerking/pdf/commissievoorstellen-2008/10/fichedocument-com-2008-_637.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 3 april 2009).

1.3 Rechtspraak in 2008

Rechtspraak in zaken waarin ook de CGB een oordeel heeft gegeven

Ook in 2008 zijn verschillende zaken waarin de CGB eerder een oordeel had gegeven, aan de rechter voorgelegd. De bekendste uitspraken op het gebied van geslacht hebben betrekking op een geschil tussen verschillende zelfstandige onderneemsters, in het bijzonder artsen en advocaten, en particuliere verzekeraar Movir over de zwangerschap/bevallingsuitkering. De mogelijkheden voor het verzekeren van het risico van inkomensderving vanwege arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling in de periode rondom de bevalling als onderdeel van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, zijn bij deze en andere verzekeraars beperkt en worden soms ook geheel uitgesloten. In 2008 hebben zowel de Hoge Raad als Rechtbank Utrecht zich over deze kwestie uitgesproken. De uitspraken zijn een vervolg op oordeel 2004-44 van de CGB. Het arrest van de Hoge Raad dateert van juli 2008 en betreft een kort geding; Rechtbank Utrecht heeft zich in april 2008 uitgesproken in een bodemprocedure.[13] In de procedures spelen dezelfde rechtsvragen. Beide rechterlijke instanties hebben zich ten nadele van eiseressen uitgesproken en de contractsvrijheid van de verzekeraar laten prevaleren. Volgens de Hoge Raad maakt Movir geen direct en indirect onderscheid op grond van geslacht omdat, als er sprake is van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis, vrouwen op gelijke voet met mannen recht hebben op een uitkering. De Hoge Raad past een eenvoudige redenering toe door de definitie van arbeidsongeschiktheid in de polissen als uitgangspunt te nemen, terwijl arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling daarin is weg gedefinieerd. De Hoge Raad wijkt volledig af van de oordelenlijn van de CGB zonder dit nader te motiveren. Gezien de vele oordelen en adviezen over deze problematiek van de Commissie wekt dat grote verwondering. Uit het arrest blijkt ook niet hoe de visie van de Raad past binnen de uitgebreide zwangerschapsjurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, dit terwijl de CGB de eigen oordelenlijn uitdrukkelijk plaatst in de context van die jurisprudentie. Het is daarom des te opvallender dat de Hoge Raad geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de EG over de uitleg van de in dit verband relevante Richtlijn 2004/113/EG met het verbod van discriminatie op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten. Deze richtlijn perkt met dit verbod de contractsvrijheid van verzekeraars in als aanbieders van diensten. Op grond van artikel 234, tweede lid, EG kan de nationale rechter het Hof een prejudiciële vraag stellen en op grond van het derde lid is de nationale rechter hiertoe verplicht in het geval een beslissing niet vatbaar is voor hoger beroep en een beslissing van het Hof noodzakelijk is voor het wijzen van een vonnis. De Hoge Raad had dit moeten doen.
De Rechtbank Utrecht oordeelde eveneens dat er geen sprake is van direct en indirect onderscheid. Eiseressen hadden de rechter ondermeer verzocht het Europese Hof een nadere uitleg te vragen van artikel 5, derde lid, van de juist genoemde richtlijn. Hierin is bepaald dat kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap in geen geval mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen. De Rechtbank Utrecht heeft het stellen van prejudiciële vragen uitdrukkelijk van de hand gewezen. Volgens deze rechter is de bepaling niet van toepassing op de situatie waarbij een zwangerschapsuitkering wordt geweigerd, omdat

13 HR 11 juli 2008, *LJN*: BD1850; Rb. Utrecht 2 april 2008, *LJN*: BC9833. Vgl. E. Cremers-Hartman, "Zwangerschaps/bevallingsuitkering, verzekeraars en het discriminatieverbod", *NJCM-Bulletin* 2008 (jrg. 33), nr. 8, p. 1130-1141.

zwangerschap een andere situatie is dan arbeidsongeschiktheid. Dat was nu echter juist een van de vragen die de rechter aan het Hof had moeten voorleggen. Oordeel 2004-44 en latere oordelen van de CGB (met name oordeel 2006-232) geven de rechter alle aanleiding voor het stellen van de volgende vraag: mag arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschapsverlof anders worden behandeld dan andere vormen van arbeidsongeschiktheid, terwijl de ratio van een arbeidsongeschiktheidsverzekering is het bieden van een inkomensvoorziening voor het niet kunnen werken vanwege psychische en/of fysieke oorzaken?
Het betoog van eiseressen dat het verlof op medische gronden noodzakelijk is en dat er gedurende de verlofperiode om die reden sprake is van arbeidsongeschiktheid, is door de Rechtbank Utrecht ook van de hand gewezen.Volgens de rechter valt zwangerschap niet onder arbeidsongeschiktheid, ook al zullen vrouwen in een -beperkte- periode rondom de bevalling conditioneel niet in staat zijn om te werken. Het zwangerschapsverlof zou het grootste deel het karakter van een zorgverlof hebben. Aanvankelijk was hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Dit is ingetrokken nadat het arrest van de Hoge Raad is gewezen. Dit is alleszins begrijpelijk, maar het is jammer dat nu niet in hogere instantie in een bodemprocedure nogmaals wordt geoordeeld over de betekenis van de medische noodzaak van het zwangerschapsverlof.

Het hof 's-Gravenhage heeft op 22 februari 2008[14] uitspraak gedaan in de zaak van een docente geschiedenis aan een middelbare school die in augustus 1988 haar arbeidsovereenkomst had opgezegd omdat zij geen mogelijkheden zag om de zorg voor haar tweede kind – dat langdurig borstvoeding nodig had in verband met een voedselallergie – te combineren met haar werk. Daarbij speelde mee dat de werkgever aandrong op duidelijkheid op korte termijn. Een jaar later, per 4 september 1989, trad de docente opnieuw in dienst. Door de onderbreking had zij haar 'HOS-garantie', die recht gaf op behoud van haar salarisschaal, echter verloren. De school weigerde om deze garantie opnieuw te verstrekken. Uiteindelijk heeft de school de docente wel met terugwerkende kracht tot 1 augustus 2001 bevorderd naar salarisschaal 12. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde vervolgens dat er vanaf 1 augustus 2001 geen sprake was van onderscheid naar geslacht.[15] De vraag of sprake was van discriminatie in de periode vóór 2001 is niet aan de Commissie voorgelegd.
De docente heeft haar loonvordering over de periode van 1989 tot 2001 vervolgens aan de civiele rechter voorgelegd. De rechtbank heeft de vordering toegewezen en het hof heeft dit vonnis in hoger beroep bekrachtigd. Het hof stelde daartoe vast dat de docente haar baan had moeten opgeven vanwege borstvoeding en dat het feit dat de HOS-garantie kwam te vervallen, dus ook rechtstreeks was terug te voeren op de noodzaak borstvoeding te geven. Het moeten geven van borstvoeding moet in dit opzicht worden gelijkgesteld met zwangerschap of moederschap. Door in die situatie de vervalgrond uit de HOS-garantie toe te passen met als rechtvaardiging dat dit ook zou zijn gebeurd bij een mannelijke collega die lange tijd wegens ziekte uit dienst zou zijn, heeft de school eenzelfde bepaling op verschillende situaties toegepast, terwijl de situatie van de werkneemster – waarin sprake was van een seksegerelateerde dwangpositie – niet kon worden vergeleken met die van een mannelijke werknemer. Dit is naar het oordeel van het hof in strijd met het arrest Brown van het Europese

14 *JAR* 2008/90; LJN: BC5086.
15 Oordeel 2002-169.

Hof van Justitie.[16] Dat de Commissie Gelijke Behandeling geen onderscheid naar geslacht had aangenomen, leidde niet tot een ander oordeel, aldus het hof, omdat de Commissie niet had geoordeeld over de periode vóór augustus 2001.

Op 8 oktober 2008 heeft de kantonrechter Utrecht uitspraak gedaan over het al dan niet verschuldigd zijn van een bonus over perioden van afwezigheid door zwangerschapsverlof.[17] Eerder had de CGB geoordeeld dat de werkgever onderscheid naar geslacht had gemaakt door geen of een lagere bonus toe te kennen vanwege het zwangerschapsverlof van de werkneemster.[18] De kantonrechter Utrecht bevestigt dit standpunt. Een bonus is een arbeidsvoorwaarde en als deze niet of niet geheel wordt uitbetaald vanwege zwangerschapsverlof of zwangerschapsgerelateerde ziekte is sprake van discriminatie vanwege zwangerschap en daarmee van direct onderscheid naar geslacht. Relevant is dat de kantonrechter ook het verweer van de werkgever verwerpt dat het betalen van een lagere bonus is toegestaan, omdat gedurende zwangerschapsverlof geen recht op loondoorbetaling bestaat in de zin van artikel 7:629, eerste lid, BW. Dit argument lijkt enigszins te worden ondersteund door het arrest McKenna van het Europese Hof van Justitie,[19] waarin het HvJEG oordeelde dat een werkneemster tijdens zwangerschapsverlof niet per definitie recht heeft op volledige doorbetaling van haar loon, zolang het bedrag dat zij tijdens het verlof ontvangt niet zodanig gering is dat daardoor het doel van bescherming van de vrouwelijke werkneemsters op de helling komt staan en de werkneemster niet minder gunstig wordt beloond dan een mannelijke collega in vergelijkbare omstandigheden. De kantonrechter oordeelt echter dat dit argument niet opgaat als sprake is van een bonus die niet alleen afhankelijk is van de uitkomsten van de te verrichten arbeid, maar ook van elementen als de resultaten van de onderneming en de beoordeling van de competenties van de werknemer. Dan is geen sprake van naar tijdruimte vastgesteld loon als bedoeld in artikel 7:629, eerste lid, BW noch van op andere wijze vastgesteld loon in de zin van artikel 7:628, derde lid, BW.
De uitspraak schept de nodige duidelijkheid. Is geen sprake van naar tijdruimte vastgesteld of daarmee gelijk te stellen loon, dan is verlaging ervan tijdens zwangerschapsverlof niet toegestaan. Bij wél naar tijdruimte vastgesteld loon, mag dit mogelijk wel. Dit mogelijke nadeel wordt echter ondervangen door het feit dat de zwangerschapsuitkering van het UWV is gebaseerd op het naar tijdruimte vastgesteld loon. Een bonus die in feite regulier loon is, vormt dus onderdeel van de zwangerschapsuitkering. Een bonus die dat niet is, moet worden doorbetaald door de werkgever. Een heldere en naar onze mening ook juridisch correcte uitspraak.

Een medewerkster van de gemeente Weert heeft zich, nadat de CGB had geoordeeld dat de gemeente haar klacht over seksuele intimidatie niet correct had afgehandeld en haar belangen onvoldoende serieus had genomen,[20] tot de Nationale Ombudsman gewend. De gemeente had de CGB namelijk laten weten haar standpunt niet te delen en van mening te zijn geen verdere stappen te hoeven ondernemen. De Nationale Ombudsman verklaarde de klacht van de medewerkster gegrond.[21] De Ombudsman merkt daarbij op dat de gemeente de medewerkster ten onrechte heeft verweten dat zij te lang heeft gewacht met het indienen van een formele klacht over de intimida-

16 HvJ EG 30 juni 1998, JAR 1998/198.
17 *JAR* 2009/9; *LJN*: BG4779.
18 Oordeel 2007-188.
19 HvJEG 8 september 2005, *JAR* 2005/236.
20 Oordeel 2007-132.
21 Oordeel 2008/247, zie www.nationaleombudsman.nl.

tie en haar ten onrechte een verwijt heeft gemaakt van haar spontane en vrije houding tegenover collega's. Het was duidelijk de leidinggevende, aldus de Ombudsman, die onvoldoende afstand had genomen van de medewerkster en haar privé-aangelegenheden.
Noch het oordeel van de CGB noch dat van de Ombudsman is juridisch bindend, dus het is te hopen dat de gemeente de oordelen opvolgt. Opmerkelijk is dat de Ombudsman nog geen oordeel geeft over de vraag of de gemeente in het algemeen klachten over ongewenst gedrag onvoldoende ernstig neemt. De Ombudsman wil eerst afwachten of de door de gemeente aangekondigde cultuuromslag tot verbetering leidt. De Ombudsman verzoekt de gemeente daarom om hem na verloop van tijd te informeren over de vorderingen die zijn gemaakt bij het verbeteren van de cultuur, zodat de Ombudsman kan beslissen of tot een vervolgonderzoek moet worden overgegaan.

Rechtspraak in zaken die niet aan de CGB zijn voorgelegd

In 2008 zijn ook verschillende uitspraken gewezen in zaken waarin partijen niet (voorafgaand) naar de CGB waren gegaan. Zo oordeelde de kantonrechter Haarlem in een zaak, waarin een werkneemster na twee jaar ziekte, die het gevolg was van seksuele intimidatie door haar leidinggevende, was ontslagen, dat geen sprake was van kennelijk onredelijk ontslag. De werkgever was namelijk aanvankelijk niet van de intimidatie op de hoogte. Zodra hij op de hoogte raakte, had hij maatregelen getroffen.[22] Een werkgever heeft geen risicoaansprakelijkheid voor seksuele intimidatie, aldus de rechter. Mogelijk was deze zaak anders uitgevallen als de werkneemster zich op artikel 6:170
BW had gebaseerd. Dat artikel creëert namelijk wel een risicoaansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van personeelsleden, zoals intimidatie. Er moet dan wel voldaan zijn aan het criterium dat de opdracht tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden de kans op de intimidatie heeft vergroot.
De kantonrechter Groningen veroordeelde een werkgever tot betaling van een ontslagvergoeding conform de kantonrechtersformule met factor C=2,5, omdat geen adequate actie was ondernomen na een klacht over intimidatie van een werkneemster. Er was een formele klacht van de werkneemster bij de CEO (Chief Executive Officer) nodig om de werkgever in actie te krijgen.[23] De kantonrechter Enschede vond dat een werkgever onjuist gehandeld had door een onderzoek in te stellen naar beschuldigingen van discriminatie/intimidatie. De werkgever had er volgens de rechter beter aan gedaan een personeelsbijeenkomst te houden met alle personeelsleden, waarbij het probleem aan de orde zou zijn gesteld.[24] De rechter wijkt daarmee af van hetgeen inmiddels gangbaar is bij intimidatie/discriminatie, namelijk dat, als een klacht wordt ingediend, er een onderzoek wordt ingesteld en er zo nodig maatregelen worden genomen naar aanleiding daarvan. Werknemers die een klacht hebben ingediend, zitten waarschijnlijk niet te wachten op een bijeenkomst waarbij hun 'probleem' in alle openheid bediscussieerd wordt.
Het Europese Hof van Justitie heeft in 2008 slechts één arrest gewezen over discriminatie op grond van geslacht, namelijk in de zaak van de werkneemster die werd ontslagen tijdens een IVF-behandeling.[25] De vraag was vervolgens of er sprake was van ontslag tijdens zwangerschap. Het HvJEG oordeelde dat een zwangerschap begint

22 Ktr Haarlem 12 november 2008, *JAR* 2008/305; LJN: BG4499.
23 Ktr Groningen 31 maart 2008, *JAR* 2008/118.
24 Ktr Enschede 16 oktober 2008, *JAR* 2008/5.
25 HvJEG 26 februari 2008, *JAR* 2008/93 (Mayr).

op de dag waarop de door de man bevruchte eicellen in de baarmoeder van de vrouw worden geplaatst. Bij de werkneemster was dat niet het geval. Daarom kon zij geen bescherming ontlenen aan richtlijn 92/85 (de zwangerschapsrichtlijn). Het HvJEG voegde daar echter aan toe dat een ontslag wegens het volgen van een IVF-behandeling wel in strijd kan zijn met richtlijn 76/207, ook als er formeel juridisch nog geen sprake is van een zwangerschap, omdat alleen vrouwen deze fasen van een IVF-behandeling – eicelpunctie en plaatsing na bevruchting – ondergaan. Dat betekent dat een werkgever op een werkneemster die een IVF-behandeling ondergaat niet zonder meer dezelfde regels kan toepassen als op een werkneemster die vanwege andere omstandigheden, bijvoorbeeld ziekte, afwezig is, maar dat IVF op één lijn moet worden gesteld met zwangerschap en zwangerschapsgerelateerde ziekte voorafgaand aan het verlof.[26] De Commissie Gelijke Behandeling volgde deze benadering al eerder. In oordeel 2007-120 oordeelde zij namelijk dat een IVF-behandeling in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving gelijk moet worden gesteld aan zwangerschap, omdat met IVF wordt beoogd een zwangerschap te bewerkstelligen. Het Europese Hof volgt nu dezelfde koers.
Relevant is verder het arrest van het Europese Hof in de zaak Feryn.[27] Deze zaak heeft weliswaar betrekking op onderscheid naar ras, maar is ook voor onderscheid naar geslacht relevant, omdat in algemene zin is geoordeeld dat publieke discriminerende uitlatingen van een werkgever over het niet aannemen van bepaalde werknemers, discriminatie opleveren, ook al is er geen identificeerbare kandidaat die het slachtoffer is geworden van de aangekondigde discriminatie. Ook een anti-discriminatiebureau dat uit eigen naam optreedt en niet (tevens) namens en bepaalde kandidaat, kan in een procedure tegen een dergelijke werkgever als eisende partij optreden.

2 BEVOEGDHEID, ONTVANKELIJKHEID, AFWIJZING WEGENS GEBREK AAN BELANG EN KENNELIJK ONGEGRONDVERKLARING

In deze paragraaf worden vier oordelen besproken waarin de Commissie, door verschillende oorzaken, niet aan een inhoudelijke toets van de zaak toekwam, dat wil zeggen niet toekwam aan de vraag of sprake was van ongelijke behandeling. De eerste zaak betreft de handelwijze van het waterschapsbedrijf Limburg, inhoudende dat bij de tenaamstelling van belastingaanslagen standaard wordt gekozen voor de meerderjarige man in plaats van de meerderjarige vrouw (2008-71). De Commissie oordeelt dat deze handelwijze in strijd is met artikel 7 AWGB, welk artikel het maken van onderscheid naar geslacht bij het aanbieden van goederen of diensten verbiedt. Het heffen van belastingen door een waterschap is echter een typische overheidstaak. De Commissie is daarom niet bevoegd een oordeel te geven. Omdat de Commissie regelmatig klachten krijgt over het beleid van het Limburgse en andere waterschappen, merkt zij echter op dat het aanbeveling zou verdienen om in de beleidsregels die de waterschappen hanteren niet langer te bepalen dat uitgangspunt is dat, bij een keuzemogelijkheid, de aanslag wordt gesteld op naam van de meerderjarige man in plaats van de meerderjarige vrouw, maar om voor een sekseneutraal criterium te kiezen, zoals de oudste bewoner of degene die het langste in de basisadministratie staat ingeschreven, of iets dergelijks. Ook raadt de Commissie de waterschappen aan om

26 Zie uitgebreider A.G. Veldman, "Een nieuwe vrucht van sociale wetgeving?", *Sociaal Recht* 2008, nr. 11, p. 305-306.
27 HvJEG 10 juli 2008, *JAR* 2008/207; EHRM 2008/107, m. ann. M.H.S. Gijzen.

verzoeken van vrouwen om wijziging van de tenaamstelling niet langer af te wijzen onder verwijzing naar haar beleidsregels, maar deze voortaan in te willigen. De Commissie merkt hierbij nog op dat de overheid zich uit hoofde van, met name, artikel 5 van het Vrouwenverdrag, heeft verplicht om de vanzelfsprekendheid van de traditionele rolverdeling naar sekse te bestrijden en seksespecifieke stereotypen tegen te gaan. Bij de waterschappen ligt dus een mooie taak te wachten.
De CGB zegt in deze zaak geen oordeel te geven, maar doet dat in feite wel. Ons inziens is daar ook niets op tegen. Nu de CGB meerdere klachten over de waterschappen krijgt, vormde deze zaak een mooie gelegenheid om daarover het één en ander op te merken. Het gaat niet direct om een halszaak, maar het zou goed zijn als de waterschappen de aanbevelingen van de CGB ter harte zouden nemen.

In oordeel 2008-15 verklaarde de Commissie een man, die bezig was met de transformatie van man naar vrouw, niet-ontvankelijk in zijn klacht tegen een beroepsvereniging voor docenten weerbaarheid en zelfverdediging. De man volgde een opleiding tot docent weerbaarheid bij een cursusinstituut. De beroepsvereniging bemiddelde bij stages in het kader van de opleiding. Op enig moment gaf de beroepsvereniging aan pas weer voor de man te kunnen bemiddelen als zijn transformatie tot vrouw voltooid zou zijn. De man diende hier een klacht over in bij de Commissie. De Commissie stelt echter vast dat er geen contractuele relatie bestaat tussen de man en de beroepsvereniging. De beroepsvereniging heeft slechts een contractuele relatie met het opleidingsinstituut. Het handelen van de vereniging valt daarom niet binnen de reikwijdte van artikel 7 AWGB. Dit oordeel zou onbevredigend zijn als de man hierdoor geen uitspraak zou kunnen verkrijgen over het handelen van de beroepsvereniging. De man had echter tegelijkertijd een klacht ingediend tegen het opleidingsinstituut. In die klacht wordt hij wel ontvankelijk verklaard en wordt tevens geoordeeld dat sprake is van strijd met de wet (oordeel 2008-116). Het handelen van de beroepsvereniging wordt in die uitspraak toegerekend aan het opleidingsinstituut.

Opmerkelijk is de uitspraak over de Tilburgse vrouwentaxi (oordeel 2008-102). De CGB wees in deze zaak de klacht van de Rotterdamse Anti Discriminatie Actie Raad (Radar) af wegens gebrek aan belang. Dit is een afwijzingsgrond die, voor zover ons bekend, niet eerder in deze vorm door de CGB is gehanteerd. Op zichzelf is het oordeel van de Commissie goed te begrijpen. Een taxibedrijf heeft één van haar 36 taxi's tot vrouwentaxi bestempeld. Deze taxi is alleen beschikbaar voor vrouwen of voor mannen die worden vergezeld door een vrouw en wordt bestuurd door een vrouwelijke taxichauffeur. Staat een man onverhoopt op een standplaats waar zich op dat moment alleen de vrouwentaxi bevindt, dan duurt het vijf tot tien minuten voor er een andere taxi arriveert. In de praktijk schijnt het echter niet of vrijwel niet voor te komen dat de vrouwentaxi de enige taxi op een standplaats is. Radar heeft verder ter zitting toegegeven dat zij geen concrete klachten over de vrouwentaxi heeft gekregen. Het betreft dus een puur theoretische kwestie.
De Commissie oordeelt dat verzoeken om een oordeel niet behoeven te zijn gebaseerd op een concreet voorbeeld, maar dat er wel een belang van enige importantie moet zijn. Zonder voldoende belang komt niemand een vordering toe, aldus de CGB. Kennelijk sluit de CGB op dit punt aan bij artikel 14, eerste lid, sub b, AWGB, dat bepaalt dat de CGB geen onderzoek instelt als het belang van de verzoeker of het gewicht van de gedraging kennelijk ongegrond is. Opmerkelijk in dit verband is dat de CGB in andere zaken, waarin de vraag naar het belang ons inziens ook aan de orde had kunnen komen, wel een inhoudelijk oordeel heeft gegeven. Een voorbeeld hier-

van uit 2008 is de Opzij-kwestie.[28] Van wat langer geleden is het oordeel over de bermuda voor mannelijke tramconducteurs.[29] Als in die kwesties inhoudelijk is getoetst, waarom dan niet in de zaak over de vrouwentaxi? Daar staat tegenover dat een inhoudelijke toets waarschijnlijk tot het oordeel had geleid dat sprake is van een verboden vorm van discriminatie. Het reserveren van een taxi voor vrouwen en het alleen laten besturen van die taxi door vrouwen levert immers direct onderscheid naar geslacht op. Een dergelijk onderscheid is alleen gerechtvaardigd in de in de wet genoemde gevallen. Geen van deze gevallen doet zich hier voor. In die zin is wel te begrijpen dat, als de Commissie de vrouwentaxi niet als discriminatie wilde aanmerken, zij heeft gekozen voor de weg van artikel 14, eerste lid, sub b, AWGB. Naar onze mening is dat wel te billijken. Het zou jammer zijn als een initiatief als de vrouwentaxi, dat mogelijk juist een impuls kan geven aan de emancipatie van (sommige) vrouwen,[30] onmogelijk zou worden gemaakt door de gelijkebehandelingswetgeving.

Tot slot verdient oordeel 2008-129 vermelding. Ook in die zaak kwam de CGB niet aan een inhoudelijke toets toe, niet vanwege een gebrek aan belang, maar omdat de klacht van de verzoeker over discriminatie tijdens zijn opleiding tot huisarts te weinig aanknopingspunten bood om feiten boven tafel te halen die een vermoeden van discriminatie zouden kunnen rechtvaardigen. De Commissie verklaarde de klacht daarom kennelijk ongegrond.

3 ZWANGERSCHAP

3.1 Zwangerschap en deelname aan het arbeidsproces

Zes van de elf oordelen inzake zwangerschap en deelname aan het arbeidsproces hebben betrekking op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet wordt opgevolgd door een nieuw contract terwijl de werkneemster zwanger is of net terug is van zwangerschaps- en bevallingsverlof. In drie oordelen stelt de CGB vast dat de werkgever geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt (oordeel 2008-15, 2008-82 en 2008-150). In de andere drie oordelen kan de werkgever niet bewijzen dat de zwangerschap niet mede een rol heeft gespeeld bij de beslissing om de arbeidsovereenkomst niet te verlengen (oordelen 2008-94, 2008-61 en 2008-119) en daarom is de conclusie dat er sprake is van verboden onderscheid. Deze oordelen stemmen grotendeels overeen met de vaste jurisprudentie van de CGB. Oordeel 2008-15 is een lastige zaak. Het betreft een vrouw die tijdens haar zwangerschapsverlof door twee collega's wordt vervangen in de redactie van een televisieprogramma. Dit programma stopt en de twee collega's krijgen een plek in het redactieteam voor een nieuw programma. Voor de vrouw is daar geen plaats, zo blijkt na afloop van het verlof. Zij krijgt daarom geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. De CGB laat zich overtuigen door de werkgever dat de afwezigheid tijdens het verlof geen rol heeft gespeeld, maar dat de wens een vernieuwend team samen te stellen doorslaggevend is geweest.

---

28 Zie verder § 8.

29 Oordeel 2004-254. Zie verder hierover, en meer in het algemeen over het oordeel bij de damestaxi, de annotatie van Terpstra in deze Oordelenbundel.

30 De oprichtster verwacht dat vrouwen die vanwege hun geloofsovertuiging niet alleen bij een vreemde man in de auto mogen zitten, vaker in een vrouwentaxi zullen stappen. Ook verwacht zij dat het aantal vrouwelijke chauffeurs toeneemt als er meer vrouwentaxi's komen. In Londen, Mexico-Stad, Teheran en Dubai schijnen hiermee goede ervaringen te zijn opgedaan. Zie onder meer http://www.nu.nl/economie/1302984/tilburg-krijgt-vrouwentaxi-video.html, 25 januari 2009.

Oordeel 2008-85 betreft het ontslag van een zwangere werkneemster aan het begin van de proeftijd. De vrouw was door een werkervaringsbedrijf gevraagd te solliciteren naar de functie van trajectbegeleider. Na twee sollicitatiegesprekken werd zij aangenomen op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij aanvang van het dienstverband vertelde zij een directe collega dat zij zes weken zwanger was. Deze persoon mailde deze informatie door naar de directeur en diens vervanger. Enkele dagen daarna werd de zwangere werkneemster uitgenodigd voor een gesprek met de directeur. Het gesprek eindigde met de opzegging van de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang. Zij had in totaal elf uur bij het bedrijf gewerkt. In de brief waarin het ontslag werd bevestigd, gaf de werkgever als reden dat: "(…) in zo' n korte periode al duidelijk is geworden dat de functie van trajectbegeleider niet aansluit bij uw werkervaring en competenties." De werkneemster diende eerst een klacht in bij de CGB en verzocht en kreeg een spoedprocedure. Een week later vroeg zij in kort geding bij de kantonrechter doorbetaling van loon en de betaling van een bedrag als voorschot op de immateriële schadevergoeding.[31] Haars inziens was de zwangerschap de reden voor de opzegging en was het proeftijdontslag daarom niet rechtsgeldig. Een dag voor de zitting bij de kantonrechter vond de hoorzitting bij de CGB plaats. De Commissie zond het dictum van het oordeel met een korte toelichting naar partijen zodat de kantonrechter hierover nog geïnformeerd kon worden. CGB en kantonrechter zijn er allebei vanuit gegaan dat het proeftijdontslag is gegeven wegens de zwangerschap en dat de werkgever het onvoldoende functioneren niet aannemelijk heeft kunnen maken. Zowel het oordeel als de rechterlijke uitspraak geven blijk van een goed en deugdelijk onderzoek naar de gang van zaken. Het is wel opvallend dat de kantonrechter met geen woord rept over het oordeel van de CGB. Het gegeven dat de rechter alleen over dictum en toelichting kon beschikken, kan dit veroorzaakt hebben.
Oordeel 2008-10 en de beschikking van kantonrechter Amsterdam[32] van juli 2008 hebben betrekking op het verzoek van een uitgever om enige tijd na afloop van het zwangerschapsverlof de arbeidsovereenkomst met een werkneemster te ontbinden. De CGB stemt in met een spoedprocedure en de kantonrechter beschikt in deze zaak ruimschoots op tijd over het oordeel van de Commissie. De kantonrechter heeft het oordeel uitdrukkelijk meegewogen en belangrijke overwegingen van de Commissie zijn in de uitspraak opgenomen. In deze zaak speelde een mogelijk onvoldoende functioneren van de werkneemster een rol. Volgens de werkgever schoot zij duidelijk te kort in haar 'people management' ervaring. De bezwaren tegen haar functioneren werden door de werkgever aan de orde gesteld nadat de vrouw haar zwangerschap had gemeld. In de periode daarna tot kort voor het zwangerschapsverlof werd een verbetertraject in gang gezet. Die periode was relatief kort. Bij het oordeel van de CGB dat de werkgever het vermoeden van onderscheid op grond van geslacht niet heeft kunnen weerleggen, speelt dat een rol. De kantonrechter trekt een andere conclusie en is van mening dat dit vermoeden wel is weerlegd en dat er geen sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht. Een belangrijk verschil tussen de beide procedures is dat de kantonrechter in een tussenbeschikking de uitgever had opgedragen te bewijzen dat in de loop van 2007 een onhoudbare situatie was ontstaan door de wijze van leidinggeven van de werkneemster en haar wijze van rapporteren aan haar leidinggevende. In het kader van die bewijsopdracht heeft de kantonrechter de personen gehoord aan wie de werkneemster leiding gaf en haar eigen leidinggevende. De CGB heeft die personen niet gesproken. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsverhoudingen en kent

31 Rb Amsterdam, sector kanton 28 juli 2008, KK 08-613.
32 Rb Amsterdam, sector kanton 8 juli 2008, EA 07-3820.

daarbij de werkneemster een vergoeding naar billijkheid toe van € 42.500,-. De kantonrechtersformule zou in deze situatie geen passende maatstaf zijn, omdat die bij een betrekkelijk kort dienstverband, zoals van de werkneemster, een beperkte vergoeding zou opleveren, terwijl vaststond dat de werkneemster wel aanzienlijke nadelige gevolgen van het ontslag zou ondervinden. In de overwegingen van de rechter omtrent het toekennen van de vergoeding speelt de zwangerschap geen enkele rol.
Oordeel 2008-22 is een klassieker. Een vrouw krijgt een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar aangeboden voor de functie van secretaresse strategisch voorraadbeheer. Kort daarna meldt ze dat ze zwanger is. De werkgever trekt het aanbod in en stelt een andere persoon aan. Volgens de werkgever is niet de zwangerschap de reden geweest om het aanbod in te trekken, maar de beperkte beschikbaarheid. De CGB legt met verwijzing naar relevante jurisprudentie uit dat hiermee direct onderscheid op grond van geslacht is gemaakt omdat onderscheid op grond van (voorzienbare) afwezigheid wegens zwangerschapsverlof als een direct en onlosmakelijk gevolg van de zwangerschap wordt gezien en daarom op één lijn wordt gesteld met de zwangerschap zelf.
Artikel 2, zevende lid, Richtlijn 2002/73/EG (de richtlijn waarmee de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn, 76/207/EEG is herzien) en artikel 15 Richtlijn 2006/54/EG (herschikkingsrichtlijn) bepalen uitdrukkelijk dat een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft, na afloop van haar verlofperiode het recht heeft om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering in de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak zou hebben kunnen maken. Als dit recht niet geldend kan worden gemaakt, is er sprake van discriminatie. Bij de implementatie van de herzieningsrichtlijn is in de memorie van toelichting uitdrukkelijk overwogen dat deze rechten al voortvloeien uit het verbod van onderscheid naar geslacht en dat het niet nodig zou zijn deze concretisering van de norm in de wet vast te leggen.[33] In 2005 hebben wij ook al onze twijfels geuit of dit een juist standpunt is.[34] Het recht op terugkeer in de eigen functie of in een gelijkwaardige functie is een belangrijk recht en een heldere norm. Een extra reden om dit recht expliciet in de wet op te nemen, is het gegeven dat het te vaak voorkomt dat vrouwen na afloop van de verlofperiode hun eigen functie kwijt zijn en dan – zoals in oordeel 2008-19 – 'een onredelijk alternatief' krijgen aangeboden.
Het aanbieden van een onaantrekkelijke functie na de verlofperiode kan voor werkgevers een manier zijn om vrouwen weg te treiteren vanwege hun moederschap. In oordeel 2008-19 speelde de kwestie dat de functie van klaagster was opgeheven bij een reorganisatie tijdens de verlofperiode. Na terugkeer kreeg zij een functie in Frankfurt aangeboden, wat voor haar een onredelijk alternatief was. Vervolgens werd zij geplaatst in een lagere vervangende functie in Nederland en werden bestuursverantwoordelijkheden bij haar weggehaald. De CGB komt naar onze mening terecht tot de conclusie dat de werkgever verboden onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Een belangrijk gemis in dit oordeel is echter dat het recht op terugkeer in de eigen functie als zodanig niet is benoemd. Dat geldt ook voor oordeel 2008-26. De functiewijziging na terugkeer van het zwangerschapsverlof is door de Commissie beoordeeld op de vraag of deze wijziging een gevolg was van een klacht van de vrouw over seksuele intimidatie. Volgens de CGB heeft de werkgever wat dit betreft geen verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt. De Commissie weegt daarbij mee

33 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 5 en 6.
34 S.D. Burri en E. Cremers-Hartman, 'Geslacht', in: S.D. Burri (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers 2006, p. 51.

dat meer medewerkers vanwege een reorganisatie andere werkzaamheden zijn gaan verrichten. Naar onze mening had echter het recht op terugkeer in de eigen functie het uitgangspunt moeten zijn. Als die functie vanwege de reorganisatie was opgeheven, had de vrouw recht op een gelijkwaardige functie en dat recht had ze geldend moeten kunnen maken. Een werkgever die op dit punt nalatig is, handelt in strijd met het verbod van onderscheid op grond van geslacht. De vraag of andere medewerkers vanwege de reorganisatie ander werk hebben gekregen, is daarbij in het geheel niet van belang. De duidelijk norm dat een zwangere vrouw na afloop van de verlofperiode recht heeft op terugkeer in de eigen functie danwel een gelijkwaardige functie levert immers een ander toetsingskader op. De implementatietermijn van de herschikking- ofwel recast-richtlijn is op 15 augustus 2008 verstreken zonder dat dit tot aanpassing van wetgeving heeft geleid. Ons inziens zou de CGB alsnog in een advies moeten bepleiten dat het recht op terugkeer in de eigen functie of een gelijkwaardige functie expliciet in de wet wordt opgenomen.

3.2 Zwangerschap en beloning

Twee oordelen in 2008 betreffen beloningskwesties die samenhangen met afwezigheid wegens zwangerschap van een werkneemster. In beide gevallen gaat het om een soort bonusregeling die is gekoppeld aan de prestaties van een werknemer. De ene zaak betreft een kandidaat-notaris die, vanwege zwangerschap(s)gerelateerde klachten en afwezigheid door het geven van borstvoeding aan haar, in 2004 en 2006 geboren, kinderen gedurende deze jaren de voor haar vastgestelde targets niet heeft behaald en daarom geen (volledige) gratificatie heeft ontvangen.[35] De werkgever had bij de vaststelling van de targets wel rekening gehouden met het zwangerschaps- en bevallingsverlof. De Commissie oordeelt dat de werkgever onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door bij het bepalen van de targets onvoldoende rekening te houden met zwangerschap(sgerelateerde klachten), kolftijd en de omstandigheid dat tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof vakantiedagen worden opgebouwd, waardoor minder tijd overblijft om targets te behalen.
Het andere oordeel betreft een regeling waarbij een gedeelte van het loon wordt ingehouden en vervolgens een percentage tussen de 0 en 200% wordt uitgekeerd als resultaatsbonus. Het percentage is mede afhankelijk van de arbeidsprestaties en de economische omstandigheden. Bij afwezigheid ten gevolge van zwangerschap, bevalling en kolven wordt 100% van het ingehouden loon uitgekeerd. Een werkneemster ondervindt dan dus geen nadeel, maar kan evenmin voordeel behalen. Het bedrijf zelf en de ondernemingsraad vragen de Commissie of deze regeling in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving.[36] In een eerdere versie van de regeling werd geen bonus uitbetaald over perioden van zwangerschaps- en bevallingsverlof. De Commissie oordeelde toen, op verzoek van twee werkneemsters, dat onderscheid naar geslacht werd gemaakt.[37] Het bedrijf heeft de regeling vervolgens aangepast.
De Commissie oordeelt dat de nieuwe regeling niet discriminerend is. De regeling leidt ertoe dat zwangerschap, bevalling e.d. in feite geen gevolgen hebben voor de hoogte van het loon, omdat hetzelfde bedrag (100%) dat als normbonus wordt ingehouden, weer als resultaatbonus wordt uitgekeerd. Dat kan gunstig zijn in geval van slechte economische omstandigheden en ongunstig bij goede omstandigheden. De regeling is daarmee geslachtsneutraal.

---

35 Oordeel 2008-7.
36 Het betreft oordeel 2008-142. Het oordeel heeft ook betrekking op arbeidsduur en handicap en komt daarom ook aan de orde in de bijdrage van M. Baltussen over onderscheid op grond van arbeidsduur.
37 Oordeel 2006-185.

Concluderend kan gezegd worden dat de combinatie van resultaatgebonden beloningen en zwangerschap in de praktijk vragen blijft oproepen. Dat is eigenlijk onnodig. De Commissie volgt al jaren de vaste lijn dat, als het zwangerschaps- of bevallingsverlof, zwangerschapsgerelateerde ziekte voorafgaand aan het verlof, en kolven tot een lagere beloning leiden, er sprake is van onderscheid op grond van zwangerschap en daarmee op grond van geslacht. In oktober 2008 heeft de kantonrechter Utrecht zich in dezelfde zin uitgesproken, zoals is toegelicht in § 1.3.

4 WETTELIJKE UITZONDERINGEN

Direct onderscheid naar geslacht kan op grond van artikel 5 AWGB onder meer gerechtvaardigd zijn als het onderscheid nodig is ter bescherming van vrouwen (met name in verband met zwangerschap en moederschap) en bij voorkeursbeleid. Deze twee gronden kwamen aan de orde in een oordeel over een militair bij Defensie die een klacht indiende over het feit dat hij niet werd vrijgesteld van uitzending naar het buitenland, hoewel hij een kind had van jonger dan vijf jaar, terwijl vrouwelijke militairen met een kind onder de vijf wél vrijstelling kregen.[38] Defensie voerde aan dat dit beleid nodig was ter bescherming van vrouwen en het moederschap. Tijdens de procedure bij de CGB erkende Defensie echter dat deze bescherming alleen in het eerste levensjaar van het kind echt nodig is. Bovendien hield het beleid bij Defensie in dat mannen in een éénoudergezin wel vrijstelling konden krijgen, hoewel er dan geen vrouw beschermd hoefde te worden. De CGB oordeelt op basis van deze feiten dat het onderscheid dat in het beleid van Defensie wordt gemaakt niet noodzakelijk is ter bescherming van vrouwen. Wat betreft het voorkeursbeleid merkt de Commissie op dat Defensie weliswaar duidelijk heeft gemaakt dat er veel minder vrouwen dan mannen bij Defensie werken en dat vrouwen in die zin een achterstand hebben, maar dat zij betwijfelt of het gekozen middel – de vrijstelling – ertoe leidt dat er meer vrouwen in dienst komen. De mogelijkheid tot vrijstelling bestaat al jaren, maar lijkt niet tot een toestroom van vrouwelijke militairen geleid te hebben. De conclusie is dus dat er ongerechtvaardigd onderscheid naar geslacht is gemaakt.
De militair die de klacht bij de CGB had ingediend, heeft de zogeheten 'Vaderdagtrofee 2008' gekregen, een trofee die jaarlijks door een organisatie van vaders wordt uitgereikt om meer aandacht te vragen voor de positie van vaders in gezin en maatschappij.[39] Belangrijker is dat Defensie naar aanleiding van het oordeel van de Commissie haar beleid heeft aangepast. Mannelijke militairen met een kind onder de vijf jaar hebben voortaan het recht om één missie naar het buitenland over te slaan. De vrijstelling voor vrouwen blijft gehandhaafd. Het onderscheid tussen mannen en vrouwen is daarmee verkleind, maar niet weggenomen. Het valt bepaald niet uit te sluiten dat, als een vader zich nogmaals tot de Commissie zou wenden, het oordeel wederom zou zijn dat Defensie ongerechtvaardigd onderscheid naar geslacht maakt. Een betere aanpak lijkt te zijn om de vrijstelling of het recht om één of meerdere missies naar het buitenland over te slaan, te koppelen aan het hebben van een kind onder de vijf jaar, los van het geslacht van de ouder. Het is wel de vraag of Defensie in dat geval over voldoende militairen kan beschikken om missies naar het buitenland uit te voeren.

38 Oordeel 2008-52.
39 Zie http://vaderdagtrofee.blogspot.com/2008/10/21.html, 1 februari 2009.

5 SEKSUELE INTIMIDATIE, BEJEGENING EN INTIMIDATIE

Drie oordelen uit 2008 betreffen (seksuele) intimidatie. Alle drie gaan ze over de wijze waarop een werkgever een klacht heeft behandeld. In twee gevallen oordeelt de Commissie dat dit niet zorgvuldig is gebeurd. In het derde geval wijst ze de klacht af. Oordeel 2008-26 heeft betrekking op een werkgever die geen klachtenregeling had. Dat had nog geen probleem hoeven te zijn als de werkgever de klacht van de werkneemster, over intimiderende opmerkingen van een collega, adequaat en zorgvuldig had behandeld. De werkgever, dat wil zeggen de directeur, had echter, buiten medeweten van de werkneemster, de collega over de klacht aangesproken. Daarna had de werkgever niets meer gedaan. De klacht is vervolgens bekend geworden binnen de organisatie en de bewuste collega, en vervolgens ook andere collega's, zijn de werkneemster gaan negeren. Dit had niet hoeven te gebeuren, aldus de Commissie, als de werkgever enige tijd na de klacht was nagegaan of er verbetering in de situatie was opgetreden en of de werkneemster voldoende beschermd was tegen een eventuele negatieve bejegening. Een werkgever dient niet alleen een klacht correct te behandelen, maar ook nazorg te bieden.
In oordeel 2008-130 was er geen goed aanspreekpunt waar de werkneemster met haar klacht over intimidatie door de interim-manager terecht kon. De klachtenregeling bepaalde dat de werkneemster zich tot haar leidinggevende kon wenden of tot de directie. In haar geval zou zij dan echter steeds bij de interim-manager zou zijn uitgekomen, over wie de klacht nu net ging. Zij heeft zich toen gewend tot een lid van de Raad van Toezicht en vervolgens ook tot de bedrijfsarts, die tevens vertrouwenspersoon was. Beide personen hebben, afgezien van een advies aan de werkneemster, geen stappen ondernomen. De Commissie acht dit geen juiste handelwijze. De werkgever heeft bovendien te weinig voortvarend gehandeld. Een jaar later moest de klacht, die inmiddels bij de Commissie van Tucht en Toezicht van de Raad voor Interim Management en het IM-register lag, nog behandeld worden.
In de derde zaak wees de Commissie de klacht van, ditmaal, een mannelijke werknemer over de wijze van klachtbehandeling door zijn werkgever af.[40] De werkgever had hoor en wederhoor gepleegd, was voortvarend opgetreden en had een verklaring opgesteld die door alle betrokken partijen, ook de werknemer, ondertekend was. De werkgever hoefde de klacht die de werknemer tweeënhalf jaar na het einde van zijn dienstverband had ingediend over de wijze van klachtbehandeling destijds, niet opnieuw uitvoerig te behandelen.

6 BELONING

De Commissie sprak in 2008 drie oordelen uit in zaken waarin een werkneemster stelde dat zij een lagere beloning ontving dan haar mannelijke collega. In alle drie de zaken liet de Commissie een loontechnisch onderzoek uitvoeren en in alle drie de zaken was de conclusie dat sprake was van onderscheid naar geslacht. In oordeel 2008-53 was dit het meest evident. In die zaak verdiende een boekhoudkundig medewerkster bijna 40% minder dan haar mannelijke collega die hetzelfde werk deed. Dit verschil werd vooral veroorzaakt door de verschillende verwachtingen die de werkgever van beide werknemers had. De werkneemster had in de eerste maanden van het dienstverband een beperkte kennis van jaarrekeningen. Van haar collega had de werkgever aanvankelijk hoge verwachtingen vanwege zijn arbeidsmarktervaring

40 Oordeel 2008-152.

en omdat hij Mandarijn sprak, wat handig was met het oog op het klantenbestand van de werkgever. De werkgever hoopte de collega in de toekomst wellicht bedrijfsleider te maken. Uiteindelijk viel het functioneren van de collega tegen en dat van de werkneemster mee, maar niettemin bleef het verschil in salaris bestaan.
De CGB concludeert dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht. Zij geeft ook nog een paar adviezen mee: niet belonen op basis van een toekomstverwachting en bij voorkeur niet aansluiten bij het laatstverdiende salaris elders. Het laatstverdiende salaris zegt namelijk niets over de waarde van de te verrichten arbeid, noch over de kwaliteit van de uitvoering van die arbeid. Bovendien worden loonverschillen tussen mannen en vrouwen hierdoor bestendigd.
De Commissie deed deze aanbeveling over het laatstgenoten salaris ook al in een eerder oordeel uit 2008: oordeel 2008-23.[41] Die zaak betrof een schoolmaatschappelijk werkster die tegelijk in dienst was getreden met een mannelijke collega, hetzelfde werk was gaan doen, méér ervaring had toen ze begon (de maatman had zijn opleiding nog niet af), maar na zeven jaar ruim € 9.000,- bruto minder had verdiend dan haar maatman en een lager uurloon had, namelijk € 17,72 per uur tegenover € 18,96 van de maatman. De oorzaak van dit verschil bleek vooral te liggen in het feit dat de directeur, in afwijking van afspraken die eerder tussen de maatman en de afdeling P&O waren gemaakt, aan de maatman, na het afronden van zijn opleiding, vier extra periodieken had toegekend. Met het functioneren van de maatman had dit verder niets te maken. De Commissie concludeerde dan ook dat niet inzichtelijk was waarom aan de maatman een hoger salaris werd betaald. Derhalve was sprake van onderscheid naar geslacht.
Het derde oordeel betrof een iets ingewikkelder casus, omdat het daarin niet alleen ging om een verschil in beloning voor werk van gelijke waarde, maar ook om een beloningssysteem dat tot indirecte discriminatie van vrouwen leidde (oordeel 2008-20). Het ging in deze zaak om een middelbare school die op enig moment een nieuw functiewaarderingssysteem invoerde. Daarbij werden de docenten die een HOS-garantie hadden, dat wil zeggen een garantie dat zij een bepaalde salarisschaal en salaristrede zouden behouden, in een zogeheten C-functie geplaatst, waardoor er nog maar weinig C-functies overbleven voor docenten zonder HOS-garantie. De meeste docenten met een HOS-garantie waren mannen. Het discriminerende effect van deze wijze van inschaling werd nog versterkt doordat de school ook een aantal docenten die geen HOS-garantie hadden, maar naar het oordeel van de school naar een hoger salarisniveau zouden kunnen doorstromen, alsnog een HOS-garantie toekende, waardoor zij aanspraak konden maken op een C-functie. Verzoekster, een docente zonder HOS-garantie, maar met de competenties voor een C-functie, kon hierdoor niet in een C-functie geplaatst worden. De Commissie stelde op basis van het loontechnische onderzoek vast dat deze wijze van inschaling statistisch gezien vrouwelijke docenten had benadeeld. De school kon hiervoor geen valide objectieve rechtvaardiging aanvoeren, zodat sprake was van verboden onderscheid naar geslacht, niet alleen bij de beloning – omdat de docente minder verdiende dan een collega die hetzelfde werk deed – maar ook bij de doorstroming.

Uit de oordelen van de Commissie blijkt dat ongelijke beloning een punt van aandacht dient te blijven. De wijze van oordelen van de Commissie is helder. De loontechnische onderzoeken zijn waardevol, omdat daarmee inzichtelijk kan worden gemaakt hoe beloningsverschillen precies tot stand komen. Misschien zou de rechterlijke macht dit instrument ook kunnen inzetten bij geschillen over ongelijke belo-

41 En daar weer voor ook al in oordeel 2006-97.

ning, bijvoorbeeld door een deskundige de opdracht te geven een loontechnisch onderzoek uit te voeren.

7 PENSIOENEN

In 2008 is slechts één oordeel uitgesproken over een mogelijk onderscheid naar geslacht in een pensioenregeling (2008-31). Dit oordeel wordt in deze oordelenbundel ook in het overzicht van Strijkers besproken voor wat betreft de grond burgerlijke staat. Het ging in dit oordeel om een datatypiste bij een accountantskantoor voor wie geen pensioenregeling was getroffen. De werkneemster stelde dat de werkgever onderscheid naar geslacht had gemaakt omdat voor meer mannen dan vrouwen een pensioenvoorziening was getroffen. De werkgever beriep zich onder meer op verjaring. Daartoe stelde hij dat de werkneemster al tijdens het dienstverband van mening was dat de werkgever onderscheid maakte bij de pensioenvoorziening, maar niettemin een termijn van meer dan vijf jaar had laten verlopen.[42]
De CGB verwerpt het verjaringsverweer op de grond dat het vaststellen van een eventuele verjaringstermijn een taak is van de rechter en niet van de Commissie. De Commissie kan slechts beoordelen of sprake is een verboden onderscheid op grond van de gelijkebehandelingswetgeving. De Commissie oordeelt vervolgens dat de werkgever pensioentoezeggingen kennelijk op individuele basis deed. Bij de werknemers die vanaf 1990 in dienst zijn getreden, is daarbij geen onderscheid gemaakt naar geslacht, omdat aan één mannelijke en één vrouwelijke werknemer een pensioentoezegging was gedaan. Waar het gaat om de werknemers die in 1990 al in dienst waren, is komen vast te staan dat beduidend meer vrouwen verstoken bleven van een pensioenregeling dan mannen. De Commissie voelt er echter niet voor om op deze gegevens een vermoeden van onderscheid naar geslacht te baseren, gelet op de situatie sinds 1990 (waarin geen onderscheid werd gemaakt) en het tijdsverloop, en wijst daarom de klacht van de datatypiste af.
Indirect past de CGB hier toch een soort van verjaringsregel toe. Het is de vraag of dat correct is. Als de CGB dat toch doet, dan moet ook nagegaan worden of daadwerkelijk van verjaring sprake is of dat de verjaringstermijn wellicht pas is gaan lopen toen de werkneemster, ten tijde van haar pensionering, merkte dat zij geen pensioen bij haar werkgever had opgebouwd. Als de CGB geen verjaringsregel toepast, dan valt niet in te zien waarom geen vermoeden van onderscheid naar geslacht wordt aangenomen. Het feit dat er na 1990 kennelijk geen onderscheid is, wil immers niet zeggen dat dit er vóór 1990 ook niet was. De Commissie is daarom naar ons gevoel in deze zaak te snel met haar oordeel.

8 OVERIGE OORDELEN OVER TOEGANG EN DEELNAME AAN DE ARBEID

Zes van de tien oordelen over toegang en deelname aan de arbeid hebben betrekking op de manier waarop een functie werd aangeboden in een personeelsadvertentie. Vier keer gaat het om een wervingstekst die zowel naar geslacht als leeftijd verwijst: 'dames van dertig jaar of ouder' , 'voorkeur voor een mannelijke kandidaat tussen 20 en 25 jaar', 'jonge man voor diverse schoonmaakwerkzaamheden' en 'jongedame voor

42 Vijf jaar is de duur van de verjaringstermijn naar civiel recht. Vgl. art. 3:310, eerste lid, BW.

lichte catering werkzaamheden, minimumleeftijd achttien jaar'.[43] De CGB oordeelt terecht dat deze advertenties in strijd met de wet zijn.
Oordeel 2008-2 betreft de vraag of de vermelding m/v achterwege kan blijven in de advertentietekst bij de werving voor de functie Hoofd Medische Dienst. Volgens de werkgever moet dat kunnen omdat dit een neutrale functiebenaming is. De CGB oordeelt dat dit in strijd is met artikel 3 WGB m/v omdat het vierde lid alleen de keuze laat tussen ofwel het gebruik van de vrouwelijke en mannelijke functiebenaming ofwel de toevoeging dat zowel mannen als vrouwen voor de functie in aanmerking komen. Deze strikt geformuleerde bepaling laat geen ruimte voor een neutrale functiebenaming en lijkt inmiddels wel aan herziening toe.
Oordeel 2008-48 betreft een advertentie waarin de voorkeur wordt uitgesproken voor een mannelijke kandidaat met een migranten- of vluchtelingenachtergrond voor de functie projectleider/trainer diversiteit. De reden voor deze voorkeur was dat het zou gaan om een ras- en geslachtbepaalde functie. De CGB oordeelde dat dit niet het geval was en dat er evenmin reden was voor het voeren van een voorkeursbeleid. Zie uitgebreider over dit oordeel de bijdrage aan deze bundel van Davidovic & Van Walsum over de grond ras.

Oordelen 2008-148 en 149 betreffen de klacht van een man die via een uitzendbureau solliciteert naar de functie casebehandelaar bij een verzekeringsmaatschappij. Het uitzendbureau wijst de man af omdat hij overgekwalificeerd zou zijn. De man meent dat er sprake is van onderscheid op grond van leeftijd en geslacht door het uitzendbureau en eveneens door de verzekeringsmaatschappij omdat deze opdracht zou hebben gegeven hem af te wijzen. Volgens de CGB heeft het uitzendbureau wel indirect onderscheid op grond van leeftijd gemaakt, maar geen onderscheid op grond van geslacht (oordeel 2008-148). De man voerde aan dat vooral vrouwen voor de betrokken functie worden aangenomen en dat daarom onderscheid naar geslacht wordt gemaakt. De Commissie oordeelt dat de verwijzing naar het feit van algemene bekendheid, dat op de arbeidsmarkt meer vrouwen dan mannen in administratieve functies werken, onvoldoende feitelijke onderbouwing oplevert voor de stelling dat er sprake is van onderscheid op grond van geslacht. Volgens de Commissie heeft de verzekeringsmaatschappij geen opdracht tot het maken van onderscheid gegeven omdat het bedrijf een neutrale functiebeschrijving aan het uitzendbureau had geleverd en verder de werving en selectie volledig aan dit bureau had overgedragen.

Maakt een ziekenhuis direct onderscheid op grond van geslacht en indirect onderscheid op grond van leeftijd bij de vervulling van een openstaande betrekking en bij de sollicitatieprocedure? In oordeel 2008-99 beantwoordt de CGB deze vraag ontkennend. De klager slaagt er niet in feiten naar voren te brengen die onderscheid op grond van geslacht of leeftijd kunnen doen vermoeden.

Het Opzij-oordeel (2008-39) is het laatst te bespreken oordeel van deze paragraaf. Het is een mooi en zeer lezenswaardig oordeel en goed bruikbaar om de reikwijdte van het verbod van onderscheid op grond van geslacht en de beperkingen van de huidige wetgeving mee te illustreren. De hoofdvraag is of het geoorloofd is alleen vrouwen in aanmerking te laten komen voor de functie van kernredactielid van Opzij omdat het vrouw-zijn een noodzakelijke functie-eis is om de feministische doelstelling te verwezenlijken. De CGB beantwoordt systematisch de vraag of een tijdschriftredactie een instelling is, en vervolgens of en wanneer sprake kan zijn van een instel-

43 Respectievelijk: oordeel 2008- 117, oordeel 2008-47, oordeel 2008-118 en oordeel 2008-155.

ling op levensbeschouwelijke of politieke grondslag. De Commissie verwijst waar nodig naar de parlementaire geschiedenis van de AWGB. Het oordeel is om die reden een mooi naslagwerk. De CGB oordeelt dat de redactie van Opzij, gezien de invulling die zij geeft aan haar feministische identiteit, moet worden beschouwd als een instelling op politieke grondslag. De overwegingen zijn dat het feminisme richtinggevend is voor het handelen van de tijdschriftredactie en dat de redactie structurele maatschappelijke veranderingen beoogt te bewerkstelligen vanuit een consistente visie die zij niet alleen onder de aandacht van haar lezers brengt maar ook van een breder publiek. Na deze vaststelling kan de Commissie de vraag of de redactie van Opzij een instelling op levensbeschouwelijke grondslag is buiten beschouwing laten.
De vraag of het beleid om slechts vrouwen te benoemen als kernredacteur noodzakelijk is voor de vervulling van de functie, beantwoordt de CGB ontkennend. Voor de redactie van Opzij is een feminist een vrouw die vrouwendiscriminatie bestrijdt en naar een samenleving streeft waarin andere, niet op mannelijk leest geschoeide, normen gelden en recht wordt gedaan aan ervaringen die uitsluitend vrouwen raken. De CGB is er niet van overtuigd geraakt dat het onmogelijk is dat één of meer mannen een geschikte kandidaat zouden kunnen zijn voor de functie van lid van de kernredactie. Mannen zouden niet per definitie en uitsluitend omdat ze man zijn onvoldoende voeling hebben met de doelgroep en het gedachtegoed van de tijdschriftredactie. De CGB geeft wel aan dat het aannemelijk is dat vrouwen vaker geconfronteerd worden met discriminatie op grond van geslacht en eerder aanlopen tegen onzichtbare dominante standaarden dan mannen. Het subsidiaire beroep op voorkeursbeleid stuit af op de eisen die het Hof van Justitie van de EG stelt. Een werving en selectie alleen onder vrouwen is daarmee in strijd.
Het beroep van Opzij op het vervullen van een voorbeeldfunctie en het belang om te laten zien dat een geheel uit vrouwen bestaande redactie met succes een tijdschrift kan uitgeven, stuit volgens de Commissie af op de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving die symmetrisch is geformuleerd. De CGB geeft aan dat daarmee wordt bedoeld dat niet alleen een andere behandeling van vrouwen, maar ook van mannen is verboden. Het is jammer dat de CGB niet met een concreet voorbeeld de betekenis hiervan uitlegt en evenmin zegt dat dit betekent dat voor de wetgever de structurele achterstandspositie van vrouwen niet als vertrekpunt geldt.
Ook had de CGB ons inziens uitvoeriger kunnen ingaan op het beroep op de voorbeeldfunctie. Opzij is met de vrouwelijke samenstelling van de redactie weliswaar niet uniek – uit navraag bij de CGB is ons gebleken dat diverse tijdschriftredacties (vrijwel) uitsluitend uit vrouwen bestaan – maar voor Opzij is dit een bewuste keuze die samenhangt met de feministische uitgangspunten. Het beroep van de redactie van Opzij sluit ons inziens aan bij de norm van artikel 5 Vrouwenverdrag. In deze bepaling ligt vast dat het doorbreken van stereotype denkbeelden deel uitmaakt van het verbod van vrouwendiscriminatie. Dit is een asymmetrische norm die binnen het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht een rol moet spelen omdat ook het Vrouwenverdrag deel uitmaakt van onze rechtsorde. De CGB heeft in een later oordeel – oordeel 2008-71 dat reeds in paragraaf twee is besproken – wel naar de betekenis van artikel 5 Vrouwenverdrag verwezen en had dit ook hier kunnen doen.
De CGB sluit het oordeel af met een uitgebreide overweging ten overvloede die gewijd is aan de ingebrekestelling van de Europese Commissie van 31 januari 2008. Vergelijk hierover ook de Inleiding bij deze oordelenbundel.

9 HET AANBIEDEN VAN GOEDEREN EN DIENSTEN

Vier oordelen uit 2008 gaan over het aanbieden van goederen en diensten en niet over arbeid. Twee hiervan worden verder niet besproken. In oordeel 2008-107, over een eventueel onderscheid bij het bieden van sociale bescherming, spelen geen bijzondere rechtsvragen. Oordeel 2008-116, waarin de klager aanvoert dat een opleidingsinstituut onderscheid naar geslacht heeft gemaakt, door pas stagebemiddeling te willen aanbieden als zijn geslachtsverandering van vrouw naar man voltooid is, is al besproken in § 2.

Oordeel 2008-6 betreft de vraag of een verzekeraar bij het hanteren in zijn polis van een uitsluitingsclausule voor surmenageklachten en bij het weigeren van een arbeidsongeschiktheidsverzekering onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Volgens verzoeker, een tandarts, zijn het opnemen van de uitsluitingsclausule en het weigeren van de arbeidsongeschiktheidsverzekering namelijk ingegeven door zijn transseksualiteit.
De Commissie wijst de klacht af. De Commissie stelt vast dat de rechtsvoorgangster van de verzekeraar inderdaad een uitsluitingsclausule heeft opgenomen onder verwijzing naar de transseksualiteit van verzoeker. Daarbij is echter niet de transseksualiteit als zodanig bepalend geweest, maar het verhoogde risico op arbeidsongeschiktheid dat daaruit voortvloeit. De huidige verzekeraar heeft de clausule bovendien ongezien overgenomen toen verzoeker gebruik maakte van een aanbod om, zonder enige keuring vooraf, met de op dat moment geldende polis, maar tegen een lager tarief, over te stappen van de ene verzekeringsmaatschappij naar de andere.
Ten aanzien van de weigering om een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan te bieden, die verzoeker had aangevraagd omdat hij zich als zelfstandige wilde gaan vestigen, oordeelt de Commissie dat de verzekeraar voldoende duidelijk heeft gemaakt dat deze weigering verband hield met de langdurige periode van arbeidsongeschiktheid die verzoeker in het voorgaande jaar had gekend (vanwege zijn geslachtsveranderende operatie) en niet met de reden daarvoor. Was verzoeker arbeidsongeschikt geweest vanwege een andere oorzaak, dan was de verzekering ook geweigerd.
Het oordeel van de CGB komt overtuigend over en datzelfde geldt voor het verweer van de verzekeraar dat het risico op arbeidsongeschiktheid bepalend is geweest voor haar opstelling en niet de achtergrond daarvan. Eventueel kan de vraag gesteld worden of geen sprake is van indirecte discriminatie als door het hanteren van een neutraal criterium – risico op arbeidsongeschiktheid – een bepaalde groep, namelijk transseksuelen, benadeeld wordt bij het sluiten van een verzekering, omdat zij door hun operatie een groter risico op gezondheidsklachten lopen. In dat geval zou onderzocht moeten worden of de kosten die verzekeraars in een dergelijk geval zouden (kunnen) hebben, voldoende rechtvaardiging vormen voor het maken van onderscheid. Het manco van een dergelijke redenering is dat transseksuelen dan op een gunstiger behandeling zouden kunnen rekenen bij door hun operatie veroorzaakte gezondheidsklachten dan andere mensen. Dat lijkt ook weer niet de bedoeling. Het ondergaan van een geslachtsveranderende operatie mag niet tot gevolg hebben dat een betrokkene daarvan nadeel ondervindt, maar het lijkt ook niet redelijk als hieraan (verzekerings)voordelen zijn verbonden die andere verzekerden niet hebben.

Een vierde oordeel over goederen en diensten heeft betrekking op de seizoenskaarten van voetbalclub ADO Den Haag.[44] Een supportersvereniging had geklaagd dat sprake zou zijn van onderscheid naar geslacht, omdat mannelijke supporters door het ver-

44 Oordeel 2008-25.

eiste dat voor bepaalde vakken (de vakken met het beste zicht) alleen een seizoensclubkaart kan worden aangeschaft als die ook voor een kind wordt gekocht, benadeeld zouden worden ten opzichte van vrouwen. De Commissie kan dit standpunt niet volgen. Mogelijk is er sprake van onderscheid op grond van burgerlijke staat,[45] maar het is op geen enkele wijze gebleken dat mannelijke supporters door het combinatievereiste relatief zwaarder zouden worden getroffen dan vrouwelijke.

10 TOT SLOT

De CGB heeft in het jaar 2008 op het terrein van geslacht verschillende oordelen gegeven die de nodige publiciteit hebben opgeleverd. Opvallend is dat dit bepaald niet de oordelen zijn die maatschappelijk het meest relevant zijn. Of een vrouwentaxi nu wel of niet voor mannen toegankelijk is en of een man al dan niet deel uit kan maken van de redactie van Opzij doet er voor de maatschappij als geheel weinig toe. Wel relevant is dat nu ook mannelijke militairen met kinderen onder de vijf jaar tot op zekere hoogte vrijgesteld kunnen worden van uitzending naar het buitenland. De belangrijkste conclusie over 2008 is echter dat er op sommige terreinen klachten blijven komen, hoewel er inmiddels al vele oordelen zijn uitgesproken. Discriminatie bij zwangerschap blijft een hardnekkig probleem en het adequaat behandelen van een klacht bij seksuele intimidatie blijkt ook anno 2008 nog steeds niet eenvoudig te zijn. Aandacht van de Commissie voor deze zaken blijft dus welkom. Het is daarom goed dat veel oordelen voorzien zijn van duidelijke adviezen aan werkgevers hoe de zaken in het vervolg aan te pakken. Voor zover bekend, lijken deze adviezen ook regelmatig te worden nagevolgd.[46]

Een ander aandachtspunt is het recht op terugkeer naar de eigen functie of een vergelijkbare functie na het einde van het zwangerschaps- en bevallingsverlof. In 2008 is dit recht door de CGB in haar oordelen niet expliciet als toetsingsnorm gehanteerd. Dat is onterecht. De CGB zou er goed aan doen hierover een advies uit te brengen aan het kabinet en daarin te bepleiten dat dit recht alsnog in de WGB wordt opgenomen. In de praktijk blijken op dit punt namelijk regelmatig problemen te ontstaan.

In § 6 is geconstateerd dat de oordelen van de CGB over gelijke beloning bijzonder verhelderend zijn. De loontechnische onderzoeken van de Commissie zijn waardevol omdat hiermee inzichtelijk wordt gemaakt hoe beloningsverschillen tot stand komen. Nu de Arbeidsinspectie meer toezicht zal gaan houden op de naleving van het beginsel van gelijke beloning (vgl. § 1.2) is het belangrijk dat de oordelen van de CGB daarbij een duidelijke rol gaan spelen.

45 Zie daarover het overzicht van Strijkers in deze oordelenbundel.
46 Zie bijvoorbeeld oordeel 2008-152 en oordeel 2008-142.

Overzicht van oordelen 2008 over de grond geslacht

2008-1K

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verzoekster is niet ontvankelijk in haar verzoek**

Samenvatting:
Inventarisatie meningen over op te stellen functieprofiel burgemeester niet bestreken door gelijkebehandelingswetgeving.

In de gemeente Rotterdam komt de functie burgemeester vrij. Een antidiscriminatiebureau meent dat het College van Burgemeester en Wethouders van Rotterdam onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt wanneer hij onder de bevolking meningen inventariseert met betrekking tot het gewenste functieprofiel. In de campagne wordt de nieuwe burgemeester consequent met 'hij' aangeduid, al wordt als mogelijke zienswijze tevens gegeven: "Hij moet een vrouw zijn." De Commissie overweegt dat de gelijkebehandelingswetgeving slechts ziet op het moment van werving en selectie tot en met het eind van een arbeidsbetrekking, zodat het antidiscriminatiebureau niet ontvankelijk is in haar verzoek.

2008-6

Terrein: **leveren van en toegang tot goederen en diensten**
Dictum: **geen onderscheid**

Samenvatting:
Transseksualiteit heeft geen rol gespeeld bij opnemen uitsluitingsclausule in polis arbeidsongeschiktheidsverzekering voor mensen in loondienst noch bij afwijzing arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen.

Een man stelt dat een verzekeringsmaatschappij, vanwege zijn transseksualiteit, in de polis van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering (voor werknemers in loondienst) een clausule hanteert, waardoor hij niet is verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid wegens psychische klachten. Ook meent de man dat de afwijzing van zijn aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering (voor zelfstandigen) verband houdt met zijn transseksualiteit.
De Commissie stelt vast dat de verzekeraar de uitsluitingsclausule ongezien heeft overgenomen toen de man gebruik maakte van een aanbod om zonder enige keuring vooraf, met de op dat moment geldende polis, maar tegen een lager tarief, over te stappen naar deze verzekeringsmaatschappij. Derhalve is geen sprake van onderscheid op grond van geslacht.
Ook bij de weigering van de arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft de transseksualiteit geen rol gespeeld. Bij deze laatste beslissing was de langdurige arbeidsongeschiktheid van de man, kort voor de aanvraag van de verzekering, de reden om de verzekering te weigeren.

2008-7

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
Onderscheid op grond van geslacht door bij het vaststellen van prestatienormen onvoldoende rekening te houden met de gevolgen van zwangerschap en moederschap.

Een vrouw is sinds 1997 als kandidaat-notaris in dienst bij haar werkgever, een juridisch dienstverlener. In 2004 en 2006 is zij bevallen van haar kinderen en zij heeft daarna gedurende een aantal maanden borstvoeding gegeven. Zij heeft gedurende een aantal jaren de voor haar vastgestelde targets niet behaald. Dit heeft ertoe geleid dat zij een aantal jaren geen (volledige) gratificatie heeft ontvangen en dat haar werkgever haar heeft voorgesteld haar arbeidsovereenkomst te beëindigen.
De vrouw stelt dat het niet behalen van de targets haar oorzaak vindt in haar zwangerschap en moederschap. De Commissie oordeelt dat de werkgever onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door bij het bepalen van de targets onvoldoende rekening te houden met zwangerschap(sgerelateerde klachten), kolftijd en de omstandigheid dat tijdens zwan-

gerschaps- en bevallingsverlof vakantiedagen worden opgebouwd, waardoor er minder tijd overblijft om targets te behalen. Aanbeveling.

2008-10

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van geslacht bij het voornemen een arbeidsovereenkomst te beëindigen, omdat bij dit besluit de ingangsdatum van het zwangerschapsverlof mede een rol heeft gespeeld.

Een uitgever heeft besloten de arbeidsovereenkomst met een vrouw te beëindigen na afloop van haar zwangerschapsverlof .
De Commissie is van oordeel dat de vrouw voldoende feiten heeft aangevoerd die doen vermoeden dat de tijd die de vrouw is gegeven haar functioneren te verbeteren en het tijdstip waarop is besloten de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten, mede zijn bepaald door de ingangsdatum van het zwangerschapsverlof. De werkgever heeft het tegendeel niet kunnen bewijzen en heeft jegens de vrouw verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt.

2008-15

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Een regionale radio- en televisieomroep weerlegt het vermoeden van onderscheid op grond van geslacht.

Een vrouw werkte aan een televisieprogramma voor een regionale televisieomroep en werd tijdens haar zwangerschapsverlof vervangen door twee collega's. Het is onbetwist dat de vrouw goed functioneerde. Tevens staat vast dat haar leidinggevende zich positief had uitgelaten over de mogelijkheden voor een aanstelling voor onbepaalde tijd. Tijdens haar verlof stopte het programma waaraan zij werkte en werd er een redactieteam gevormd ten behoeve van een nieuw programma. Na haar zwangerschapsverlof kreeg de vrouw te horen dat zij geen deel zou uit maken van het nieuwe team en haar twee collega's wel. Voornoemde feiten leveren een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht op. De omroep heeft evenwel overtuigend beargumenteerd dat de afwezigheid van de vrouw wegens haar zwangerschap geen rol heeft gespeeld in de beslissing haar niet te selecteren voor het nieuwe team.

2008-19

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet; geen victimisatie

Samenvatting:
Onderscheid op grond van geslacht (zwangerschap-moederschap) bij de arbeid (demotie). Bewijslastverdeling.

Een internationaal bedrijf maakt onderscheid op grond van geslacht (zwangerschap-moederschap) bij de arbeidsvoorwaarden door de functie van een werknemer, de *general manager* in Nederland, op te heffen na haar eerste zwangerschapsverlof, door haar een onredelijk alternatief in Frankfurt aan te bieden, door haar vervolgens in een lagere vervangende functie in Nederland te plaatsen en door haar bestuursverantwoordelijkheden af te nemen in deze lagere functie. De werkgever is er niet in geslaagd het vermoeden van onderscheid te weerleggen. Tevens een onzorgvuldige klachtbehandeling. Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen victimisatie.

2008-20

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting
Onderscheid op grond van geslacht bij beloning en doorstroming vrouwelijke docent.

Een vrouw werkt op een school voor voortgezet onderwijs als docent Duits. Zij is benoemd in een B-functie en is ingeschaald in de bijbehorende salarisschaal. Zij stelt dat zij ongelijk wordt beloond ten opzichte van drie mannelijke collega's, die in de C-functie zijn benoemd. Voorts stelt zij dat de doorstroming van B-docenten is beperkt, doordat de school aan docenten met een HOS-salarisgarantie vrijwel automatisch een C-functie heeft toegekend, hetgeen volgens de docente leidt tot onderscheid op grond van geslacht.
Geconstateerd wordt dat zij zich voor wat betreft haar inschaling kan vergelijken met één van de drie aangewezen maatmannen. Aangezien zij lager is ingeschaald dan deze maatman terwijl tussen partijen vaststaat dat zij arbeid van tenminste gelijke waarde verricht, is sprake van direct onderscheid op grond van geslacht. Ten aanzien van de doorstroming wordt ge-

constateerd dat de doorgroeimogelijkheden van docenten zonder HOS-salarisgarantie kleiner waren dan die van docenten met zo'n garantie.
Het aanvankelijk toekennen van de C-functie aan uitsluitend docenten met een HOS-salarisgarantie is gemiddeld genomen in het nadeel van vrouwelijke docenten. Hierdoor ontstaat onderscheid op grond van geslacht, waarvoor geen objectieve rechtvaardiging is aangevoerd.

2008-22

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een woningcorporatie handelt in strijd met de wet door met een zwangere vrouw geen arbeidsovereenkomst aan te gaan vanwege haar beperkte beschikbaarheid, die het gevolg is van haar zwangerschap.

De werkgever had aan de vrouw een arbeidsovereenkomst aangeboden voor de periode van één jaar. Nadat de vrouw had verteld dat zij zwanger was, kwam zij niet langer in aanmerking voor de functie. De werkgever noemt als reden de beperkte beschikbaarheid van de vrouw. De Commissie overweegt dat afwezigheid vanwege zwangerschaps- en bevallingsverlof direct en onlosmakelijk is verbonden met de zwangerschap en daarom op één lijn wordt gesteld met de zwangerschap zelf. Direct onderscheid op grond van geslacht bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.

2008-23

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Ongelijke beloning op grond van geslacht. Ondoorzichtige toepassing van beloningsmaatstaven komt voor rekening van werkgever.

Een werkneemster klaagt bij de Commissie over ongelijke beloning. Met name zou de werkgever haar, gezien haar ervaring, te weinig periodieken hebben toegekend bij haar indiensttreding. De collega met wie zij zich vergelijkt heeft bij indiensttreding, ondanks eerdere afspraken die hij met de P&O afdeling van de instelling maakte, met de directeur afgesproken dat hij vier extra periodieken zou krijgen als hij een bepaald diploma zou halen. Deze periodieken heeft hij ook daadwerkelijk ontvangen. De Commissie overweegt dat onduidelijk is hoe ervaring precies wordt gewogen bij de werkgever. Ook de afspraak tussen de mannelijke collega en de directeur lijkt niet op enig vast beleid gebaseerd te zijn. Feit is wel dat er een beloningsverschil is. De Commissie constateert dat vaak bij indiensttreding vaak beloningsverschillen ontstaan tussen mannen en vrouwen in het voordeel van de mannen. Nu de werkgever op ondoorzichtige wijze beloningsmaatstaven toepast, kan niet uitgesloten worden dat hieraan geen vooroordelen ten aanzien van mannen en vrouwen ten grondslag liggen. Verboden onderscheid. Aanbeveling.

2008-25

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Betaald voetbalorganisatie maakt geen verboden onderscheid bij het aanbieden van seizoensclubkaarten.

Een supportersvereniging verzoekt de Commissie te oordelen of een betaald voetbalorganisatie onderscheid maakt op grond van burgerlijke staat en/of geslacht door de aanschaf van een seizoensclubkaart voor bepaalde vakken in haar stadion afhankelijk te maken van de aanschaf van een seizoensclubkaart voor een kind. Nu (een deel van) de leden van de supportersvereniging wordt uitgesloten van de aanschaf van een seizoensclubkaart die toegang biedt tot de vakken die het beste zicht bieden op het speelveld, is sprake van een benadeling van de betreffende leden. Ongelijke behandeling vanwege het al dan niet hebben van kinderen kan onder omstandigheden leiden tot indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Aangezien het nadeel in de onderhavige zaak niet rechtstreeks samenhangt met het al dan niet hebben van kinderen en een benadeling op basis van een verder verwijderd verband niet cijfermatig kan worden onderbouwd, is geen sprake van feiten die onderscheid op grond van burgerlijke staat kunnen doen vermoeden. Voorts is op geen enkele wijze gebleken dat de mannelijke supporters door het combinatievereiste relatief zwaarder zouden worden getroffen dan de vrouwelijke. Daarom is evenmin sprake van feiten die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.

2008-26

Terrein: **arbeid**
Dictum: **strijd met de wet; geen onderscheid**

Samenvatting:
Klacht over seksuele intimidatie onzorgvuldig behandeld. Geen onderscheid op grond van geslacht door functie na zwangerschapsverlof te wijzigen.

De werkgever heeft een klacht over seksuele intimidatie onzorgvuldig behandeld en er onvoldoende op toegezien dat de werkneemster geen negatieve reacties ondervond vanwege haar klacht. Geen aanwijzingen dat verzoeksters zwangerschap(sverlof) van invloed is geweest op het besluit van de werkgever om de functie van verzoekster bij terugkeer na haar verlof te wijzigen. Aanbeveling.

2008-31

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen onderscheid**

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van arbeidsduur, geslacht of burgerlijke staat door geen pensioenregeling te treffen.

Een vrouw is van 1982 tot 2002 werkzaam geweest als medewerkster huishoudelijke dienst en datatypiste bij een accountantskantoor. Het accountantskantoor heeft geen pensioenregeling voor haar getroffen. Op basis van de overgelegde overzichten van werknemers die in de periode gelegen tussen 1990 en 2002 bij het accountantskantoor werkzaam zijn geweest kan niet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van arbeidsduur. Vast staat dat het accountantskantoor bij het afsluiten van pensioenvoorzieningen na 1990 geen onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Uit de overgelegde overzichten blijkt dat vóór 1990 beduidend meer vrouwen dan mannen verstoken bleven van een pensioenregeling. Enige concrete verklaring voor dit verschil ontbreekt. Hoewel deze onduidelijkheid het accountantskantoor valt aan te rekenen omdat op individuele basis pensioenvoorzieningen zijn getroffen, voert het - gelet op de situatie sinds 1990 en op het tijdsverloop - te ver in de onderhavige zaak op grond van de cijfers alleen een vermoeden van onderscheid naar geslacht te baseren. Op basis van de cijfers kan evenmin worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van burgerlijke staat.

2008-39

Terrein: **arbeid**
Dictum: **onderscheid**

Samenvatting:
Een uitgeverij maakt onderscheid op grond van geslacht door alleen vrouwen in aanmerking te laten komen voor de functie van kernredactielid bij één van haar tijdschriften.

De uitgever van een feministisch tijdschrift laat alleen vrouwen in aanmerking komen voor de functie van kernredactielid van dat tijdschrift. De uitgever stelt dat het tijdschrift een instelling is op politieke en/of levensbeschouwelijke grondslag. Omdat slechts vrouwen feminist kunnen zijn, is het vrouw-zijn een noodzakelijke functie-eis om de feministische doelstelling van het tijdschrift te verwezenlijken. Dit beroep op de wettelijke uitzondering in artikel 5, tweede lid, AWGB, slaagt niet. De Commissie is er niet van overtuigd dat alleen vrouwen feminist kunnen zijn. Het beroep op voorkeursbeleid slaagt evenmin daar door de absolute uitsluiting van mannen voor de functie van kernredactielid niet wordt voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Ten slotte heeft de uitgever aangevoerd dat het tijdschrift met de geheel uit vrouwen bestaande kernredactie een voorbeeldfunctie vervult. Dit argument is echter niet te herleiden tot één der wettelijke uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van geslacht. De uitgever maakt derhalve verboden onderscheid op grond van geslacht in haar aannamebeleid.

2008-47

Terrein: **arbeid**
Dictum: **strijd met de wet; onderscheid; strijd met de wet**

Samenvatting:
Een bedrijf handelt in strijd met de wet en maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht bij de aanbieding van en de vervulling van een vacature.

Een bedrijf plaatst een advertentie met daar in de tekst: "Onze voorkeur gaat uit naar een mannelijke kandidaat tussen de 20 en 25 jaar met een diploma op MBO niveau." Een kandidaat van 39 jaar solliciteert desalniettemin. Na het sollicitatiegesprek dat plaatsvindt, wordt de kandidaat alsnog afgewezen. De Commissie oordeelt dat de tekst van de advertentie in strijd is met de wet. De kandidaat heeft echter onvoldoende feiten gesteld die onderscheid op

grond van leeftijd doen vermoeden bij de behandeling van de vervulling van een vacature. Het bedrijf was op de hoogte van de leeftijd van de kandidaat, waaruit blijkt dat het leeftijdscriterium niet als zodanig wordt toegepast, nu zij de kandidaat heeft uitgenodigd voor een gesprek. Ambtshalve oordeelt de Commissie dat het bedrijf in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving door ongemotiveerd in de tekst van de advertentie te vermelden dat zij de voorkeur geeft aan een mannelijke kandidaat.

2008-48

Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Een kennisinstituut voor maatschappelijke ontwikkeling maakt direct onderscheid op grond van ras en geslacht bij de werving en selectie.

Een kennisinstituut voor maatschappelijke ontwikkeling spreekt in een advertentietekst haar voorkeur uit voor een mannelijke kandidaat met een migranten- of vluchtelingenachtergrond ten behoeve van de functie projectleider/trainer diversiteit. Daarmee maakt het instituut direct onderscheid op grond van ras en geslacht. Het instituut beroept zich, ondanks de gebezigde terminologie niet op de wettelijke uitzondering voorkeursbeleid maar wel op de uitzonderingen ras- en geslachtsbepaaldheid. Deze uitzonderingen zijn echter beide niet van toepassing in de onderhavige zaak. Het instituut maakt derhalve direct onderscheid op grond van ras en geslacht.

2008-52

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van geslacht door mannelijke militairen met kinderen jonger dan 5 jaar, anders dan vrouwelijke militairen, niet vrij te stellen van uitzending naar het buitenland.

Een mannelijke militair stelt dat er jegens hem verboden onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt. De man heeft aangevoerd dat vrouwelijke militairen kunnen worden vrijgesteld van uitzending naar militaire operaties in het buitenland als zij kinderen hebben die jonger zijn dan vijf jaar en mannelijke militairen niet.

De Commissie oordeelt dat direct onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt. Direct onderscheid is verboden, tenzij er een wettelijke uitzondering van toepassing is. Het beroep op de wettelijke uitzondering ten behoeve van bescherming van vrouwen slaagt niet, omdat onvoldoende duidelijk is waarom de vrijstelling geldt voor vijf jaar, terwijl de periode van bescherming volgens verweerder slechts geldt voor de periode van ongeveer één jaar. Daarnaast beroept de Staatssecretaris van Defensie zich op de wettelijke uitzondering die het mogelijk maakt om een voorkeursbeleid te voeren voor vrouwen. Door vrouwen met kinderen die jonger zijn dan vijf jaar niet uit te zenden, beoogt de staatssecretaris voor deze doelgroep de drempel te verlagen om toe te treden tot de Koninklijke Luchtmacht en om te blijven werken voor de organisatie. Het voeren van een voorkeursbeleid is slechts toegestaan indien is voldaan aan een aantal strikte eisen. In dit geval is het voorkeursbeleid in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving, omdat verweerder nooit heeft onderzocht of het beleid, dat al zo'n twintig jaar wordt gevoerd, effect sorteert. Aanbeveling om de effectiviteit van het beleid te onderzoeken.

2008-53

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Werkgever maakt verboden onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Verschil tussen werkneemster en haar maatman disproportioneel.

Een werkneemster klaagt over ongelijke beloning op grond van geslacht. Ze vergelijkt zich met haar mannelijke collega, die in dezelfde periode als zij is aangenomen, alleen tegen een salaris dat bijna 40% hoger ligt dan haar salaris. Beiden zijn aangenomen als boekhoudkundig medewerker. De werkgever verklaart het verschil door te wijzen op het verschil in ervaring, opleiding en andere kwaliteiten. Hij stelt dat hij van de collega, gezien zijn curriculum vitae, hoge verwachtingen had voor de toekomst. Alhoewel er verschil is in ervaring tussen de werkneemster en haar collega, acht de Commissie, met de loondeskundige die zij onderzoek heeft laten doen, het verschil disproportioneel. Zeker nu gebleken is dat de vrouw, in tegenstelling tot haar collega, redelijk functioneerde. Dit heeft de werkgever echter niet bewogen om het salaris, conform de prestaties van de werkneemster en haar collega, aan te passen. Verboden onderscheid op grond van geslacht.

2008-61

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van geslacht omdat de zwangerschap van een vrouw een rol heeft gespeeld bij de weigering van haar werkgever de arbeidsovereenkomst met haar te verlengen.

Een werkgever heeft geweigerd de arbeidsovereenkomst van een vrouw die zwanger was te verlengen. Een regiomanager van die werkgever heeft onder meer tegen de vrouw gezegd dat hij dacht haar een plezier te doen met het besluit de arbeidsovereenkomst niet te verlengen omdat ze het zwaar had met de zwangerschap. De Commissie oordeelt dat niet is komen vast te staan dat de zwangerschap van de vrouw en de hieruit voortvloeiende klachten geen rol hebben gespeeld bij het besluit van de werkgever geen nieuwe arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.

2008-71

Terrein: eenzijdig overheidshandelen
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:
Commissie niet bevoegd te oordelen over aanwijzing belastingplichtige door waterschap.

Een vrouw heeft zich tot de Commissie gewend omdat zij meent dat heffingen die een waterschap oplegt, zouden moeten zijn gericht aan haar, als hoofdbewoner en tevens meest draagkrachtige bewoner. Het waterschap kiest bij tenaamstelling van de belastingaanslag voor de meerderjarige man boven de meerderjarige vrouw en heeft daarom de heffingen op naam gesteld van een medebewoner van de vrouw, enkel omdat hij een man is. De Commissie is niet bevoegd hierover te oordelen, omdat sprake is van eenzijdig overheidshandelen. Wel maakt de Commissie van de gelegenheid gebruik om enkele opmerkingen te maken omdat zij regelmatig klachten ontvangt over dergelijk beleid, dat onder meer strijdig lijkt te zijn met de eisen die het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen aan overheidshandelen stelt. De Commissie dringt er bij het waterschap op aan de beleidsregels te veranderen in sekseneutrale regels en tot die tijd in ieder geval individuele verzoeken om wijziging van de tenaamstelling in te willigen.

2008-82

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen nieuwe arbeidsovereenkomst en geen bonus voor zwangere werknemer. Geen onderscheid.

Een vrouw stelt dat haar ex-werkgever, een onderneming die handelt in farmaceutische producten, jegens haar verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. De vrouw had een arbeidsovereenkomst van een jaar, een jaar waarin de vrouw zwanger is geweest en in verband hiermee een tijd lang minder heeft gewerkt. De ex-werkgever heeft haar geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden en haar geen uitkering toegekend op grond van de additionele compensatieregeling. De vrouw meent dat dit verboden onderscheid naar zwangerschap oplevert.

De Commissie concludeert met betrekking tot beide klachtonderdelen dat de vrouw geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden. Tussen de vrouw en haar leidinggevende was sprake van een moeizame werkrelatie en voor de additionele compensatieregeling gold, dat verzoekster niet aan de eisen voldeed om in aanmerking te komen voor een uitkering. Van enig verband met zwangerschap is niet gebleken.

2008-85

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid door ontslag van zwangere werknemer tijdens proeftijd.

Een vrouw treedt per 1 mei 2008 in dienst van een werkervaringsbedrijf. Op 6 mei 2008 is haar eerste werkdag. Op 8 mei 2008 meldt zij zich ziek. Op 9 mei 2008 wordt haar arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd.
De vrouw heeft tijdens haar eerste twee werkdagen aan haar directe collega's gemeld dat zij zwanger was. Uit de door het werkervaringsbedrijf overgelegde interne e-mails blijkt dat een van deze collega's ook anderen daarvan op de hoogte heeft gesteld, onder meer (telefonisch) de directeur tijdens haar vakantie. Vaststaat dat de zwangerschap van verzoekster aan de orde is geweest in het gesprek waarin de directeur de arbeidsovereenkomst met de vrouw heeft opgezegd. Gelet op het feit dat de vrouw nog

nauwelijks werkzaamheden had verricht en ook vaststaat dat haar functioneren niet voor de opzegging met haar is besproken, is sprake van feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden dat haar zwangerschap in ieder geval een rol heeft gespeeld bij het ontslag.
Het werkervaringsbedrijf heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen aangezien zij niet aannemelijk heeft kunnen maken dat er tijdens de proeftijd op basis van op objectieve en zakelijke criteria gerede twijfels zijn ontstaan over het functioneren van de vrouw, die niets van doen hebben met de zwangerschap. De vrouw is nooit op haar functioneren aangesproken en is met de bevindingen en gevoelens van haar collega's, zoals die zijn weergegeven in de door verweerster overgelegde interne e-mails, voor het eerst geconfronteerd tijdens het opzeggingsgesprek dat zij met de directeur voerde op 9 mei 2008. Ook heeft de directeur haar niet persoonlijk zien functioneren. De zwangerschap van de vrouw was wel een bekend feit, zoals hiervoor vermeld. Dat zij was uitgenodigd te solliciteren en in dat kader twee, volgens het werkervaringsbedrijf zeer zware, selectiegesprekken heeft gevoerd, acht de Commissie in dit licht eveneens relevant. Verboden onderscheid op grond van geslacht.

2008-94

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een dierenartspraktijk maakt onderscheid op grond van geslacht door geen arbeidsovereenkomst met een vrouw aan te gaan om redenen die verband houden met haar zwangerschap.

Een vrouw treedt als dierenarts in dienst bij een dierenartspraktijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor een half jaar. Zij krijgt enkele malen te horen dat zij goed functioneert. Ten behoeve van haar vervanging tijdens haar zwangerschaps- en bevallingsverlof, wordt een vrouw aangenomen. Vlak voor het verloop van de eerste arbeidsovereenkomst van de dierenarts, krijgt zij een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden tot aan het begin van haar zwangerschapsverlof. In eerste instantie wordt de dierenarts verteld dat zij na haar zwangerschapsverlof weer bij de dierenartspraktijk mag komen werken, in tweede instantie wordt gezegd dat de vervangster van de dierenarts beter in het team past en dat voor de dierenarts geen plaats meer is na haar zwangerschaps- en bevallingsverlof. De dierenartspraktijk heeft niet kunnen bewijzen dat de zwangerschap van de dierenarts niet (mede) de reden was dat zij met haar geen nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan.

2008-99

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden van direct onderscheid op grond van geslacht en/of indirect onderscheid op grond van leeftijd bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking en bij de sollicitatieprocedure.

Een man heeft in 2003 en 2007 gesolliciteerd naar de functie van verloskundige bij een ziekenhuis. Het ziekenhuis heeft de man beide keren schriftelijk afgewezen. In 2008 heeft de man, na telefonische informatie van een medewerker van het ziekenhuis, ervan afgezien om te solliciteren naar de openstaande functie van verloskundige. De man heeft dit gesprek zonder medeweten van zijn gesprekspartner opgenomen.
De man is er niet in geslaagd feiten naar voren te brengen die onderscheid op grond van geslacht en/of leeftijd kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid.

2008 -102

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten; arbeid
Dictum: verzoek afgewezen

Samenvatting:
Taxi voor en door vrouwen. Verzoek om oordeel afgewezen wegens gebrek aan belang.

Een anti-discriminatievoorziening vraagt de Commissie te beoordelen of het aanbieden van een taxi voor en door vrouwen verboden onderscheid naar geslacht oplevert. Het taxibedrijf heeft één vrouwentaxi en 36 andere taxi's. Het bedrijf neemt zowel mannelijke als vrouwelijke chauffeurs in dienst. De Commissie wijst het verzoek om een oordeel af. Hoewel een anti-discriminatievoorziening verzoeken om een oordeel kan voorleggen zonder dat deze zijn gebaseerd op een concreet voorbeeld, dient het achterliggend belang van enig gewicht te zijn of de bestreden gedraging enige importantie te hebben. Aan deze voorwaarde is niet voldaan.

2008-107

Terrein: sociale bescherming
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij ondersteuning bijstandsgerechtigde bij opzetten eigen bedrijf.

Een bijstandsgerechtigde vrouw doet zij een beroep op een regeling (Bbz) die voorziet in de ondersteuning van bijstandsgerechtigden bij het opzetten van een eigen bedrijf. De gemeente geeft uitvoering aan de regeling. De vrouw meent dat de gemeente haar tegenwerkt, althans te weinig ondersteuning biedt bij het opzetten van een eigen bedrijf omdat zij een zestigjarige, zwarte vrouw is van Surinaamse afkomst. Zij stelt dat de gemeente jegens haar onderscheid maakt op grond van haar ras, geslacht en/of leeftijd bij de uitvoering van de regeling, in het bijzonder met betrekking tot de (financiële) begeleiding bij het opzetten van haar eigen onderneming. De AWGB verbiedt onderscheid bij de sociale bescherming alleen met betrekking tot de grond ras. De Commissie is daarom niet bevoegd te beoordelen of onderscheid is gemaakt op grond van geslacht en/of leeftijd. Dat neemt niet weg dat sekse en leeftijd wel van invloed kunnen zijn op het al dan niet voorkomen van onderscheid op grond van ras en dat daarmee bij de beoordeling rekening kan worden gehouden. De gemeente betwist gemotiveerd alle stellingen van de vrouw. Er zijn dan ook geen feiten die kunnen doen vermoeden dat bij de uitvoering van de Bbz jegens de vrouw onderscheid is gemaakt op grond van ras. De Commissie oordeelt dat niet is gebleken dat de gemeente jegens de vrouw in strijd heeft gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van ras.

2008-115

Terrein: Leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verzoek is niet ontvankelijk

Samenvatting:
Verzoek of een stagebemiddelaar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht is niet ontvankelijk

Een man is in 2006 begonnen met zijn transformatie van vrouw naar man. De man volgt een opleiding tot docent weerbaarheid. Een beroepsvereniging doet de stagebemideling voor de opleiding. De man klaagt over de eis van de beroepsvereniging voor verdere stagebemiddeling. De eis houdt in dat de man pas in aanmerking komt voor verdere stagebemiddeling als zijn geslachtsverandering tot man uit zijn paspoort blijkt. De Commissie stelt vast dat de beroepsvereniging geen contractuele relatie heeft met cursisten van de opleiding en de diensten niet rechtstreeks aan de cursisten aanbiedt. De Commissie kan het handelen van de beroepsvereniging derhalve niet toetsen. De Commissie oordeelt dat de man niet ontvankelijk is in zijn verzoek tegen de beroepsvereniging.

2008-116

Terrein: Leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: Verboden onderscheid op grond van geslacht

Samenvatting:
Een opleiding maakt verboden onderscheid op grond van geslacht vanwege transseksualiteit bij het verder laten bemiddelen van een stage

Een man is in 2006 begonnen met zijn transformatie van vrouw naar man. De man volgt een opleiding tot docent weerbaarheid. De man klaagt over de eis van de opleidingsaanbieder voor verdere stagebemiddeling. De eis houdt in dat de man pas in aanmerking komt voor verdere stagebemiddeling als zijn geslachtsverandering tot man uit zijn paspoort blijkt.
De opleidingsaanbieder geeft aan dat de eis niet letterlijk genomen mag worden en betreurt deze.
De Commissie oordeelt dat de eis als beoordelingsmaatstaf een rechtstreekse en vergaande verwijzing naar verzoekers transseksualiteit is. Dit vormt direct onderscheid op grond van geslacht. Het beroep van de opleidingsaanbieder op geslachtsbepaaldheid is niet onderbouwd. De Commissie oordeelt dat de de opleidingsaanbieder jegens de man verboden onderscheid op grond van geslacht heft gemaakt bij het verder (laten) bemiddelen van een stage.

2008-117

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Aanbieding vacatures aan dames van dertig jaar of ouder: verboden onderscheid en strijd met de wet .

Een bedrijf heeft in een weekblad een personeelsadvertentie geplaatst, waarin zij vraagt naar dames die dertig jaar of ouder zijn voor functies in de horeca. Desgevraagd is geen rechtvaardiging gegeven voor het gemaakte onderscheid op grond van geslacht en leeftijd. De Commissie oordeelt dat het bedrijf in strijd met de wet heeft gehandeld en verboden onderscheid heeft gemaakt bij de aanbieding van een betrekking. Voorts handelt het bedrijf in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving, door in de advertentietekst niet de grond te vermelden van de gestelde leeftijdseis.

2008-118

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht bij de aanbieding van betrekking en handelt in strijd met de wet.

Een bedrijf plaatst een advertentie met daarin de tekst: "Wij vragen met spoed voor ons filiaal in X zaterdaghulpen voor in de winkel en een jonge man voor diverse schoonmaakwerkzaamheden op zaterdag."
Bij het gebruik van het criterium "jong" wordt rechtstreeks verwezen naar leeftijd. Door het stellen van een dergelijke leeftijdseis maakt het bedrijf direct onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbieding van een betrekking. Door expliciet te vragen naar een man, maakt het bedrijf tevens direct onderscheid op grond van geslacht bij de aanbieding van een betrekking. Daarnaast handelt het bedrijf in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, door in de personeelsadvertentie een ongemotiveerde leeftijdseis te stellen. Tevens handelt het bedrijf in strijd met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, door in de personeelsadvertentie te vragen naar een man.
Verboden onderscheid en in strijd met de wet.

2008-119

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van geslacht door contract niet te verlengen vanwege zwangerschap.

Een vrouw werkt als verkoopmedewerker in een supermarkt. Zij functioneert goed en haar is mondeling toegezegd dat haar arbeidsovereenkomst wordt verlengd. Een week nadat zij heeft verteld dat zij zwanger is, beslist de werkgever dat haar arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. De werkgever voert aan dat de reden hiervan is gelegen in haar roosterwensen, die niet aansluiten bij de behoefte van het bedrijf. De werkgever heeft zelf nooit met de vrouw gesproken over haar roosterwensen en heeft evenmin besproken dat dit zo cruciaal voor hem was. De Commissie constateert dat de werkgever zich er aanvankelijk bijzonder voor heeft ingespannen de vrouw te behouden voor het bedrijf. Dit werd pas anders nadat zij had verteld dat zij zwanger was. De Commissie oordeelt dat de werkgever er niet in is geslaagd te bewijzen dat de zwangerschap van de vrouw niet mede een rol heeft gespeeld bij het besluit haar gaan nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Verboden onderscheid op grond van geslacht.

2008-130

Terrein: arbeid
Dictum: strijd met de wet

Samenvatting:
Onzorgvuldige behandeling van klacht over gedrag interim-manager.

Een vrouw meent seksueel geïntimideerd te zijn door haar interim-manager. Aangezien zij deze vraag reeds bij een andere instantie aan de orde heeft gesteld, beperkt haar verzoek aan de Commissie zich tot de vraag of de werkgever haar klacht zorgvuldig heeft behandeld. Onduidelijk is of er een goed geïmplementeerde klachtenprocedure is, maar wel duidelijk is dat zij zich in eerste instantie tot de interim-manager zelf of tot de directie (dezelfde persoon) had moeten wenden. Zij heeft ervoor gekozen een lid van de Raad van Toezicht aan te spreken en de bedrijfsarts, die tevens vertrouwenspersoon was. Dit heeft niet geleid tot enig formeel onderzoek. De werkgever van de vrouw houdt een derde klacht af omdat hij geen sancties kan treffen jegens de interim-manager, die inmiddels ook vertrokken is. Uiteindelijk heeft de vrouw een klacht ingediend bij de Commissie van Tucht en Toezicht van de Raad voor Interim Management en het IM-register, waarvan de kosten betaald worden door de werkgever. De Commissie oordeelt dat de werkgever onvoldoende zijn eigen verantwoordelijkheid voor een klacht over seksuele intimidatie door een leidinggevende heeft genomen. Onzorgvuldige klachtbehandeling die leidt tot strijd met de wet.

2008-142

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid op grond van geslacht of handicap/chronische ziekte; verboden onderscheid op grond van arbeidsduur**

Samenvatting:
Bij toepassing Regeling Resultaatsbonus geen onderscheid op grond van geslacht en handicap/chronische ziekte. Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Aanbeveling.

Een ICT-bedrijf heeft een Regeling Resultaatsbonus aan de Commissie voorgelegd, die inhoudt dat een gedeelte van het loon wordt ingehouden, waarvan vervolgens een percentage tussen de 0 en 200 % wordt uitgekeerd als resultaatsbonus. Het percentage is mede afhankelijk van de arbeidsprestaties en de economische omstandigheden. De Regeling heeft de instemming van de Ondernemingsraad. Aan de orde zijn: mogelijk onderscheid op grond van geslacht, handicap/chronische ziekte en arbeidsduur. Bij afwezigheid ten gevolge van zwangerschap, bevalling en kolven, en als gevolg van handicap/chonische ziekte wordt 100% van het ten behoeve van de resultaatsbonus ingehouden loon uitgekeerd. De Commissie oordeelt dat geen sprake is van onderscheid, omdat het feitelijk effect voor de werknemer zowel voordelig als nadelig kan zijn, mede afhankelijk van de economische omstandigheden.

Aan deeltijders kent het ICT-bedrijf in het kader van de berekening van de bonus neutrale uren toe voor het aantal uren dat minder dan voltijd wordt gewerkt. Dit betekent dat deeltijders voor wat betreft de neutrale uren geen risico lopen op improductiviteit, in tegenstelling tot voltijders die geen neutrale uren hebben en dus over hun volledige betrekkingsomvang dit risico lopen. De Commissie overweegt dat een voltijder van wie het aantal improductieve uren niet in absolute zin, maar als percentage van zijn betrekkingsomvang even groot is als dat van een deeltijder, een lagere bonus krijgt dan een deeltijder. De consequentie hiervan is dat deze voltijder een lager uurloon ontvangt dan de deeltijder, bij een naar verhouding even grote productiviteit. Derhalve is sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur. De Commissie oordeelt dat een alternatief is dat het bedrijf meer rekening houdt met de deeltijdfactor in de berekening van de resultaatsbonus, opdat voltijders en deeltijders bij een naar verhouding tot hun betrekkingsomvang gelijke productiviteit, gelijk worden beloond. Geen objectieve rechtvaardiging. Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur.

2008-148

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Man wordt door uitzendbureau afgewezen voor functie casebehandelaar op grond van leeftijd, maar niet op grond van geslacht.

Een man, 54 jaar oud, solliciteert via een uitzendbureau op de functie casebehandelaar bij een verzekeringsmaatschappij. Het uitzendbureau wijst de man af, omdat hij overgekwalificeerd zou zijn. De man voert aan dat zijn leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing, wat ten stelligste door het uitzendbureau wordt ontkend. De Commissie overweegt dat het uitzendbureau, door het negatieve selectiecriterium overkwalificatie toe te passen, relatief meer ouderen dan jongeren treft en daarmee indirect onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt. Het uitzendbureau verweert zich door te stellen dat overgekwalificeerde werknemers te snel op een functie uitgekeken zijn, waardoor de continuïteit van het werk niet is gewaarborgd. De man meent dat hij zelf het beste kan beoordelen hoe lang hij het in een functie kan uithouden. Ook de Commissie oordeelt dat uitsluiting op grond van overkwalificatie geen geschikt middel is om continuïteit te waarborgen. Verboden onderscheid. De man voert voorts aan dat vooral vrouwen voor de functie casebehandelaar worden aangenomen. Dit is inderdaad het geval, maar het is een algemeen bekend feit dat op de arbeidsmarkt vooral vrouwen in dit soort functies werkzaam zijn. De sollicitant heeft onvoldoende feiten aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid op grond van geslacht.

2008-149

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen opdracht tot het maken van onderscheid**

Samenvatting:
Verzekeringsmaatschappij geeft geen opdracht tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd en geslacht.

Een man, 54 jaar oud, solliciteert via een uit-

zendbureau op de functie casebehandelaar bij een verzekeringsmaatschappij. De man voert aan dat de verzekeringsmaatschappij opdracht heeft gegeven om hem af te wijzen voor de functie op grond van leeftijd en geslacht, omdat voornamelijk jongere vrouwen de functie bij de verzekeringsmaatschappij bekleden. De verzekeringsmaatschappij voert aan dat zij een op deze punten neutrale functiebeschrijving aan het uitzendbureau heeft doen toekomen en dat zij geen enkele bemoeienis heeft met de werving en selectie zoals uitgevoerd door het uitzendbureau. Dit wordt bevestigd door het uitzendbureau. Dat er meer vrouwen dan mannen in administratieve functies zoals de onderhavige werken, is voorts een algemeen bekend maatschappelijk feit. Geen feiten die kunnen doen vermoeden dat de verzekeringsmaatschappij een opdracht heeft gegeven tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd of geslacht.

2008-150

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Een bedrijf maakt geen verboden onderscheid op grond van geslacht door het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst.

Een vrouw werkt op basis van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten als laborante voor een bedrijf dat hoogwaardige voedingsproducten produceert. De vrouw is zwanger en deelt dit tijdens een gesprek met haar afdelingshoofd mee. Het afdelingshoofd zegt tijdens hetzelfde gesprek dat zij niet voornemens is een nieuwe arbeidsovereenkomst met de vrouw aan te gaan. Hoewel het begrijpelijk is dat de vrouw het vermoeden kreeg dat haar zwangerschap de reden was voor het weigeren van het aangaan van de arbeidsovereenkomst, heeft het bedrijf bewezen dat deze beslissing al was genomen ver voordat de vrouw had meegedeeld dat zij zwanger was.

2008-152

Terrein: arbeid
Dictum: geen strijd met de wet

Samenvatting:
Een mannelijke werknemer klaagt over de wijze waarop zijn klachten over ongewenste intimiteiten van een collega en het daarop volgende handelen van zijn leidinggevende zijn behandeld.

Een werknemer meent dat zijn leidinggevende in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld door de wijze waarop hij is omgegaan met de klacht van de werknemer over ongewenste intimiteiten van een vrouwelijke collega. Zijn klacht zou minder serieus behandeld zijn dan een overeenkomstige klacht van een vrouw zou zijn behandeld. De werkgever toont aan dat er in het bedrijf een klachtenprocedure was en dat deze is gevolgd. De werkgever heeft hoor en wederhoor gepleegd, is voortvarend opgetreden en heeft een verklaring opgesteld die door alle betrokken partijen, inclusief de werknemer, ondertekend is. Geen strijd met de wet. Bijna een half jaar hierna is de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en zijn werkgever ontbonden. Goed tweeënhalf jaar daarna klaagt de (voormalige) werknemer bij de directie van zijn voormalige werkgever. Deze klacht houdt in dat zijn leidinggevende op grond van de wijze waarop deze met de eerdere klacht is omgegaan, ontslagen zou moeten worden. Op deze klacht heeft verweerster niet gereageerd. De Commissie meent dat de verplichting van de werkgever om klachten zorgvuldig te behandelen niet zo ver gaat, dat hij ook geruime tijd na het einde van de arbeidsverhouding ingediende klachten op deze wijze moet behandelen. Dit geldt te meer nu de eerdere klacht zorgvuldig is afgehandeld en de werknemer toentertijd de verklaring mede heeft ondertekend.

2008-155

Terrein: arbeid/aanbieding van een betrekking
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht in een personeelsadvertentie en handelt in strijd met de wet.

Een bedrijf heeft in een personeelsadvertentie gevraagd naar een handige jongedame voor lichte catering werkzaamheden, minimumleeftijd achttien jaar. Door het stellen van een minimumleeftijd van achttien jaar in de personeelsadvertentie heeft het bedrijf direct onderscheid op grond leeftijd gemaakt. Het bedrijf heeft de handelwijze niet objectief kunnen rechtvaardigen. Daarnaast handelt het bedrijf in strijd met artikel 9 WGBL omdat het de leeftijdseis in de advertentie niet heeft gemotiveerd. Tevens maakt het bedrijf verboden onderscheid op grond van geslacht door in de advertentie om een jongedame te vragen. Het bedrijf heeft geen beroep gedaan op een wettelijke uitzondering. Het bedrijf handelt ook

in strijd met de WGB door in de personeels-advertentie te vragen naar een vrouw en niet te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen.

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen & dr. A.J. Overbeeke

1 INLEIDING

De afgelopen periode heeft een zekere ontspanning laten zien in de discussies over de multiculturele samenleving. Zo lijkt het er op dat de verhouding ten opzichte van de islam weer wat toleranter aan het worden is. Ongetwijfeld heeft dat mede te maken met de nuchterheid waarmee op de film *Fitna* van PVV-voorman Wilders is gereageerd. In die film werd een verband gelegd tussen de politieke islam en terrorisme. De vrees voor extreme reacties is niet bewaarheid geworden: de Nederlandse moslims zijn er beheerst – zelfs wat schouderophalend - aan voorbij gegaan.
Daarnaast is de discussie over een verbod op de boerka (de volledig gezichtsbedekkende sluier) wat gaan luwen. Het wetsvoorstel van Wilders/Fritsma[1] (PVV), dat beoogt een specifiek op de boerka gericht verbod in te voeren, maakt weinig kans van slagen. Het wetsvoorstel Kamp[2] (VVD), dat beoogt alle gezichtsbedekkende kleding te verbieden – maar materieel toch vooral zal uitwerken als een boerkaverbod – vlot ook niet erg: het wachten is op een reactie op het (nog) niet openbare advies van de Raad van State. Of dit wetsvoorstel ooit in het Staatsblad zal verschijnen is evenzeer twijfelachtig. De huidige coalitie van CDA, PvdA en ChristenUnie voelt niet alleen weinig voor het wetsvoorstel-Wilders, maar ook voor dat van Kamp.[3] Het meest kansrijk is een wetsontwerp van de regering, te verwachten in de tweede helft van 2009, dat een verbod op gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs zal voorstellen. Een discussie in de Tweede Kamer heeft minister Plasterk van OCW tot de toezegging gebracht om ook het hoger onderwijs (dat hij in eerste instantie buiten de reikwijdte van het voorstel wilde houden) onder het toekomstige boerkaverbod te laten vallen.[4]

Ondanks de relatieve rust in het islamdebat en het minderhedenbeleid is er toch een aantal belangwekkende ontwikkelingen te noemen inzake de vrijheid van godsdienst, mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel,[5] waarvan een deel met dat debat en beleid samenhangt. We stippen deze ontwikkelingen kort aan. Zo is onder andere vanwege Wilders' film Fitna de verhouding aan de orde gesteld tussen de vrijheid van meningsuiting en de strafrechtelijke verboden op discriminatoire uitingen wegens godsdienst. Het Amsterdamse hof (in een artikel 12 Sv-procedure) beval de Officier

---

1 Meest recente stuk: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 108, nr. 7.
2 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 331.
3 Zie over deze wetsvoorstellen H.M.A.E. van Ooijen, 'Boerka of bivakmuts: verbod in de openbare ruimte?', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 160-176.
4 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VII, nr. 209; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VIII, nr. 12 en nr. 127.
5 Zie nader over het spanningsveld tussen de vrijheid van meningsuiting en discriminatieverboden: E.J. Dommering, 'De teddybeer Mohammed, gesluierde homo's en het lawaai van Wilders. Over de stand van de vrijheid van meningsuiting anno 2008', *NJB* 2008/7; R.A. Lawson, 'Wild, wilder, wildst. Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 469-484; Esther Janssen, 'Grenzen aan uitingen over religie in Frankrijk', *Mediaforum* 2008, p. 109-118.

van Justitie te Amsterdam onlangs om Wilders te dagvaarden ter zake van groepsbelediging van en aanzetten tot haat en discriminatie jegens moslims (artikelen 137c en 137d Sr).[6] Nog meer recent oordeelde de Hoge Raad over een poster met de tekst 'Stop het gezwel dat Islam heet' dat daarbij geen sprake was van groepsbelediging als bedoeld in artikel 137c Sr. Deze bepaling vereist 'dat de uitlating onmiskenbaar betrekking heeft op een bepaalde groep mensen die door hun godsdienst worden gekenmerkt en zich daardoor onderscheidt van anderen. De enkele omstandigheid dat grievende uitlatingen over een godsdienst ook de aanhangers van die godsdienst krenken, is niet voldoende om die uitlatingen te kunnen gelijkstellen met uitlatingen over die aanhangers, dus over een groep mensen wegens hun godsdienst in de zin van artikel 137c Sr.'[7] Daarmee lijkt een voorschot genomen te zijn op de zaak-Wilders. A-G Machielse – wiens slotsom dezelfde is als die van de HR: de betreffende meningsuiting valt buiten artikel 137c Sr – is daar in zijn conclusie al expliciet op ingegaan.

Interessant is het initiatiefwetsvoorstel-Thieme (Partij voor de Dieren). Krachtens artikel 44 van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren is het verboden dieren te slachten zonder voorafgaande bedwelming. Artikel 44, derde lid, maakt evenwel een uitzondering voor het slachten volgens de Israëlitische of de islamitische ritus. In het wetsvoorstel wordt, met een beroep op het dierenwelzijn, voorgesteld om deze uitzondering te schrappen, zodat ritueel slachten niet meer toegelaten zal zijn.[8] De initiatiefneemster ziet geen strijd met de vrijheid van godsdienst, nu de betreffende grondwetsbepaling – artikel 6, eerste lid, Grondwet – door middel van de clausulering 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' de formele wetgever de ruimte biedt om aan die vrijheid beperkingen te stellen.[9] Daarbij kan ten eerste de kanttekening geplaatst worden, dat met genoemde clausulering niet beoogd is om elke beperking te sauveren als deze maar in een formele wet vervat is. Bovendien treft een verbod op ritueel slachten de facto enkel een kleine groep van orthodoxe joden en moslims, hetgeen mogelijk problematisch is in het licht van nationale en internationale gelijkheidsnormen. Ten slotte ligt het voor de hand dat deze materie ook door artikel 9 EVRM, de in dat verdrag neergelegde waarborg inzake de vrijheid van godsdienst, bestreken wordt en dus aan de voorwaarden die de beperkingsclausule van artikel 9, tweede lid, EVRM stelt moet voldoen; de toelichting bij het wetsvoorstel gaat daar evenwel niet op in. Het is wachten op de reactie van de initiatiefneemster op het (nog niet openbaar gemaakte) advies van de Raad van State. Het kabinet heeft zich overigens op het standpunt gesteld dat het, vanwege de vrijheid van godsdienst, niet bereid is om ritueel slachten te verbieden.[10]

In paragraaf 2 gaan we in op de relevante jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake de artikelen 9 en 14 EVRM. Paragraaf 3 is gewijd aan het Commissie-advies inzake de trouwambtenaren die gewetensbezwaren hebben tegen het sluiten van het homohuwelijk. Dan volgt een bespreking van de CGB-oordelen uit 2008 (paragraaf 4), waarna we afronden met een blik op de toekomst (paragraaf 5).

6 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN*: BH0496.
7 HR 10 maart 2009, *LJN*: BF0655.
8 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 571, nr. 2.
9 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 571, nr. 3, p. 10.
10 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 286, nr. 250.

2 JURISPRUDENTIE VAN HET EUROPESE HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

De Straatsburgse jurisprudentie inzake godsdienst en levensovertuiging (artikel 9 EVRM) was in 2008 beperkt in omvang; en slechts in enkele gevallen is deze relevant voor de Nederlandse situatie. Enige arresten verdienen het kort aangestipt te worden.

De ruimte die aan moslimvrouwen toekomt om op school (als leerling of onderwijskracht), in publieke functies (politieambtenaar), in een commerciële instelling etc. een hoofddoek te dragen is vaak onderwerp van de CGB-oordelen. Op de valreep (december 2008) wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) twee arresten die op deze vraag zien. Het betrof de toepassing van het hoofddoekverbod voor leerlingen tijdens sportlessen in openbare onderwijsinrichtingen (*Kervanci* en *Dogru*[11]). Men zou deze arresten de Franse pendant kunnen noemen van de arresten in de zaak *Sahin tegen Turkije*.[12] Het eindoordeel van het Hof in de Franse zaken is als het ware de echo van de *Sahin*-jurisprudentie, maar dan toegespitst op de in het arrest beschreven (§§ 17-21) Franse versie van overheidsneutraliteit. Bij het beoordelen van de proportionaliteit van de maatregel (het uitsluiten van een leerling van een school voor voortgezet onderwijs omdat deze een hoofddoek wenst te dragen bij het sportonderwijs) in het licht van de daarbij aan de nationale staat toekomende *margin of appreciation* (§ 71) wordt door het Hof een belangrijk gewicht toegekend aan het als constitutioneel principe beschouwde *laïcité*-concept, dat gestalte geeft aan de Franse verhoudingen tussen kerk en staat, religie en overheid. Daarnaast is relevant dat het hier enkel ging om het verbod om tijdens het sportonderwijs een hoofddoek te dragen, welk verbod het Hof redelijk acht (§ 72). Doordat het formeel bezien uitsluitend om die beperkte context ging, zou gesteld kunnen worden dat nog geen antwoord is gegeven op de vraag of het hoofddoekverbod in het onderwijs *tout court*, waar motieven van veiligheid en gezondheid anders dan in de gymnastiekles geen rol spelen, met artikel 9 EVRM verenigbaar is. Gezien de nadruk die het Hof op de legitimiteit van het *laïcité*-beginsel legt, ligt het echter voor de hand te veronderstellen dat het hoofddoekverbod in zijn geheel door de Straatsburgse beugel kan.
Merkwaardig is ten slotte de overweging dat een houding die niet in overeenstemming is met het laïciteitsprincipe niet noodzakelijkerwijs beschermd wordt door de door artikel 9 EVRM gewaarborgde vrijheid van godsdienst (§ 72). Voor zover het Hof daarmee beoogt te zeggen dat godsdienstige handelingen en gedragingen die ingegeven zijn door een religieuze overtuiging welke het *laïcité*-beginsel verwerpt niet onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM vallen, komt ons dat voor als een niet aanvaardbare 'inherent limitation'. Beperkingen die door de overheid aan zulke handelingen en gedragingen worden gesteld, moeten voldoen aan de eisen die de beperkingsclausule van het tweede lid stelt, en dienen niet buiten het bereik van het eerste lid weggedefinieerd te worden.

Eind 2008 werden kamervragen gesteld over de vorm van de door politieambtenaren af te leggen eed.[13] Met name speelde de vraag of de mogelijkheid bestaat een islami-

11 EHRM 4 december 2008, *Kervanci t. Frankrijk*, nr. 31645/04; EHRM 4 december 2008, *Dogru t. Frankrijk*, nr. 27058/5, *EHRC* 2009/9 (m.nt. Woltjer).
12 EHRM 29 juni 2004, *Sahin t. Turkije*, *AB* 2004/338 (m.nt. Vermeulen), *EHRC* 2004/80 (m.nt. Verhey), *NJCM-Bull.* 2005, p. 172 (m.nt. Hirsch Ballin); EHRM 10 november 2005 (Grote Kamer), *Sahin t. Turkije*, *NJ* 2006/170 (m.nt. Alkema), *EHRC* 2006/15 (m.nt. Verhey).
13 *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1104 (Van der Staaij); zie ook nr. 1105 (Brinkman, Fritsma en De Roon).

tische eedsformule te hanteren. Voor politieambtenaren is het niet toegelaten de eed 'op Allah' af te leggen, waar dat bijvoorbeeld wel mogelijk is voor militairen en burgerpersoneel van Defensie. Dit verschil is terug te voeren op een koloniale erfenis: in 1916 is voor het koloniale leger een islamitische eed mogelijk gemaakt. Provincies en gemeenten stellen zelf de inhoud van de eed of belofte voor hun ambtenaren vast. Bij verscheidene provincies en gemeenten wordt de mogelijkheid geboden de eed op islamitische wijze te bekrachtigen. De minister heeft zich op het standpunt gesteld dat voor politieambtenaren deze mogelijkheid niet toegelaten is, omdat deze in strijd is met de Wet vorm van de eed. De toelaatbaarheid van het verschil in bejegening van categorieën ambtenaren is nog niet in nationale context of de internationale jurisprudentie aan de orde geweest.
In dit verband is mogelijk relevant de Griekse regeling van de advocateneed, welke de aanleiding vormde voor het arrest *Alexandridis.*[14] Het EHRM volgt daarin de eerder in het arrest *Buscarini*[15] uitgezette lijn en wijst op het bestaan van de afweerrechten die deel uitmaken van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging: deze houden onder meer in dat een persoon niet gedwongen mag worden de eigen levensovertuiging, bijvoorbeeld tot uiting komend in de keuze van het afleggen van een eed of belofte, te openbaren. Omdat het aan dit laatste schortte wordt een schending van artikel 9 EVRM vastgesteld. Aan een beoordeling van de vraag of er sprake was van een schending van artikel 14 jo. 9 EVRM, het verschil in behandeling van aanhangers van de dominante Grieks-orthodoxe staatsgodsdienst en aanhangers van andere geloofsopvattingen, komt het Hof niet toe. Daarmee geeft het arrest nog weinig houvast voor de beoordeling van het hiervoor geschetste verschil in behandeling tussen categorieën van ambtenaren.

Wel een zeker houvast geeft een arrest in de zaak van *Jehovah's getuigen tegen Oostenrijk*.[16] Daarin gaat het om een procedure om erkenning als rechtspersoon onder Oostenrijks recht te verkrijgen. De Oostenrijkse procedure vereist dat een religieuze gemeenschap ten minste tien jaar geregistreerd moet zijn om als rechtspersoon officieel erkend te worden. Het predicaat van een erkende religie/rechtspersoon brengt, wellicht overbodig om te zeggen, onder het Oostenrijkse recht voordelen met zich mee. De ratio achter de tien jaar durende wachtperiode is volgens de staat dat de religieuze gemeenschap daarmee kan aantonen voldoende geïntegreerd te zijn in de rechtsorde, en voor die rechtsorde geen openbare orde-gevaren op te leveren. De Jehova's getuigen brachten hier tegenin dat zij al veel langer dan gedurende de 10-jaar periode in Oostenrijk gevestigd waren (hoewel niet formeel geregistreerd), en dat de Koptische kerk in 2003 door een speciale wet erkend was als religieuze gemeenschap, terwijl zij slechts vanaf 1998 geregistreerd was. Het Hof laat in zijn uitspraak een zekere ruimte voor een dergelijke wachttijd, maar alleen wanneer daar een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor aanwezig is. In dit geval, nu het gaat om een religieuze gemeenschap die internationaal reeds lang bestaat en ook al lang in het land aanwezig is, is deze objectieve en redelijke rechtvaardiging er niet, zodat sprake is van schending van artikel 14 jo. 9 EVRM.

Niet alleen een verschil in behandeling tussen godsdienstige groeperingen in termen van bevoordeling bij het verstrekken van faciliteiten, maar ook een verschil in behandeling in termen van benadeling kan – uiteraard - met artikel 14 jo. 9 EVRM in strijd

14 EHRM 21 februari 2008, *Alexandridis t. Griekenland*, nr. 19516/06, *EHRC* 2008/58.
15 EHRM 18 februari 1999, *Buscarini t. San Marino,* nr. 24645/94, *Reports* 1999-I.
16 EHRM 31 juli 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas t. Oostenrijk*, nr. 40825/98, *EHRC* 2008/125.

zijn. Veelal krijgt een negatief-discriminatoir beleid gestalte in de vorm van specifieke maatregelen gericht tegen kleine en relatief onbekende religieuze minderheden, vaak aangeduid als 'sekten'.
De Nederlandse overheid voert, anders dan veel andere Europese landen (bijvoorbeeld België, Duitsland en Frankrijk), gelukkig geen sektebeleid. Al een kwart eeuw, sinds het rapport-Witteveen uit 1984[17], wordt expliciet de lijn gevolgd dat religies, ongeacht omvang, historie of afkomst, geen positief of negatief overheidskeurmerk opgeplakt krijgen – daarvoor was dit al lang de feitelijke praktijk. Het zonder meer anders behandelen van 'mainstream' traditionele religies ten nadele van nieuwkomers, op grond van argumenten die met de verschillende aard van deze religies te maken heeft, is in het licht van artikelen 6 jo. 1 Grondwet – en in het licht van artikelen 9 jo. 14 EVRM - dan ook problematisch.[18] Dat een overheid, zonder dat daarmee artikel 9 EVRM geschonden is, toch informerend – en dit in waarschuwende zin – kan optreden met betrekking tot nieuwe religieuze bewegingen, blijkt uit een door het EHRM tegen Duitsland gewezen arrest inzake de Bhagwan-beweging, de zaak *Leela Förderkreis e.a.*[19] Het Hof, dat de eerdere jurisprudentie bevestigt dat de staat bevoegd is na te gaan of bewegingen of verenigingen met een religieus doel (karakter?) activiteiten ontplooien die schadelijk zijn voor de bevolking of de openbare veiligheid bedreigen, oordeelt dat de voorzichtiger manier waarop de Duitse overheid (sedert 1998 althans, vergeleken met de voorafgaande periode) de bevolking informeerde over de Bhagwan-beweging binnen de grenzen valt van wat de *neutraliteitsplicht* van de staat vergt. De marges lijken smal, want als een overheid wil waarschuwen voor een beweging, ontkomt ze er veelal niet aan (dis)kwalificaties te gebruiken die bij het publiek ook als waarschuwend begrepen moeten kunnen worden. Anderzijds valt op dat het Hof de klacht van de Bhagwan-beweging dat sprake is van een met artikel 14 jo. 9 EVRM strijdige, discriminatoire behandeling met een enkele pennenstreek van tafel veegt.
Deze jurisprudentie heeft ook enige betekenis voor Nederland, al is er hier zoals gezegd niet voor gekozen een sekten-waakhond in het leven te roepen die het publiek informeert over de schadelijkheid van sektarische bewegingen. Vooral sinds september 2001 is de overheid ten opzichte van religieus fundamentalisme actiever geworden, met name waar het gaat om het naspeuren van mogelijke radicaliserende tendensen binnen de islam. Ook hier wordt publiek gerapporteerd – bijvoorbeeld in AIVD-publicaties[20] - en dient de overheid bij het informeren rekening te houden met de mogelijkheid dat het neutraliteitsprincipe grenzen aan dit optreden stelt.

We ronden af met het aanstippen van de klacht van een Marokkaanse moslima, die bij het Franse consulaat in Marokko een visum wilde aanvragen voor gezinshereniging met haar man in Frankrijk. Zij werd niet toegelaten tot de ambassade, omdat zij weigerde haar sluier af te leggen bij de controle van haar identiteit. Haar klacht dat hiermee een ongerechtvaardigde inbreuk op haar vrijheid van godsdienst was gemaakt werd door het Hof, onder verwijzing naar de uitspraak *Phull*[21], niet-ontvankelijk verklaard. De plicht om ten behoeve van de identiteitscontrole de sluier af te

17 T.A.M. Witteveen, 'Overheid en nieuwe religieuze bewegingen', *Kamerstukken II* 1983/84, 16 635, nr. 4.
18 Zie over de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in samenhang met het gelijkheidsbeginsel: B.P. Vermeulen, 'Artikel 6 Grondwet', in A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 104-106.
19 EHRM 6 november 2008, *Leela Förderkreis e.a. t. Duitsland*, *EHRC* 2009/3 (m.nt. Griffioen).
20 Bijvoorbeeld AIVD, *Radicale dawa in verandering. De opkomst van islamitisch neoradicalisme in Nederland*, Den Haag, 2007.
21 EHRM 11 januari 2005 (ontv.besl.), *Phull t. Frankrijk*, *EHRC* 2005/41 (m.nt. Verhey). Zie daarover de *Oordelenbundel* 2005, p. 70.

leggen met het oog op de openbare veiligheid in de ambassade vormt slechts een beperkte en door dat oogmerk gerechtvaardigde beperking van haar godsdienstvrijheid.[22] Aldus is ook de vergelijkbare Nederlandse praktijk op dit punt 'gedekt'.

3 ADVIES COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING INZAKE GEWETENSBEZWAARDE AMBTENAREN VAN DE BURGERLIJKE STAND[23]

In 2002 heeft de Commissie Gelijke Behandeling een tweetal oordelen gegeven over de vraag of een gemeente mag weigeren betrokkene als (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand te (her)benoemen omdat deze uit geloofsoverwegingen weigert homohuwelijken te sluiten. De Commissie oordeelde dat de gemeente dat niet mocht, nu daardoor indirect onderscheid op grond van godsdienst werd gemaakt, welk onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is. Immers, als maar voldoende gewaarborgd is dat de betreffende huwelijken gesloten kunnen worden, is het niet noodzakelijk ook van betrokkene te vragen deze huwelijken te sluiten.[24] In het huidige regeerakkoord (*Samen werken, samen leven*, 2007) is zekerheidshalve een passage opgenomen die deze opvatting bestendigt, luidend: 'Overeenkomstig het destijds geformuleerde beleid brengt zorgvuldige omgang met gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand met zich dat in onderling overleg in plaats van de gewetensbezwaarde een andere ambtenaar van de burgerlijke stand een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht voltrekt, mits in elke gemeente de voltrekking van een dergelijk huwelijk mogelijk blijft. Mochten er in de gemeentelijke praktijk problemen ontstaan, dan zullen initiatieven worden genomen om de rechtszekerheid van gewetensbezwaarde ambtenaren veilig te stellen.'[25]

In de vorige Oordelenbundel (2007) wezen wij er reeds op dat deze passage in het regeerakkoord averechts heeft gewerkt.[26] Kamerleden[27] en gemeenteraden stelden zich in reactie op het standpunt dat ten minste van (op)nieuw te benoemen ambtenaren verwacht moet worden dat zij alle huwelijken sluiten.

Daarnaast bespeurden we signalen dat de Commissie van plan was om haar standpunt ten opzichte van dat uit 2002 te gaan bijstellen.[28] Dat heeft de Commissie in het afgelopen jaar inderdaad gedaan, in een oordeel in een individuele zaak (oordeel 2008-40)[29] en in een advies met een algemene strekking[30], dat in belangrijke mate op te vatten is als een nadere toelichting bij dat individuele oordeel. De Commissie – komt anders dan in 2002 – thans tot de conclusie dat een gemeentelijk beleid dat

---

22 EHRM 4 maart 2008, *El Morsli t. Frankrijk*, *NJ* 2008/457 (m.nt. Alkema), *EHRC* 2008/93 (m.nt. Gerards).

23 Zie hierover uitgebreider de grondige beschouwing van Jan-Peter Loof, 'Van praktische oplossing naar principiële stellingname: de CGB en de gewetensbezwaarde trouwambtenaren', in J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden 2008, p. 95-114.

24 Oordelen 2002-25 (met noot van Vermeulen in de *Oordelenbundel* 2002, p. 159 e.v.) en 2002-26. Zie voor een goede schets van de zaak die leidde tot oordeel 2002-25 en de achtergronden van de betreffende ambtenaar van de burgerlijke stand: A. Schinkel, *Conscience and Conscientious Objections*, Amsterdam 2007, p. 567-585.

25 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 30.

26 Zie onder meer het debat over dit onderdeel van het regeerakkoord: *Handelingen II* 2006/07, p. 2687, 2714, 2730-2731.

27 *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nrs. 1147, 1564, 1574; *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nrs. 1043 en 1223.

28 A.C. Hendriks, 'De gewetensbezwaarde ambtenaar. Als 't maar geen moslim is …', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1231-1232; A.G. Castermans, *Behoud van identiteit* (Dales-lezing), januari 2007, te vinden op www.cgb.nl onder 'artikelen en lezingen'.

29 Zie over dit oordeel de noot van Elsje Bonthuys elders in deze bundel. Zie ook de noot van J.P. Loof in *NJCM-Bulletin* 2008, p. 799-806.

30 *Trouwen? Geen bezwaar! Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand*, CGB-advies/2008/04.

geen ruimte biedt voor trouwambtenaren die religieuze gewetensbezwaren hebben tegen het homohuwelijk, hoewel dat indirect onderscheid op grond van godsdienst vormt, objectief gerechtvaardigd is. Ons inziens is de argumentatie in het oordeel en het advies onvoldoende. In de navolgende analyse concentreren wij ons op het advies.

De Commissie poogt in het advies uiteen te zetten op welke gronden zij tot wijziging van haar standpunt ten opzichte van 2002 is gekomen. Het is terecht dat die poging gewaagd wordt: materieel verschillen de casusposities niet.

Eerstens stelt de Commissie dat in het oordeel uit 2002 alleen is ingegaan op pragmatische, organisatorische overwegingen, terwijl thans uitdrukkelijk aandacht is geschonken aan de overige mensenrechtelijke vragen (p. 5). Het is ons inziens evenwel niet duidelijk waarom het oordeel uit 2002 louter pragmatisch is: het stelt dat ambtenaren van de burgerlijke stand die op religieuze gewetensbezwaren bezwaren hebben tegen het homohuwelijk ruimte gegund moet worden, tenzij dat op onhanteerbare organisatorische problemen stuit waardoor de gemeente haar plicht tot het sluiten van huwelijken – ook van personen van gelijk geslacht – niet meer na zou kunnen komen.

Bezien we vervolgens wat de Commissie aan mensenrechtelijke argumenten aanvoert om tot haar gewijzigde standpunt te komen. Ten eerste wijst zij op het recht om te huwen, onder meer neergelegd in artikel 12 EVRM. Daaruit leidt de Commissie af dat de gemeentelijke overheid gehouden is onder meer door haar personeelsbeleid de naleving van dit grondrecht te verzekeren (p. 8). Naar onze mening heeft artikel 12 EVRM hier echter niets mee te maken. Dit artikel luidt: 'Mannen en vrouwen hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen.' Deze bepaling ziet naar tekst en strekking, zoals ook tot uitdrukking komend in de vaste jurisprudentie van het EHRM,[31] enkel op het huwelijk van een man en een vrouw.

Vervolgens beroept de Commissie zich op de gelijkheidsnormen in het EVRM (artikel 14; Twaalfde Protocol) en het IVBPR (artikel 26). Daarbij wijst zij er met name op dat bij onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid ingevolge de jurisprudentie van het EHRM sprake is van een zeer verdacht criterium. Dat laatste moge in het algemeen waar zijn, maar geldt zeker niet voor het huwelijk. De meeste bij het EVRM aangesloten staten (er)kennen het homohuwelijk niet[32] – hoeven dat op grond van het EVRM ook niet te doen - en het ligt ook niet voor de hand dat het Hof zijn constante jurisprudentie[33], ingevolge welke het huwelijksinstituut zoals bestreken door het EVRM alleen ziet op personen van verschillend geslacht, zal verlaten.

Niettemin is het argument in zoverre van waarde, dat aangenomen moet worden dat indien een staat het homohuwelijk op gelijke voet als het 'klassieke' huwelijk erkent, op die staat de plicht rust – onder meer op grond van artikel 14 jo. 8 EVRM – om op voet van gelijkheid de mogelijkheid om te huwen te waarborgen.[34] Maar dat betekent toch niet dat de gemeente gehouden is in haar personeelsbeleid te verzekeren dat enkel personen aangesteld worden die ook homohuwelijken willen sluiten. Voldoende is dat de gemeente er middels haar personeelsbeleid voor zorgt *dat* die huwelijken gesloten kunnen worden; genoemde bepalingen vereisen niet dat die

---

31 EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. VK*, *EHRC* 2002/74 (m.nt. Janssen en Van der Velde), *NJCM-Bulletin* 2003, p. 336: 'Article 12 secures the fundamental right of a man and a woman to marry' (§ 98)

32 Naast Nederland (er)kennen op dit moment alleen België, Noorwegen en Spanje het homohuwelijk.

33 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie P. van Dijk, 'Article 12', in P. van Dijk et al. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 846-851.

34 Vgl. EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, *E.B. tegen Frankrijk*, *EHRC* 2008/44 (m.nt. Gerards): als een lidstaat eenouder-adoptie toestaat, moet die mogelijkheid ook voor homoseksuelen openstaan.

huwelijken door *wie dan ook* (door alle ambtenaren van de burgerlijke stand) gesloten worden.
Ten slotte roept de Commissie nog Richtlijn 2000/78/EG in. Maar deze richtlijn bevat enkel een verbod van discriminatie op grond van homoseksualiteit in *arbeid en beroep*, en ziet in het geheel niet op het sluiten van huwelijken.

De steekhoudende kern van de argumentatie van de Commissie kan derhalve niet gevonden worden in juridisch 'harde' mensenrechtelijke gronden. De essentie van de argumentatie ligt veeleer in juridisch 'zachte', morele uitgangspunten. Deze morele, ja moralistische benadering komt tot uitdrukking in de vraag zoals deze op p. 16 van het advies wordt geformuleerd: 'In het jongste oordeel gaat het echter om de vraag of een gemeente van iedere individuele buitengewoon ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijken sluit, los van eventuele praktische, organisatorische bezwaren.' Anders gezegd: mag van *iedere* buitengewoon ambtenaar verlangd worden dat hij alle huwelijken sluit, ook al zijn er *geen* feitelijke (praktische, organisatorische) beletselen die er aan in de weg staan dat ieder huwelijk gesloten wordt?
De Commissie beantwoordt deze vraag volmondig positief (p. 16), want: 'De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als de gemeente een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal niet snel gerechtvaardigd zijn.' Wat van deze motivering te denken? Zoals de Commissie zeer wel weet, heeft de wetgever een tweesporenbeleid voor ogen gehad: enerzijds moet het voor personen van gelijk geslacht mogelijk zijn om in elke gemeente te trouwen; anderzijds is het 'aan de desbetreffende gemeente om voor [gewetensbezwaarde ambtenaren] een oplossing te vinden, bijvoorbeeld in de sfeer van vervanging of inroostering'.[35] Thans wordt, met een beroep op die wetgever, het tweede spoor – pragmatische accommodatie – afgesloten. Het komt ons echter voor dat dat niet de bedoeling van die wetgever is geweest. Is daarmee niet al vastgesteld, dat het doel dat het indirecte onderscheid zou moeten legitimeren te breed geformuleerd is?
Vervolgens merken wij op dat de Commissie nalaat het begrip 'discrimineren' te preciseren. Een ambtenaar van de burgerlijke stand die op grond van zijn gewetensbezwaren niet verplicht wordt om homohuwelijken te sluiten 'discrimineert' volgens de Commissie een door de wet beschermde groep, hetgeen 'verstrekkende gevolgen voor de rechten van [die] door de wet beschermde groep personen' heeft (blijkbaar *ook* als de gemeente er voor zorg draagt dat alle homohuwelijken gesloten kunnen worden, en blijkbaar *zelfs* als de door de wet beschermde groep van de weigering van de individuele ambtenaar om homohuwelijken te sluiten niets merkt). De Commissie gebruikt ons inziens te grote woorden. Want wat wordt bedoeld als de Commissie stelt dat de betreffende ambtenaar 'discrimineert'? Is hij strafbaar, of overtreedt hij anderszins een wettelijk discriminatieverbod? De Commissie wijdt daar geen woorden aan. En overtreedt de gemeente hiermee een strafnorm, of een ander discriminatieverbod?[36] Ook dat wordt in het midden gelaten. En wat zijn de 'ver-

35 *Kamerstukken II* 2000/01, 26 672, nr. 12.
36 Een dergelijk verbod, voorzover dat al bestaat, vloeit in ieder geval niet voort uit de AWGB: het voltrekken van een huwelijk is een specifieke overheidsaangelegenheid, die niet valt onder het aanbieden van goederen of diensten (2002-24).

strekkende' gevolgen die de door de wet beschermde groep personen hebben te ondergaan? Ook dat wordt niet nader aangeduid. Die verstrekkende gevolgen lijken ons ook moeilijk hard te maken, nu *in confesso* is dat eventuele vrijstellingen van gewetensbezwaarden nimmer zo ver mogen gaan dat de gemeente haar plicht mag verzaken om te waarborgen dat de leden van de beschermde groep in die gemeente in het huwelijk kunnen treden. Al met al heeft de Commissie de proportionaliteitstoets niet indringend genoeg verricht.
Ten slotte. De Commissie heeft zich in expliciete zin alleen uitgelaten over de vraag of een gemeente gewetensbezwaarde ambtenaren *mag* weren. Zij heeft zich niet onomwonden uitgelaten over de vraag of de gemeente – mogelijk met inachtneming van overgangsrechtelijke voorzieningen – die ambtenaren *moet* weren. De betoogtrant in het advies en ook het oordeel gaan echter wel in de richting dat de gemeente daar inderdaad toe verplicht is.[37] Dat is ook logisch, want zou die verplichting er niet zijn, dan is er ook geen sprake van een zwaarwegende reden die de uitsluiting van genoemde ambtenaren rechtvaardigt, als er overigens voldoende mogelijkheden zijn om alle huwelijken in de betreffende gemeente gesloten te krijgen. Maar is de Commissie wel bevoegd om de uitspraak te doen dat de gemeente deze ambtenaren *moet* weren? Mag de Commissie wel oordelen over het al dan niet nakomen van plichten die niet in de AWGB neergelegd zijn of daaruit ten minste voortvloeien, en die niet anderszins uitdrukkelijk door de wetgever zijn opgelegd? En als dat al zou mogen, gaat het standpunt dat de openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht impliceert dat geen enkele trouwambtenaar meer mag weigeren een homohuwelijk te sluiten niet veel te ver in het licht van de wetsgeschiedenis?

Het kabinet heeft zich in antwoord op kamervragen naar aanleiding van het Commissie-oordeel op het standpunt gesteld dat alles bij het oude blijft, en bij het oude moet blijven: 'Gemeenten houden bij het aanstellen van trouwambtenaren een eigen verantwoordelijkheid binnen de bestaande (grondwettelijke) kaders. Voorop staat dat elke gemeente moet waarborgen dat het voltrekken van alle huwelijken in de betreffende gemeente mogelijk is en dat alle betrokkenen zich aan de wettelijke kaders dienen te houden. Het kabinet benadrukt tevens dat deze wettelijke taak van gemeenten ruimte laat voor het aannemen van trouwambtenaren met gewetensbezwaren, zolang er praktische oplossingen mogelijk zijn.'[38] Het zal niet verbazen dat wij dit standpunt juist achten. Of ook juist is de stelling van het kabinet dat het oordeel van de Commissie niet noodzaakt tot wetswijziging[39] valt te betwijfelen. Als er sprake is van een plicht om de gewetensbezwaarde trouwambtenaar te allen tijde te weren – zoals de Commissie vooronderstelt – en de huidige wetgeving bevat die onvoorwaardelijke plicht niet, dan betekent dat toch dat deze middels wetswijziging vastgelegd moet worden? Als we het wel zien, komt het standpunt van de regering er dan ook op neer dat oordeel en advies van de Commissie genegeerd moeten worden.

37 Aldus ook Loof 2008, reeds aangehaald, p. 100 en 110.
38 *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nrs. 2575 (Anker) en 2576 (Van der Ham).
39 *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 2576 (Van der Ham).

4 DE OORDELEN

In 2008 werden door de Commissie 19 oordelen uitgesproken over klachten inzake onderscheid op grond van *godsdienst*. De gronden *levensovertuiging* en *politieke gezindheid* leverden in 2008 net als in 2007 geen uitspraken op. Ook op een ander punt is er geen verschil met de oordelenproductie van het voorgaande jaar: het overgrote deel van de oordelen had van doen met voorschriften met betrekking tot het lichaam en kleding, en met name de hoofddoek. Ook de kwestie van het handenschudden passeert opnieuw de revue. Hiermee hangt samen dat de islamitische geloofsovertuiging het meest betrokken is in procedures voor de Commissie; dit gaat op voor 15 van de 19 uitgebrachte oordelen waarin de discriminatiegrond *godsdienst* aan de orde is. Enkele zaken zijn qua geloofsovertuiging terug te brengen op christelijke overtuigingen en in één geval kwam de joodse geloofsovertuiging aan bod.

De belangrijkste oordelen worden hierna besproken. Achtereenvolgens komen aan bod onderwijskwesties (4.1) en conflicten buiten het onderwijs, waarbij de zaken waarin de positie van de overheid zelf in het geding is, bijzondere aandacht verdienen (4.2).

4.1 Kwesties in het onderwijs

De Commissie kreeg in 2008 weer de gelegenheid te oordelen over het door onderwijsinstellingen gevoerde of te voeren beleid inzake de toelating van leerlingen/studenten en de werving van personeel/stagiaires. Enkele malen speelde daarbij het beleid van de school in relatie tot de religieuze grondslag een belangrijke rol.

In oordeel 2008-112 wordt het toelatingsbeleid van een rooms-katholieke basisschool onder de loep genomen. Het door de school gehanteerde toelatingsbeleid is gekoppeld aan het doopsacrament, hetgeen erop neer komt dat in beginsel alleen kinderen worden toegelaten tot de school die katholiek zijn gedoopt. Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat ook een kind dat niet gedoopt is maar wel katholieke ouders (of ten minste een katholieke ouder) heeft, toch in aanmerking komt voor toelating. Dit toelatingsbeleid wijkt af van de informatie met betrekking tot het toelatingsbeleid zoals uiteengezet op de website van de school: dat beleid (dat kennelijk gericht is op het reguleren van de groei van de school, overweging 2.10) kan worden gekarakteriseerd als een voorkeursbeleid voor katholiek gedoopte leerlingen en voor broertjes of zusjes van eerder ingeschreven leerlingen, waarbij in tweede instantie andere kinderen ook in aanmerking komen. Een en ander is neergelegd in een op de website van de school geplaatst puntensysteem waarin eerst en vooral het katholieke element gewicht krijgt. Het puntensysteem ziet er als volgt uit: - 'Kind is katholiek gedoopt 1 punt. - Eén of beide ouders zijn katholiek gedoopt 1 punt. - Kind van een leerkracht in dienst bij SKOA [verweerster] 1 punt. - Kind is woonachtig in de gemeente . . . . 1 punt' (overweging 2.9). Uit de schoolgids blijkt dat de school de katholieke identiteit tot uiting doet komen in het schoolleven door onder meer vieringen, ook in parochieverband (bijvoorbeeld in de vorm van gezinsvieringen). Catechetisch onderricht en vieringen zijn met elkaar verbonden.
Sinds september 2006 hanteert de school naar eigen zeggen een stringenter toelatingbeleid, dat inhoudt dat na 30 september 2003 geboren kinderen alleen worden ingeschreven indien ze katholiek gedoopt zijn. Dit nieuwe beleid staat evenwel nog niet op papier.
Verzoekster meldt haar zoon aan op 4 september 2006. De school laat hem op basis

van het verscherpte beleid niet toe omdat hij niet gedoopt is: ter zitting verklaart de school dat "alleen kinderen worden toegelaten die op basis van een bewuste keuze katholiek zijn gedoopt en niet (...) alleen maar zijn gedoopt om te kunnen worden toegelaten tot de basisschool" (overweging 3.16).
Met het voeren van een toelatingsbeleid waarbij een religieus criterium – het vanuit een bewuste keuze van de ouders katholiek gedoopt zijn – doorslaggevend is, wordt volgens de Commissie direct onderscheid gemaakt op grond van godsdienst. De school doet ter rechtvaardiging beroep op de uitzonderingsbepalingen van de wet (artikel 7, tweede lid, AWGB). Of de basisschool met recht een beroep kan doen op deze uitzonderingsbepaling beoordeelt de Commissie aan de hand van de grondslag van de instelling en de al dan niet bestaande noodzaak (van het stellen) van de onderscheidmakende eis. De school voert dan ook aan dat de doopvoorwaarde nodig is voor het waarborgen van de katholieke schoolidentiteit; dit zorgt ervoor dat de leerlingen op de basisschool qua thuisachtergrond bekend zijn met de katholieke identiteit en met de daarbij horende vieringen en gebruiken.
De Commissie komt in haar oordeel tot de slotsom dat de gestelde eis weliswaar nodig kan zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de school, maar concludeert terecht dat het op die eis gebaseerde toelatingsbeleid *in casu* niet consequent is uitgevoerd en gehandhaafd. Dat een school een toelatingsbeleid mag aanscherpen staat buiten kijf, maar dat dient dan weloverwogen en openlijk te gebeuren. De informatie die de school via schoolgids, website en inschrijvingsformulieren verstrekte was niet in overeenstemming met het aangescherpte beleid. Bovendien werd dit nieuwe beleid niet consequent toegepast. In het oordeel wordt verwezen naar de toelating in schooljaar 2007-2008 van twee gereformeerd gedoopte kinderen. De Commissie lijkt hier strenger dan een jaar eerder in haar oordeel 2007-61, maar dat is slechts schijn.[40] De school *zelf* ziet het aannemen van gereformeerd gedoopte kinderen immers ook als een inconsequentie in het licht van het eigen beleid (overweging 3.14).
Het oordeel lijkt als uitgangspunt te nemen dat het verwezenlijken van een katholieke grondslag tevens moet inhouden dat de samenstelling van het personeel en van het schoolbestuur met ten minste eenzelfde 'zuiverheid' zou moeten worden gevoerd als het toelatingsbeleid voor leerlingen (overweging 3.12). In het algemeen komt ons dat juist voor. Leerkrachten en schoolbestuur zijn, meer dan leerlingen, dragers van de religieuze grondslag van de school. Als men al van leerlingen een bepaalde mate van loyaliteit aan die grondslag verlangt, dan moet dat a fortiori van leerkrachten en schoolbestuur verlangd worden. Niettemin zijn uitzonderingssituaties denkbaar, in de zin dat ten aanzien in het benoemingsbeleid wel 'water bij de wijn' gedaan wordt, terwijl ten aanzien van leerlingenaanname stringent aan de grondslag vastgehouden worden. Zo is het voor scholen van confessionele minderheden (islamitische scholen, joodse scholen) niet zelden door gebrek aan aanbod feitelijk onmogelijk een personeelsbestand op te bouwen dat geheel uit eigen kring betrokken wordt. In een dergelijk geval is voorstelbaar dat men kandidaten aanneemt die niet tot de betreffende geloofsgemeenschap behoren: het onderwijs moet immers gegeven worden.
In de voorgelegde zaak is het overigens zo dat personeelsleden en bestuursleden de grondslag moeten *onderschrijven*, hetgeen een sterker engagement vraagt dan een louter *respecteren* (of zelfs sterker dan het gewoon van huis uit 'katholiek zijn'). In het gebruikelijke onderwijsrechtelijke jargon wordt onder 'onderschrijven' van de katholieke grondslag verstaan: 'katholiek zijn'. Merkwaardig is in dit verband dan wel dat enerzijds van alle bestuursleden gevergd wordt dat zij de grondslag onderschrijven – dus: katholiek zijn – maar dat de statuten het anderzijds voldoende achten dat een

40 Zie ons commentaar in de *Oordelenbundel* 2007, p. 106.

meerderheid van de bestuursleden de katholieke levensovertuiging heeft. Ook dit getuigt niet direct van een consistente handhaving van de grondslag.

Ook in oordeel 2008-04 is toelating tot het onderwijs aan de orde, maar nu is niet zozeer de toepassing van de materiële criteria, maar veeleer de toelatings*procedure* in het geding.[41] Het betreft de onmogelijkheid voor een joods-orthodoxe vrouw om te worden toegelaten tot de opleiding tandheelkunde, nu ze om godsdienstige redenen niet in de gelegenheid is aan de toelatingsprocedure deel te nemen, die plaats vindt op de zaterdag. De procedure komt neer op een indirect onderscheid op grond van godsdienst tegen orthodoxe joodse gelovigen die het sabbatsgebod naleven. Het doel (selecteren van de meest geschikte aspirant-studenten) is op zichzelf legitiem en het middel (het daartoe organiseren van één centrale selectiedag) geschikt. De toepassing van de selectieprocedure *in concreto* voldoet evenwel mogelijk niet aan de proportionaliteitstoets. De Commissie is er niet van overtuigd dat de door de universiteit aangebrachte praktische bezwaren met betrekking tot alternatieve selectiemogelijkheden beletten dat er op een andere dag dan de zaterdag voor de betreffende studente een uitzondering wordt gemaakt: er is onvoldoende zorgvuldig bezien of zo een uitzondering niet mogelijk is. Derhalve is sprake van verboden indirect onderscheid wegens godsdienst.

Viermaal werden de Commissie kwesties voorgelegd in verband met het dragen van hoofddoeken in *stage*situaties (2008-14, 2008-73, 2008-121 en 2008-128). We stippen kort de twee oordelen aan die zich de context van het onderwijs voordeden.
In oordeel 2008-73 is de vraag aan de orde of een confessionele school verboden onderscheid naar godsdienst heeft gemaakt door een stagiaire (mondeling) op te dragen haar hoofddoek naar achteren geknoopt te dragen. Het oordeel kwalificeert dit, wegens de manier waarop het verzoek aan de stagiaire was gericht, als een kledingeis die indirect onderscheid maakt, omdat daarmee in het bijzonder vrouwen worden getroffen die het islamitische geloof belijden en daaraan uiting geven door met de hoofddoek ook borst en hals te bedekken. Na afweging acht de Commissie het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd, omdat het middel niet noodzakelijk wordt geacht om het doel – de veiligheid van medewerkers en leerlingen op de school – te bereiken. Hierbij speelt mee dat de stagiaire, betrokken bij onderwijs op het terrein van maatschappijleer, niet in situaties kwam waar de veiligheidssituatie aan de orde was. De Commissie beveelt de school daarom aan de kledingregels die zij wil opstellen in het kader van de veiligheid op school, specifieker te formuleren en meer toe te spitsen op gevallen en plaatsen waarin de veiligheid in het geding kan zijn en deze regels op schrift te stellen. De Commissie sluit hier aan bij de reeds lang uitgezette oordelenlijn.
Bovendien moest worden nagegaan of de school verboden onderscheid op grond van godsdienst had gemaakt doordat de schooldirecteur de stagiaire discriminatoir had bejegend en of de school in strijd had gehandeld met de wet door een klacht over discriminatoire bejegening door een collega-docent niet te onderzoeken. Het onderzoek naar de discriminatoire bejegening eindigt in het oordeel dat er geen vermoeden van discriminatie op de werkvloer rijst. De Commissie dient daartoe wel uit te maken of het gehanteerde taalgebruik (de vergelijking van de hoofddoek met 'een slobbertrui') pejoratief moet worden geduid. De Commissie vindt van niet.[42] De

41 Zie uitgebreid over dit oordeel de annotatie van Overbeeke elders in deze bundel.
42 In casu stond de woordkeuze van de directeur op zichzelf en waren er geen andere factoren die stof zouden geven aan de opvatting dat het om een negatief bedoeld woordgebruik ging.

school handelde niet in strijd met de wet bij de klachtbehandeling, omdat er grenzen zijn aan de zorgplicht van de werkgever om klachten over discriminatie te behandelen. In dit geval was er onvoldoende aanleiding voor de school om actie te ondernemen.

Een andere situatie doet zich voor in oordeel 2008-121, waar een stagiaire, in opleiding tot docente economie, alleen welkom is bij een rooms-katholieke school wanneer zij op school haar hoofddoek afdoet. De school geeft de rooms-katholieke identiteit mede vorm door het werken met een beleidsplan waarin identiteit een van de aandachtsvormen van de kwaliteitszorg is. De schoolidentiteit verzet er zich tegen dat personeelsleden zichtbaar uiting geven aan een andere godsdienstige overtuiging dan de katholieke. Dat het dragen van een islamitische hoofddoek onverenigbaar is met de katholieke identiteit is niet als zodanig vastgelegd; het vereiste vloeit voort uit de (op zichzelf ruime) interpretatie die de school geeft aan het begrip "onderschrijven van de grondslag": medewerkers behoeven niet zelf katholiek te zijn, maar moeten de katholieke traditie wel kennen en bereid zijn rooms-katholieke waarden uit te dragen en daaraan loyaal vorm te geven (overweging 3.13). Leerlingen mogen wél religieuze kentekenen dragen van een ander geloof.
De school voert dit beleid, dat een direct onderscheid op grond van godsdienst inhoudt, op consistente wijze door. Het vereiste geldt voor alle medewerkers in de school, en niet enkel voor een bepaalde categorie. Dat leerlingen wel uiting mogen geven aan een andere levensovertuiging doet volgens de Commissie weliswaar aan die consistentie af, maar de Commissie wijst er terecht op dat bijzondere scholen strengere eisen mogen stellen aan medewerkers – de identiteitsdragers bij uitstek – dan aan leerlingen (overweging 3.17).[43] Daaruit volgt dat van de stagiaire kon worden verwacht dat ze zich onthoudt van gedragingen die niet in overeenstemming zijn met het 'onderschrijven' van de katholieke identiteit. De school doet derhalve een geslaagd beroep op de uitzonderingsbepaling in artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB.

De positie van *docenten* kwam aan de orde in de oordelen 2008-91 en 2008-145. Oordeel 2008-91 betreft het handelen van een onderwijsinstelling bij het vervullen van een vacature voor de functie van een docent Nederlands als Tweede Taal.[44] Deze betrekking zou moeten worden vervuld door een docent die vervolgens gedetacheerd zou worden naar een onderdeel bij een gemeente dat zorg draagt voor reïntegratieprojecten van anderstalige langdurig werklozen.[45]
Tot de cursistengroep van langdurig werklozen behoren doorgaans ook personen die religieuze kleding dragen. De gemeente stelde als functie-eis aan sollicitanten dat zij als docent de cursisten dienden aan te moedigen om zich neutraal te kleden, dan wel om zich gematigder (nl. niet op 'orthodoxe' wijze) te kleden wat religieuze kleding betreft, om hiermee hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Een moslima die aan deze functie-eis weigert te voldoen wordt afgewezen. Zij wenst de cursisten aan te moedigen hun draai in de maatschappij te vinden met behoud van hun religieuze identiteit, in het besef dat een 'orthodoxe' uitstraling de kansen op de arbeidsmarkt kan verkleinen. De onderwijsinstelling conformeert zich aan de beslissing van de gemeente. De moslima wendt zich vervolgens tot de Commissie.

---

43 De Commissie verwijst naar *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 22: 'Gelet op de verschillende positie van enerzijds personeel en anderzijds leerlingen of andere onderwijsdeelnemers in een onderwijsinstelling, voor wat betreft de verwezenlijking van de grondslag, de eisen aan laatstgenoemden minder stringent zullen zijn dan aan het personeel van een onderwijsinstelling'.
44 Zie ook de noot van Zoontjens bij dit oordeel, elders in deze bundel.
45 Ook het handelen van de gemeente werd getoetst (zie paragraaf 4.2 over dit oordeel – 2008-92).

In deze zaak is niet de vraag aan de orde of het eigen kledinggedrag van de sollicitante aanvaardbaar is, maar een geheel andere: mag van een docente verwacht worden dat ze haar cursisten aanmoedigt een geloofsmanifestatie achterwege te laten? De verzoekster meent dat de *weigering om iets te verkondigen* in het verlengde ligt van het *spreken* over de eigen geloofsopvattingen. De Commissie merkt deze weigering aan als een uiting van geloofsovertuiging. De door de school/gemeente gestelde eis kan dan ook worden getoetst aan de AWGB, die werknemers beoogt te beschermen tegen discriminerende voorschriften, regels en instructies van een werkgever die hem direct in zijn belang raken. Er is sprake van indirect onderscheid (op grond van godsdienst) nu het voorschrift zich tot alle docenten richt. De vervolgvraag is dan of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Noch het doel dat de werkgever met de gestelde eis nastreeft, noch het middel zelf zijn problematisch. Het vereiste draagt bij tot het vergroten van de kansen van de cursisten op de arbeidsmarkt; het dragen van kleding met een 'orthodoxe uitstraling' verkleint deze kans. De noodzakelijkheid van het middel is echter niet aangetoond: de school heeft niet toegelicht waarom door een docent niet kan worden volstaan met het voorhouden aan cursisten van de effecten van bepaalde (religieuze) kledingkeuzes op de kansen op de arbeidsmarkt. Een dergelijke, minder verkondigende en daarmee de geloofsovertuiging minder rakende, taak had de betrokken sollictante wel voor rekening willen nemen. Derhalve concludeert de Commissie dat sprake is van verboden indirect onderscheid.

In oordeel 2008-145 werd de Commissie door een stichting voor openbaar onderwijs gevraagd haar licht te laten schijnen over een ten behoeve van het personeel uitgewerkte *gedrags- en integriteitscode*.[46] Die code zou de onderwijsinstelling ruimte moeten bieden om op grond ervan a) personeel te dwingen tot het schudden van handen met personen van beide seksen en b) personeel het dragen van gezichtsbedekkende kleding te verbieden. De eerste kwestie, die de omgangsvormen betreft, raakt de arbeidsomstandigheden en vraagt om een oordeel onder artikel 5, eerste lid, onderdeel h, AWGB. De tweede kwestie betreft de arbeidsvoorwaarden en valt onder artikel 5, eerste lid, onderdeel e, AWGB.
Het voorschrift inzake handen schudden staat niet expliciet in de code, maar deze bedoelt wel uit te drukken dat een dergelijke handelwijze van de personeelsleden verlangd wordt.
De Commissie grijpt terug op haar vaste oordelenlijn en houdt verzoekster voor dat toepassing van dit voorschrift indirect onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg heeft.[47] In de voorgelegde situatie wordt hiervoor door de school geen objectieve rechtvaardiging geboden. De Commissie kan de vraag naar het eventueel verboden karakter van het indirect onderscheid niet beantwoorden omdat daartoe onvoldoende concrete aangrijpingspunten voorhanden zijn: het wachten is op de feiten in een concreet geval en op de in dat concrete geval aangevoerde rechtvaardiging. De Commissie acht het achterliggende doel dat de school voor ogen staat bij het hanteren van de richtlijn, 'het overdragen van waarden binnen de school', over het algemeen legitiem. Daarbij dient echter wel – aldus de Commissie – beseft te worden dat niet elke ter bereiking van dit doel voorgeschreven gedragsregel geschikt is om fundamentele waarden over te dragen, omdat gedeelde fundamentele waarden tot uiting kunnen komen in verschillende gedragingen die – geïnterpreteerd vanuit de

46 Zie ook (omtrent dezelfde onderwijsinstelling) oordeel 2006-220 en oordeel 2006-221 (functie-eis handenschudden), besproken in *Oordelenbundel* 2006, p. 104-105 en (annotatie Vermeulen) p. 366-369.
47 Zie de in de vorige noot genoemde oordelen, alsmede oordeel 2006-202. Zie over het handenschudden verder oordelen 2007-77 (beoordeling aan ouders opgelegde omgangscode) en 2007-181 (arbeidsreïntegratie en handenschudden), beide besproken in *Oordelenbundel* 2007, p. 109-110.

eigen achtergrond – een verschillende of zelfs tegengestelde betekenis lijken te hebben.
De gedragscode zou de school tevens als aanknopingspunt willen hanteren voor het invoeren van een verbod op gezichtsbedekkende kleding. De Commissie knoopt ook hier aan bij de eerdere oordelen: toepassing van dit kledingvoorschrift heeft indirect onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg, dat onder omstandigheden, gelet op het belang van open communicatie en identificatie in het onderwijs, objectief gerechtvaardigd kan zijn.[48] Zij komt tot de aanbeveling het voorschrift expliciet in de code op te nemen onder vermelding van de doelen die ermee bereikt zouden moeten worden.

Op uiteenlopende wijze kwam de positie van de *overheid*, meestal de gemeente, in enkele zaken aan de orde. Oordeel 2008-40, waarin de Commissie 'omging' en thans concludeerde dat het weren van ambtenaren van de burgerlijke stand die uit geloofsmotieven weigeren homohuwelijken te sluiten legitiem (en vermoedelijk zelfs verplicht) is, is al uitgebreid aan de orde gekomen in paragraaf 3.
In oordeel 2009-29 was de vraag aan de orde of een gemeente verboden onderscheid op grond van godsdienst valt te verwijten als ze (in het kader van de Wet Werk en Bijstand) weigert een integratietraject te accepteren, waarbij de reïntegratieplaats binnen de geloofsgemeenschap van de betrokken cliënt gesitueerd is. De argumenten van de gemeente om het traject niet goed te keuren richtten zich geheel op de aard van de werkzaamheden die verricht zouden worden (vrijwilligerswerk dat onvoldoende zou zijn toegespitst op arbeidsinschakeling). Nergens was gebleken dat de godsdienstige overtuiging van de verzoeker of het gegeven dat de reïntegratieplaats bij een *geloofsgemeenschap* was gezocht een rol speelde in de weigering. Een vermoeden van onderscheid ontbrak.
In oordeel 2008-92 komt de Commissie tot de (aan het hierboven besproken oordeel 2008-91 ten aanzien van de werkgever-onderwijsinstelling gelijkluidende) conclusie dat een gemeente, die voor het uitvoeren van reïntegratieprojecten voor langdurig werklozen, van zijn docenten Nederlands als tweede taal eist dat zij de cursisten aanmoedigen zich gematigd te kleden als het om religieuze kleding gaat, een verboden indirect onderscheid maakt op grond van godsdienst.

Voorts oordeelde de Commissie over het opleggen van een uniformplicht en de daarmee samenhangende vraag of uniformdragers het dragen van een onder meer een hoofddoek verboden mag worden (oordeel 2008-123).[49] Over die laatste kwestie, de combinatie van uniform en hoofddoek, komt de Commissie uiteindelijk niet tot een oordeel.
De zaak betreft een moslima die als buitengewoon opsporingsambtenaar bij de politie een functie heeft als medewerkster informatievoorziening. Ze verricht haar werk (waaronder loketwerkzaamheden) in burgerkleding; om geloofsredenen draagt ze een hoofddoek. Door uitbreiding van haar takenpakket naar werkzaamheden in het cellencomplex voor vreemdelingenbewaring wordt zij geconfronteerd met een uniformplicht, welke plicht ook wordt uitgebreid naar loketfuncties. De werkgever beoogt hiermee de herkenbaarheid van het personeel voor de burgers te bevorderen. Een tweede reden is de neutrale uitstraling die het uniform met zich meebrengt. In de betreffende politieregio mag een uniform niet worden gecombineerd met een hoofddoek.

48 Oordeel 2006-239.
49 Zie ook de annotatie bij dit oordeel van Uzman, verderop in deze Oordelenbundel.

In de voorgelegde zaak dient te worden uitgemaakt of het uniformgebod – indirect onderscheid op grond van godsdienst - gerechtvaardigd kan worden. Bij de beantwoording van die vraag onderscheidt het oordeel terecht naar de *aard van de werkzaamheden*. In het geval van de werkzaamheden in het cellencomplex ontbreekt een objectieve rechtvaardiging omdat daar feitelijk geen sprake is van publiekscontacten (overwegingen 3.19 en 3.23). Dat ligt anders bij het vervullen van loketwerkzaamheden, waar 'herkenbaarheid en neutrale gezagsuitstraling' van politiefunctionarissen zwaar mogen wegen. Opvallend is dat de Commissie daarbij aan de politie een ruime beoordelingsvrijheid toekent (overweging 3.27). Deze genuanceerde aanpak spreekt ons aan; inclusief de erkenning dat het bevoegd gezag op de werkvloer, waar het gaat om publiekscontacten, een beoordelingsmarge gegund moet worden.
De andere vraag - of het algemene verbod op het combineren van uniform en hoofddoek toelaatbaar is - beantwoordt de Commissie niet, onder meer omdat de minister van BZK daarover nog duidelijkheid zal dienen te verschaffen. Wel wordt in herinnering gebracht dat de Commissie in het *Advies inzake uiterlijke verschijningsvormen politie: Pluriform uniform?* (advies 2007/08) aangaf hoe een eventueel landelijk verbod op het dragen van een hoofddoek in combinatie met een politie-uniform zich verhoudt tot de eisen die de AWGB stelt. Zij gaf daarin aan hoe de belangen van de politieorganisatie enerzijds en van gelovigen die aan bepaalde godsdienstige verplichtingen willen voldoen anderzijds tegen elkaar moeten worden afgewogen. Van belang is daarbij dat een hoofddoekverbod tot gevolg heeft dat leden van specifieke bevolkingsgroepen worden uitgesloten van deelname aan belangrijke onderdelen van het politiewerk. Een dergelijke uitsluiting van arbeidsmarktparticipatie, in het bijzonder waar het gaat om een overheidsorganisatie met zo'n geheel eigen, belangrijke rol in de samenleving als de politie, moet op zwaarwegende belangen berusten, temeer wanneer de wens van de politieorganisatie om een afspiegeling te zijn van de samenleving in ogenschouw wordt genomen.
We hebben er wel begrip voor dat de Commissie in afwachting van het kabinetsstandpunt ter zake zich van een oordeel onthoudt. De Commissie beroept zich echter mede op de scheiding der machten – de taakverdeling tussen bestuur en (semi-) rechtspraak. Dat vinden we nogal merkwaardig. Zou de Commissie een rechter zijn, dan zou het zich onthouden van een oordeel in strijd zijn met het verbod van rechtsweigering (artikel 13 Wet Algemene Bepalingen). Juist omdat de Commissie *geen* rechter is, en haar oordelen 'slechts' de status hebben van een gezaghebbend advies valt haar handelwijze in casu wel te billijken.
Overigens heeft de Minister van BZK zich in haar reactie op CGB-advies/2007/08 op het standpunt gesteld dat de gewenste neutraliteit van de politie met zich brengt dat uitingen van godsdienst en levensovertuiging ontoelaatbaar moeten worden geacht voor alle politiemedewerkers die het uniform dragen, en voor alle overige medewerkers belast met publieksfuncties, waarbij met name gedacht wordt aan medewerkers belast met politietaken die contact onderhouden met het publiek. Een en ander zal in regelgeving vastgelegd gaan worden.[50] In paragraaf 5 komen we nog op deze reactie terug.

Het oogmerk om een personeelsbestand te realiseren dat een afspiegeling vormt van de samenleving is aan de orde in tussenoordeel 2008-143, dat handelt over de modaliteiten van *positieve actie*: vormt een op diversiteit gericht personeelsbeleid van een gemeente waarmee wordt gepoogd 'mensen die hun herkomst hebben in een land met een islamitische signatuur' aan te trekken verboden onderscheid op grond van

50 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 628, nr. 109, p. 3-4.

godsdienst?[51] De Commissie oordeelt dat er geen sprake is van een direct onderscheid op grond van godsdienst. De term 'land met een islamitische signatuur' betekent niet hetzelfde als het voeren van een voorkeursbeleid op grond van een islamitische geloofsovertuiging van sollicitanten. Wel is denkbaar dat met de formulering een (mogelijk objectief te rechtvaardigen) indirect onderscheid naar godsdienst wordt gemaakt doordat met name mensen met islamitische geloofsovertuiging tot de doelgroep zullen blijken te behoren, of omgekeerd: dat niet-islamitische mensen uit landen met een islamitische signatuur zich niet aangesproken zullen voelen.
Daarenboven moet bij het vervullen van vacatures aan de hand van een voorkeursbeleid voldaan worden aan enkele extra voorwaarden, zoals het bestaan van een significante en aantoonbare achterstand. De Commissie hanteert bij het beoordelen van een voorkeursbeleid de strenge toets, terug te vinden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot het voorkeursbeleid voor vrouwen.[52] Daarbij worden drie criteria gehanteerd: de achterstand van de doelgroep moet zijn aangetoond en worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod; de regeling moet waarborgen dat sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling van de kandidaten, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria met betrekking tot de persoon van de kandidaten; en het onderscheid moet in redelijke verhouding staan tot het doel. De Commissie acht de onderbouwing van het voorgenomen voorkeursbeleid van de gemeente ten aanzien van al deze drie criteria onvoldoende. De achterstand *van de doelgroep* is niet aangetoond (de relevante arbeidsmarkt is niet omschreven, cijfermatige onderbouwing van het aantal gekwalificeerde allochtone en autochtone kandidaten ontbreekt, een vergelijking met andere culturele minderheidsgroepen is niet mogelijk). Verder blijkt uit de nadere toelichting van het voorgenomen voorkeursbeleid dat kandidaten die niet passen in het voorkeursprofiel al in de eerste selectieronde uitgeschakeld worden, zodat aan de tweede voorwaarde niet kan worden voldaan. De proportionaliteitstoets ten slotte is onuitvoerbaar omdat de mate van achterstand van de doelgroep (het eerste criterium) niet is vastgesteld.
Het voorkeursbeleid strekt zich ook uit tot het voorzien in *stageplaatsen*, en is daarmee gericht op het scheppen van gelijke kansen op de arbeidsmarkt. Hierop is weliswaar een minder strenge toets van toepassing, maar de Commissie acht het hanteren van een quotaregeling toch een te zwaar middel: de loutere mededeling aan een opleiding graag studenten uit de doelgroep ziet komen zal volgens de Commissie reeds een positief effect kunnen hebben.

5 TOEKOMST

Zoals we in de vorige Oordelenbundel reeds concludeerden kunnen we de komende jaren verwachten dat een aantal interessante kwesties met een gemeenschappelijke noemer uitkristalliseert. In de inleiding is aangegeven dat er discussie bestaat over de vraag of uitingen van religieuze (christelijke en islamitische) orthodoxie niet uit het openbare leven moeten worden teruggedrongen. Invoering van enigerlei vorm van een direct of indirect boerkaverbod is voorstelbaar. De wetsvoorstellen van Wilders en Kamp maken vermoedelijk niet veel kans; een voor een of meer specifieke sectoren geschreven regeringsvoorstel, in de tweede helft van 2009 te verwachten, zou mogelijk wel het Staatsblad kunnen halen. Het wachten is daarnaast nog op het arrest van de Hoge Raad inzake de (on)toelaatbaarheid van overheidssubsidie voor de SGP.

51 Dit oordeel wordt elders in deze bundel ook besproken door Groenendijk.
52 Overweging 3.8. Verwezen wordt naar de oordelen 2006-61 en 2008-81.

Verder is naar aanleiding van uitlatingen van PVV-voorman Wilders belangwekkende jurisprudentie te verwachten over de verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en strafrechtelijke discriminatieverboden gericht op bescherming van religieuze groepen, en zal de discussie over het afschaffen van de strafbaarstelling van godslastering (artikel 147 Sr), al dan niet onder gelijktijdige aanscherping van het verbod op belediging van personen wegens hun godsdienst (artikel 137c Sr), nog wel even blijven doorgaan.[53]
Tenslotte wijzen we er nogmaals op dat de Europese Commissie het nodig heeft gevonden om Nederland in gebreke te stellen vanwege onjuiste omzetting in de AWGB van de zogenaamde 'Kaderrichtlijn'.[54] Punten van kritiek zijn onder meer artikel 3 en de enkele feit-constructie in artikel 5, tweede lid, AWGB. In lijn hiermee heeft de Commissie Gelijke Behandeling voor aanpassing van genoemde bepalingen gepleit.[55] Het kabinet heeft zich op het standpunt gesteld dat de AWGB voldoet aan de eisen die de Kaderrichtlijn stelt[56], maar heeft niettemin onlangs aan de Raad van State advies gevraagd 'of er mogelijkheden zijn, en zo ja welke, om de artikelen van de AWGB waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG dat de enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de AWGB neergelegde balans tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het non-discriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft.'[57] Naar aanleiding van dit advies (verwacht voor de zomer) zal het kabinet in het najaar zijn standpunt ten aanzien van de ingebrekestelling nader bepalen.[58]

Achter deze vragen naar de toelaatbaarheid van direct en indirect onderscheid op grond van godsdienst en van (anti-discriminatie)wetgeving ten gunste of ten nadele van de vrijheid van godsdienst ligt veelal de gemeenschappelijke vraag naar de (mate van) *neutraliteit van de overheid*. Het (in paragraaf 3 besproken) Commissieoordeel 2008-40 en het CGB-advies over de gewetensbezwaarde ambtenaar van de burgerlijke stand zijn daarbij exemplarisch. Daarin komt klip en klaar naar voren dat de belangrijkste voorvraag, voorafgaand aan het eventuele afwegen van de in het geding zijnde belangen, is welk type overheid we willen en hoe het antwoord op die vraag kan worden doorvertaald naar de individuele ambtenaar.[59] Hetzelfde geldt de kwestie van de aan de uniformplicht gekoppelde voorschriften met betrekking tot religieuze kledingregels (oordeel 2008-123), ook al gaat het daar niet om de taakvervulling maar over de perceptie, de 'uitstraling'. Beide dossiers weerspiegelen een tendens tot uniformeren. Zo komt het er voor het kabinet op aan – zo blijkt uit de eerder genoem-

53 Zie hierover *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nrs. 8, 130, 159 en 173; alsmede *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 33, waarin de Minister van Justitie voorstelt om artikel 147 Sr te schrappen, maar tevens artikel 137c Sr in zoverre te verduidelijken, dat zeker gesteld wordt dat ook beledigende uitlatingen over een bepaalde godsdienst strafbaar zijn, ook zonder dat deze expliciet de groep mensen betreft die die godsdienst aanhangen. Blijkens het in paragraaf 1 aangestipte arrest van de Hoge Raad van 10 maart 2009, *LJN*: BF0655, zal een dergelijke verduidelijking neerkomen op een *uitbreiding* van de delictsomschrijving.
54 Richtlijn 2000/78/EG inzake een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep op grond van godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, *PbEG* 2000 L303/16. De AWGB wordt geacht deze richtlijn te implementeren.
55 CGB-Advies/2008/02 inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG. In dezelfde zin A.B. Terlouw en A.C. Hendriks, 'Gebrekkige implementatie Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn door Nederland', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 616-629.
56 *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nrs. 34, 40 en 42.
57 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 2.
58 *Kamerstukken II* 2008/09, 27 017, nr. 48.
59 Deze kernvraag wordt aan de orde gesteld in H. van Ooijen, 'Gewetensbezwaren van ambtenaren: de gulden middenweg of de weg van de minste weerstand', in J.P. Loof (red.) *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden 2008, p. 91-93.

de brief over de *lifestyle-neutraliteit* van de politie[60] - dat de politie er 'absoluut onpartijdig' *uitziet*. Aan 'de neutraliteit van de politie' wordt afbreuk gedaan door 'zaken die uiting geven aan een bepaalde levensstijl of –overtuiging, zoals hoofddoekjes, kruisjes (...)'.

Het invullen van een begrip als 'neutraliteit' is evenwel geen eenvoudige opgave. De Commissie stelde in 2007 terecht: 'De uiteindelijke uitleg weerspiegelt in veel gevallen een eigen – mede op politiek en (niet-)godsdienstige opvattingen gebaseerde – visie op representativiteit en neutraliteit'.[61] Het te hanteren neutraliteitsconcept hangt nauw samen met het voorgestane type van kerk en staat-verhouding.[62] Hoewel veranderingen op dit punt niet uitgesloten kunnen worden, gaan we er van uit dat het Nederlandse model nog steeds mildere neutraliteitseisen hanteert dan bijvoorbeeld het Franse model van secularistisch laïcisme.[63] Maar het lijkt er op dat een zekere verschuiving op de as tussen mild en streng niet kan worden uitgesloten. Het eisen van lifestyle-neutraliteit van de politie en ook de rechterlijke macht vormt daarbij een element. Het uitbreiden van een dergelijke eis naar alle ambtenaren en overheidsdienaren, in welke functie dan ook, is nog een stap verder, die in het huidige Nederlandse model niet past.[64] Vermoedelijk zal het Franse neutraliteitsmodel het bijvoorbeeld aan stadsdeelvoorzitters (men denke aan de in 2009 aangetreden stadsdeelvoorzitter van Zeeburg[65]) onmogelijk maken in hun ambt opvallende tekenen van hun religieuze overtuiging te dragen; naar Nederlandse opvatting moet dat echter kunnen.

Zoals wij onze bijdrage aan Oordelenbundel 2007 afsloten: er blijft genoeg stof voor ons commentatoren en de Commissie zal daarin een groot aandeel hebben, hetgeen ons nog immer vreugdevol stemt.

---

60 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 628, nr. 109. De door de Raad van Hoofdcommissarissen geïntroduceerde term *life style*-neutraliteit (en het vervolgens binnensijpelen ervan in oordelen en adviezen van de CGB) als containerbegrip voor zowel levensstijluitingen als uiterlijke manifestaties van godsdienst neemt niet weg dat voor deze laatste een bijzonder beschermingsregime geldt. Zie op dit punt het advies *Pluriform uniform?*, CGB-advies/2007/08, p. 9.

61 *Pluriform uniform?*, CGB-advies/2007/08, p. 17.

62 Uitgebreid hierover: B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid en burgerschap. Over verschuivende fundamenten van het Nederlandse minderhedenrecht en –beleid: immigratie, integratie, onderwijs en religie*, Den Haag 2007.

63 Zie in dit verband de in paragraaf 2 besproken recente uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaken *Dogru* resp. *Kervanci* tegen Frankrijk van 4 december 2008, waarin het gehanteerde hoofddoekverbod voor leerlingen wordt gebillijkt door het Franse laïcité-concept (reeds aangehaald).

64 Zo een stap gaat ons - en ongetwijfeld ook de Commissie - een stap te ver.

65 B. Soetendorp, 'Eerste voorzitter stadsdeel met een hoofddoek', *Parool* 7 januari 2009.

Overzicht van oordelen 2008 over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

2008-4

Terrein: **leveren van en toegang tot goederen en diensten**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van godsdienst bij het verlenen van toegang tot onderwijs door geen uitzondering te maken op het algemene beleid dat de decentrale selectiedag voor de studie tandheelkunde op een zaterdag wordt gehouden.

Een joodse vrouw wilde de studie Tandheelkunde volgen. Deze studie is een numerus-fixusopleiding. Voor gegadigden met een bijzondere inzet, motivatie of specifiek talent heeft de universiteit een decentrale selectieprocedure ontwikkeld, waarvan een gezamenlijke selectiedag deel uitmaakt. Deze selectiedag wordt altijd op een zaterdag gehouden. De joodse vrouw kon niet deelnemen aan de decentrale selectiedag, omdat het dan sjabbat is, een joodse rustdag. Hierdoor kwam de vrouw niet meer in aanmerking voor een decentrale selectieplaats.
In deze zaak gaat het om de vraag of voor de vrouw op basis van haar godsdienst op grond van de wetgeving gelijke behandeling een uitzondering had moeten worden gemaakt op het algemene beleid van de universiteit om de decentrale selectiedag op een zaterdag te houden.
Naar het oordeel van de Commissie kan het zich onthouden van bepaalde activiteiten op sjabbat (zaterdag) worden beschouwd als een rechtstreekse uitdrukking van de godsdienstige overtuiging van de joodse vrouw en deze gedraging valt dan ook onder de bescherming van de AWGB.
In dit geval is sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst nu door het algemene beleid dat de decentrale selectiedag op een zaterdag wordt gehouden, zonder dat daarvoor een uitzondering wordt toegestaan, in het bijzonder personen worden getroffen die op grond van hun geloofsovertuiging geen activiteiten willen verrichten op een zaterdag.
De Commissie concludeert dat het doel, het selecteren van de meest geschikte aspirant studenten en het tegengaan van ongelijke behandeling, voorziet in een werkelijke behoefte en niet discriminatoir is. Het doel is derhalve legitiem.
Het middel, alle kandidaten moeten zonder uitzondering deelnemen aan dezelfde selectiedag, is in zijn algemeenheid geschikt om het doel te bereiken. De proportionaliteitstoets brengt mee dat de universiteit wordt verwacht dat zij verzoeken om een uitzondering vanwege godsdienstige bezwaren zorgvuldig toetsen. Naar het oordeel van de Commissie had de universiteit in dit geval zorgvuldiger moeten kijken of een uitzondering op het algemene beleid mogelijk was en had de universiteit de daartegen levende bezwaren zorgvuldiger af moeten wegen tegen het gevolg dat met het niet maken van een uitzondering een kandidaat in verband met haar godsdienst werd benadeeld. De Commissie is er op voorhand niet van overtuigd dat de praktische bezwaren van de universiteit met betrekking tot een alternatieve selectiemogelijkheid eraan in de weg staan dat er op een andere dag dan de zaterdag een uitzondering voor één student wordt gemaakt.
Verboden onderscheid op grond van godsdienst.

2008-12

Terrein: **leveren van en toegang tot goederen of diensten**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
Een sportschool maakt bij de toelating en in haar lidmaatschapsvoorwaarden niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van godsdienst en ras.

Een sportschool deelt een islamitische vrouw met hoofddoek desgevraagd mee dat zij niet met een hoofddoek mag sporten. De Commissie gaat ervan uit dat de sportschool zich hierbij beroept op haar lidmaatschapsvoorwaarden. De sportschool maakt hiermee indirect onderscheid op grond van godsdienst jegens de

vrouw. De sportschool brengt geen objectieve rechtvaardiging naar voren, zodat sprake is van verboden onderscheid.
Voorts heeft een antidiscriminatiebureau een oordeel verzocht over de, in de lidmaatschapsvoorwaarden opgenomen, kledingeis en tevens over de hierin opgenomen taaleis.
De motivatie van de sportschool om de grond godsdienst niet expliciet te noemen in de lidmaatschapsvoorwaarden wijst er volgens de Commissie op dat de sportschool het oogmerk heeft om vrouwen met een hoofddoek in mindere mate toe te laten. De kledingeis van verweerder heeft tot gevolg dat de toegang tot de sportschool voor vrouwen die een hoofddoek dragen uit geloofsovertuiging de facto wordt beperkt. Derhalve is sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst, waarvoor de sportschool geen objectieve rechtvaardiging is aangedragen. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op grond van godsdienst.
Door het stellen van de taaleis (onderling communiceren in de oefenzaal dient zoveel mogelijk in de Nederlandse taal te geschieden) maakt de sportschool indirect onderscheid op grond van ras. Ter objectieve rechtvaardiging heeft de sportschool aangevoerd dat zij met de regel een gevoel van intimidatie bij de sporters wil voorkomen. Naar het oordeel van de Commissie is het voorkomen van een gevoel van intimidatie geen legitiem doel, omdat het aansluit bij vooroordelen. Het gemaakte (indirecte) onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd. Verboden onderscheid op grond van ras. Aanbeveling.

2008-14

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een brillenzaak maakt verboden onderscheid door een vrouw in verband met het dragen van een hoofddoek te weigeren voor een stageplek.

Een studente die uit godsdienstige overwegingen een hoofddoek draagt, wordt geweigerd voor een stageplek bij een brillenzaak. De brillenzaak stelt zich op het standpunt dat zij zich richt op een mode- en merkbewust publiek en dat zij van haar personeel verwacht dat zij een zodanige mode- en merkbewuste uitstraling hebben, dat de beoogde doelgroep zich met hen kan identificeren. Om dit doel te bereiken worden kledingvoorschriften gehanteerd waarin onder meer het dragen van een hoofddoek wordt verboden. Daar het verbod op een hoofddoek in overwegende mate vrouwen treft met de islamitische geloofsovertuiging, maakt de brillenzaak indirect onderscheid op grond van godsdienst. Het onderscheid wordt niet objectief gerechtvaardigd daar het dragen van een hoofddoek niet op voorhand een mode- of merkbewuste uitstraling uitsluit.

2008-29

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden van onderscheid op grond van godsdienst door geen toestemming voor re-integratietraject bij geloofsgemeenschap.

Een man behoort tot de re-integratie doelgroep van de Wet Werk en Bijstand (WWB). Omdat het geloof bij de man sterk doorwerkt, heeft het re-integratiebureau aan de gemeente voorgesteld dat de man in het kader van zijn re-integratietraject, naast het arbeidstrainingstraject, vrijwilligerswerk gaat doen bij de geloofsgemeenschap. De gemeente heeft geoordeeld dat deze werkzaamheden onvoldoende zijn gericht op arbeidsinschakeling en daarom niet passen binnen het re-integratietraject.
De man is van mening dat de gemeente aldus onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst.
De Commissie constateert dat de gemeente heeft geconcludeerd dat in dit geval de werkzaamheden bij de geloofsgemeenschap niet voldoende bijdrage aan het vergroten van het arbeidsperspectief en/of het realiseren van een (op termijn) duurzame plaatsing in een reguliere baan. De gemeente mag, als verantwoordelijk college in de zin van de WWB, tot op zekere hoogte zelf bepalen welke functies als re-integratieplaats kunnen worden aangemerkt. Niet is gebleken dat de godsdienst van de man of het feit dat het gaat om een re-integratieplaats bij een geloofsgemeenschap een rol heeft gespeeld bij de afwijzing van het re-integratieverzoek. Geen vermoeden van onderscheid op grond van godsdienst.

2008-40

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst door voor een gewetensbezwaarde kandidaat geen uitzondering te maken op de functie-eis dat buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand alle huwelijken sluiten.

Een man, een belijdend lid van een Hervormde gemeente, stelt dat een gemeente hem uitsluit van de functie van buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand door als functie-eis te hanteren dat deze ambtenaren bereid moeten zijn huwelijken en partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht te sluiten, respectievelijk te registeren. Aan deze eis kan de man niet voldoen vanwege zijn door godsdienst ingegeven gewetensbezwaren, waardoor de gemeente indirect onderscheid maakt op grond van godsdienst.
De gemeente beoogt met het stellen van de functie-eis de wet na te leven, in het bijzonder de Wet openstelling huwelijk en het wettelijk discriminatieverbod. De Commissie acht dit doel legitiem. Bovendien is het stellen van deze functie-eis niet alleen geschikt om het doel te bereiken, maar het staat ook in evenredige verhouding tot het doel. Als de gemeente aan de bezwaren van de man tegemoet zou komen en de man zou toestaan om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat de gemeente daarmee toe dat zijn bijzondere ambtenaar van de burgerlijke stand een door de wet beschermde groep discrimineert. Het ruimte bieden aan gewetensbezwaar als uiting van godsdienst, met zeer verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, is naar het oordeel van de Commissie moeilijk te rechtvaardigen. Nu evenmin is gebleken dat er een ander, minder onderscheidmakend middel voorhanden is, is de Commissie van oordeel dat het indirecte onderscheid naar godsdienst dat de gemeente maakt, objectief gerechtvaardigd is.

2008-40

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst door voor een gewetensbezwaarde kandidaat geen uitzondering te maken op de functie-eis dat buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand alle huwelijken sluiten.

Een man, een belijdend lid van een Hervormde gemeente, stelt dat een gemeente hem uitsluit van de functie van buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand door als functie-eis te hanteren dat deze ambtenaren bereid moeten zijn huwelijken en partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht te sluiten, respectievelijk te registeren. Aan deze eis kan de man niet voldoen vanwege zijn door godsdienst ingegeven gewetensbezwaren, waardoor de gemeente indirect onderscheid maakt op grond van godsdienst.
De gemeente beoogt met het stellen van de functie-eis de wet na te leven, in het bijzonder de Wet openstelling huwelijk en het wettelijk discriminatieverbod. De Commissie acht dit doel legitiem. Bovendien is het stellen van deze functie-eis niet alleen geschikt om het doel te bereiken, maar het staat ook in evenredige verhouding tot het doel. Als de gemeente aan de bezwaren van de man tegemoet zou komen en de man zou toestaan om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat de gemeente daarmee toe dat zijn bijzondere ambtenaar van de burgerlijke stand een door de wet beschermde groep discrimineert. Het ruimte bieden aan gewetensbezwaar als uiting van godsdienst, met zeer verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, is naar het oordeel van de Commissie moeilijk te rechtvaardigen. Nu evenmin is gebleken dat er een ander, minder onderscheidmakend middel voorhanden is, is de Commissie van oordeel dat het indirecte onderscheid naar godsdienst dat de gemeente maakt, objectief gerechtvaardigd is.

2008-54

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden van onderscheid op grond van godsdienst bij de arbeidsvoorwaarden en de beëindiging van een arbeidsovereenkomst.

Een vrouw werkt in een kledingzaak op basis van een nulurencontract. Zij geeft aan uit geloofsovertuiging een hoofddoek te willen dragen. Het is in de kledingzaak algemeen bekend dat het dragen van een hoofddoek niet op prijs wordt gesteld. Om die reden veronderstelt de vrouw dat zij niet meer zal worden ingeroosterd en/of haar arbeidsovereenkomst zal worden beëindigd. Anticiperend op die veronderstelling heeft de vrouw uit eigen beweging haar arbeidsovereenkomst beëindigd. Nu de vrouw haar arbeidsovereenkomst heeft beëindigd alvorens de filiaalmanager van de kledingzaak aan de vraag toekwam de vrouw al dan niet toe te staan een hoofddoek te dragen op het werk, heeft de vrouw onvoldoende feiten aangevoerd die onderscheid op grond van godsdienst kunnen doen vermoeden.

2008-55

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Geen vermoeden dat discriminatie een rol heeft gespeeld bij de beslissingen een werknemer op non-actief te stellen en zijn arbeidsovereenkomst niet te verlengen en bij het geven van negatieve referenties aan potentiële nieuwe werkgevers.

Een man werkte als zwemonderwijzer voor Gemeente Den Haag. Hij raakte in conflict met zijn collega's. De man stelt dat vooroordelen omtrent moslims en mannen uit het Midden-Oosten een rol hebben gespeeld bij het hem toedichten van een vrouwonvriendelijke houding. Dat heeft ertoe geleid dat hij op non-actief is gesteld en dat zijn arbeidsovereenkomst niet is verlengd. Het is de man niet gelukt nadien een nieuwe baan te vinden als zwemonderwijzer. Via het reïntegratiebureau dat hem bijstond, kwam hij erachter dat zijn voormalige werkgever negatieve referenties over hem geeft danwel gaf, omdat hij vrouwonvriendelijk zou zijn en geen leiding van vrouwen zou accepteren.
De Commissie stelt vast dat sprake was van communicatieve problemen. Hoewel niet duidelijk is geworden hoe deze problemen hebben geleid tot de conclusie dat de man vrouwonvriendelijk is, heeft het naar aanleiding van de klacht uitgevoerde onderzoek geen feiten boven tafel gebracht die zijn hypothese ondersteunen dat de conclusie van de werkgever omtrent zijn gedrag en de houding van (mede) is ingegeven door vooroordelen omtrent zijn afkomst en geloofsovertuiging.

2008-73

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; geen verboden onderscheid; geen strijd met de wet.**

Samenvatting:
Indirect onderscheid door van stagiair te verlangen dat zij haar hoofddoek achter haar hoofd vastknoopt. Geen vermoeden van discriminatie op de werkvloer, geen strijd met de wet bij de klachtbehandeling.

Een stagiair verscheen op haar stageadres met een hoofddoek die ook haar hals en borst bedekt. De school verlangde van haar dat zij haar hoofddoek anders knoopte, in verband met (brand)veiligheid en het van docenten verlangde voorbeeldgedrag. Indirect onderscheid dat niet noodzakelijk is om het daarmee nagestreefde doel te bereiken.
De stagiair klaagde ook over discriminatoire bejegening door de directeur en een collega-docent en over de behandeling van haar klacht over de collega, maar zij heeft onvoldoende feiten aangevoerd die een vermoeden kunnen vestigen dat sprake was van discriminatoire bejegening en van schending van de zorgplicht van de school.

2008-91

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van godsdienst door een onderwijsinstelling bij de afwijzing van een docent NT2, omdat zij weigert cursisten aan te moedigen zich neutraal of gematigder te kleden wat betreft religieuze kleding.

Een vrouw die moslim is, heeft bij een onderwijsinstelling gesolliciteerd naar de functie van docent NT2. Het betrof een functie, waarbij zij zou worden gedetacheerd naar een onderdeel van een gemeente, dat zorg draagt voor de reintegratietrajecten van onder meer anderstalige langdurig werklozen. Onderdeel van de functie is het verzorgen van sollicitatietrainingen. De gemeente stelde als functie-eis dat een docent NT2 cursisten diende aan te moedigen zich neutraal te kleden, dan wel zich gematigder te kleden wat betreft religieuze kleding, om hiermee hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. De gemeente heeft de vrouw afgewezen, omdat zij vanwege haar geloof weigerde aan deze functie-eis te voldoen. De onderwijsinstelling heeft zich geconformeerd aan de afwijzing van de gemeente en de hiervoor gegeven reden.
De Commissie heeft geoordeeld dat de weigering van de vrouw om iets te verkondigen dat zij ervaart als strijdig met haar geloof, kan worden aangemerkt als een geloofsuiting, die onder de bescherming valt van de AWGB. Tevens heeft de Commissie geoordeeld dat de onderwijsinstelling jegens de vrouw indirect onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt, dat niet objectief is gerechtvaardigd. De onderwijsinstelling heeft de noodzakelijkheid van het middel onvoldoende onderbouwd.

2008-92

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van godsdienst door gemeente bij de afwijzing van een docent NT2, omdat zij weigert cursisten aan te moedigen zich neutraal of gematigder te kleden wat betreft religieuze kleding.

Een vrouw die moslim is, heeft bij een onderwijsinstelling gesolliciteerd naar de functie van docent NT2. Het betrof een functie, waarbij zij zou worden gedetacheerd naar een onderdeel van een gemeente, dat zorg draagt voor de reintegratietrajecten van onder meer anderstalige langdurig werklozen. Onderdeel van de functie is het verzorgen van sollicitatietrainingen. De gemeente stelde als functie-eis dat een docent NT2 cursisten diende aan te moedigen zich neutraal te kleden, dan wel zich gematigder te kleden wat betreft religieuze kleding, om hiermee hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. De gemeente heeft de vrouw afgewezen, omdat zij vanwege haar geloof weigerde aan deze functie-eis te voldoen.
De Commissie heeft geoordeeld dat de weigering van de vrouw om iets te verkondigen dat zij ervaart als strijdig met haar geloof, kan worden aangemerkt als een geloofsuiting, die onder de bescherming valt van de AWGB. Tevens heeft de Commissie geoordeeld dat de gemeente jegens de vrouw indirect onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt, dat niet objectief is gerechtvaardigd. De gemeente heeft de noodzakelijkheid van het middel onvoldoende onderbouwd.

2008-112

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een rooms-katholieke basisschool mag een kind niet afwijzen op grond van godsdienst, nu zij haar toelatingsbeleid onduidelijk heeft geformuleerd en niet consequent heeft toegepast

Een rooms-katholieke basisschool, die tezamen met twee andere rooms-katholieke basisscholen onder één bevoegd gezag valt, wijst een kind af. De school beroept zich op haar identiteit, inhoudende dat de betrokkenen zich geïnspireerd voelen door de Christelijke en Joodse traditie. De stichting hanteert een toelatingsbeleid dat inhoudt dat alleen kinderen die katholiek gedoopt zijn worden toegelaten tot de school. Wanneer een kind niet katholiek gedoopt is, maar (een van) de ouders (is) zijn wel katholiek en dezen kiezen ervoor om hun kind op latere leeftijd te laten dopen, dan kan deze leerling ook in aanmerking komen voor toelating. Direct onderscheid op grond van godsdienst.

Het bijzonder onderwijs kan zich echter beroepen op de vrijheid eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Het toelatingsbeleid moet dan wel consequent worden uitgevoerd en gehandhaafd. Het gestelde beleid kan eraan bijdragen dat bij de activiteiten die vanuit de katholieke identiteit op de school plaatsvinden meer herkenning is. Het beleid kan nodig worden geacht voor de verwezenlijking van de grondslag, maar is niet consequent uitgevoerd en gehandhaafd. Noch op de website noch in de schoolgids wordt (uitdrukkelijk) vermeld dat de school alleen katholiek gedoopte leerlingen toelaat. Hoewel de school stelt dat van een verscherpt beleid in de afgelopen jaren sprake is, blijkt dit nergens uit. Dit klemt temeer, omdat aan leerkrachten niet de expliciete eis wordt gesteld dat zij katholiek zijn en het bestuur slechts in meerderheid behoeft te bestaan uit bestuursleden die de rooms-katholieke levensovertuiging hebben. In het schooljaar 2007/2008 zijn twee leerlingen toegelaten die niet katholiek, maar gereformeerd gedoopt zijn. Het beroep van verweerster op de wettelijke uitzonderingsbepaling kan dan ook niet slagen. Verboden direct onderscheid op grond van godsdienst.

2008-121

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Katholieke school mag eisen dat personeel niet zichtbaar andere overtuiging dan katholieke uitdraagt.

Een katholieke school voor voortgezet onderwijs verlangt van een sollicitant voor een stageplaats als docent economie dat zij haar hoofddoek niet draagt op school. De vrouw trekt daarom haar sollicitatie in. De school is van mening dat zichtbare uitingen van een andere (godsdienstige) overtuiging dan de katholieke niet stroken met de door haar gestelde voorwaarde dat medewerkers, waaronder stagiairs, haar grondslag onderschrijven. De school maakt hiermee direct onderscheid naar godsdienst, maar beroept zich op de uitzondering

voor het bijzonder onderwijs. De Commissie oordeelt dat de school een consistent beleid voert en dat de aan medewerkers gestelde voorwaarde ook noodzakelijk is voor de handhaving van die grondslag. Daarmee is het verboden karakter van het gemaakte onderscheid weggenomen.

2008-123

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van godsdienst door werkzaamheden zonder publiekscontacten van buitengewoon opsporingsambtenaar die dit werk voorheen in burgerkleding met hoofddoek verrichtte, aan te wijzen als uniformtaken, terwijl het niet is toegestaan bij dat uniform een hoofddoek te dragen. Aanbeveling.

Een vrouw werkt als buitengewoon opsporingsambtenaar bij de politie in de functie van medewerker informatievoorziening. Zij is moslim en draagt vanwege haar geloof een hoofddoek. Zij verricht haar werk, waaronder loketwerkzaamheden, vanaf het begin in burgerkleding. Wanneer het takenpakket van de afdeling wordt uitgebreid met werkzaamheden die worden uitgevoerd in een cellencomplex voor vreemdelingenbewaring, besluit de werkgever dat deze werkzaamheden in uniform moeten worden uitgevoerd. Tegelijkertijd wordt besloten dat in het vervolg ook de loketwerkzaamheden in uniform verricht moeten worden. De werkgever doet dit omdat hij wil dat zijn personeel herkenbaar is voor burgers en vanwege de neutrale uitstraling die het uniform met zich meebrengt. Gevolg is dat de vrouw deze werkzaamheden niet (meer) kan uitvoeren omdat het in deze politieregio niet is toegestaan een uniform te combineren met een hoofddoek.
Het door de werkgever gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst jegens de vrouw door aanwijzing van haar werkzaamheden in het cellencomplex als uniformtaken, gegeven het feit dat de werkgever niet toestaat bij het uniform een hoofddoek te dragen, is niet objectief gerechtvaardigd omdat daar feitelijk geen sprake is van publiekscontacten. Bij de loketwerkzaamheden is hiervan wel sprake. Mede gelet daarop is het gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst jegens de vrouw bij de aanwijzing van die werkzaamheden tot uniformtaken wel objectief gerechtvaardigd.
Aan beantwoording van de vraag van de vrouw of de werkgever onderscheid maakt door haar niet toe te staan in uniform haar hoofddoek te dragen, komt de Commissie niet toe, nu de minister van BZK hierover naar verwachting op korte termijn meer duidelijkheid zal verschaffen.
Verboden onderscheid jegens de vrouw voor zover het betreft de aanwijzing van haar werkzaamheden in het cellencomplex als uniformtaken.
De Commissie beveelt aan om, voor zover landelijk of in bepaalde politieregio's is of wordt besloten dat het dragen van een hoofddoek niet is toegestaan in combinatie met het politie-uniform, bij het voornemen om bepaalde werkzaamheden als uniformtaken aan te wijzen steeds het belang hiervan af te wegen tegen de gevolgen hiervan voor vrouwen die vanwege hun geloof een hoofddoek dragen.

2008-124

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Geen vermoeden dat hotel een medewerker discriminatoir heeft bejegend vanwege zijn ras en/of godsdienst

Een man werkte in een hotel als roomservice supervisor. Nadat de man zich ziek wilde melden bij zijn leidinggevende heeft er een incident plaatsgehad tussen de man en de bij het gesprek aanwezige adjunct-directeur. De man stelt dat hij discriminatoir is bejegend vanwege zijn afkomst en/of godsdienst. De werkgever betwist dit. De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de werkgever jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn afkomst en/of godsdienst. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat niet is gebleken dat de werkgever jegens de man in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving.

2008-128

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen onderscheid**

Samenvatting:
Een bank maakt geen verboden onderscheid naar godsdienst door een studente met hoofddoek geen stageplaats aan te bieden.

Een studente is van mening dat de bank haar geen stageplaats heeft aangeboden omdat zij

uit godsdienstige overwegingen een hoofddoek draagt.
Het staat vast dat de hoofddoek van de studente tijdens het sollicitatiegesprek aan de orde is geweest en dat haar vriendin, die dezelfde opleiding volgt en geen hoofddoek draagt, korte tijd later wel een stageplaats heeft gekregen bij de bank. Volgens de Commissie heeft de studente voldoende feiten aangevoerd die onderscheid op grond van godsdienst kunnen doen vermoeden.
Naar het oordeel van de Commissie is de bank erin geslaagd te bewijzen dat het feit dat de studente een hoofddoek draagt, geen rol heeft gespeeld bij de beslissing om haar geen stageplaats aan te bieden. De bank had rationele argumenten voor de afwijzing van de studente, te weten dat noch de (toenmalige) kantoordirecteur, noch zijn collega's voldoende tijd konden vrijmaken om de studente te begeleiden.

2008-143 tussenoordeel

Terrein: arbeid
Dictum: tussenoordeel

Samenvatting:
Diversiteits-, afspiegelings- en voorkeursbeleid. Doelgroep onvoldoende afgebakend. Onduidelijkheid over beleidsinstrumenten. Onderzoeksopdracht.

De gemeente Amsterdam streeft ernaar haar personeel een afspiegeling te laten zijn van de beroepsbevolking in de regio. De uitvoering van het diversiteitsbeleid wordt overgelaten aan de afdelingen. Eén van de diensten wil in het bijzonder 'mensen die hun herkomst hebben in een land met een islamitische signatuur' oproepen om te solliciteren. De dienst vraagt de Commissie te beoordelen hoe dit zich verhoudt tot de gelijkebehandelingswetgeving.
De AWGB bevat geen uitzondering voor voorkeursbeleid op grond van geloofsovertuiging, maar dat is ook niet aan de orde, nu het de dienst gaat om culturele achtergrond, en niet om geloofsovertuiging als zodanig.
In een tussenoordeel vraagt de Commissie de dienst nader te onderzoeken in hoeverre zij kan voldoen aan de voorwaarden voor het voeren van voorkeursbeleid.

2008-144

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Bedrijf maakt verboden onderscheid naar godsdienst door een sollicitante af te wijzen voor een functie vanwege het dragen van een hoofddoek.

Sollicitante is van mening dat het bedrijf haar niet heeft aangenomen omdat zij om godsdienstige redenen een hoofddoek draagt. Het bedrijf heeft bevestigd dat de sollicitante met een hoofddoek niet in het bedrijf kan werken, omdat het dragen van een hoofddeksel, waaronder ook begrepen een hoofddoek, vanwege het veiligheidsrisico binnen het bedrijf niet is toegestaan. Het verbod van hoofddeksels is vastgelegd in de huisregels van het bedrijf. Omdat het verbod van hoofddeksels bijdraagt aan het waarborgen van de veiligheid van het personeel, is het middel geschikt. Het middel is echter niet noodzakelijk. Het bedrijf heeft niet onderzocht en is ook niet bereid om te onderzoeken of er alternatieven voorhanden zijn die enerzijds tegemoet komen aan de religieuze overtuiging van de sollicitante en anderzijds voldoende waarborgen bieden ten aanzien van de veiligheid. Het bedrijf heeft derhalve indirect onderscheid op grond van godsdienst gemaakt door de sollicitante af te wijzen voor een functie.

2008-145

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Stichting voor openbaar voortgezet onderwijs legt artikelen en voorbeelden in gedrags- en integriteitscode voor. Geen verboden onderscheid. Aanbeveling.

Een stichting voor openbaar voortgezet onderwijs legt enkele artikelen en daarbij horende voorbeelden van een voorgenomen gedrags- en integriteitscode voor. De stichting wil tevens antwoord op de vraag of zij aan de hand van deze code van personeelsleden kan vragen mensen van het andere geslacht de hand te schudden. Ook speelt de vraag of zij van personeelsleden kan vragen geen gezichtsbedekkende kleding te dragen.
De gedrags- en integriteitscode, zoals voorgesteld, laat de mogelijkheid open dat de stichting haar personeelsleden vraagt handen te schudden met de andere sekse. De stichting beoogt met een dergelijk voorschrift vooral vormen van provocatie tegen te gaan. Zij voert voor het overige geen objectieve rechtvaardiging aan en is voornemens om indien een conflict over een dergelijke kwestie zich zal voordoen, de zaak aan de rechter voor te leggen. De Commissie overweegt dat een dergelijke gedragsvoorschrift slechts in concreto kan worden beoordeeld aan de hand van de zich dan

voordoende feiten en de rechtvaardiging die voor dat onderscheid door verzoekster wordt aangevoerd. De tekst van de voorliggende omgangs- en integriteitescode biedt daarvoor te weinig aangrijpingspunten.
De code laat voorts open dat medewerkers geen gezichtsbedekkende kleding mogen dragen. De Commissie beveelt de stichting aan deze wens expliciet in de code op te nemen, onder vermelding van de doelen die zij met dat verbod beoogt te bereiken.
Eén artikel in de code heeft voorts de bedoeling personeelsleden er op te wijzen dat zij (ook) door hun kleding en uiterlijke verzorging dienen bij te dragen aan wederzijds respect. De Commissie overweegt dat als een in dit kader gegeven kledingsvoorschrift leidt tot indirect onderscheid (bij voorbeeld op grond van godsdienst), dit onderscheid verboden zal zijn, tenzij er een objectiever rechtvaardiging voor is. Ook dit hangt af van de concrete toepassing van het kledingvoorschrift.
Binnen de beperkte toetsing door de Commissie van de gedrags- en integriteitscode is geen sprake van verboden onderscheid.

2008-146

Terrein: **leveren van en toegang tot goederen en diensten**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
Sportschool maakt indirect onderscheid op grond van godsdienst door een vrouw niet toe te laten met hoofddoek te trainen.

Een vrouw draagt op grond van haar godsdienstige overtuiging een hoofddoek. Een sportschool heeft haar - met beroep op zijn huisregel - niet toegestaan een hoofddoek te dragen tijdens het trainen.
De sportschool heeft jegens de vrouw indirect onderscheid op grond van godsdienst gemaakt. De sportschool heeft de Commissie niet kunnen overtuigen dat het middel, te weten het algehele verbod op het dragen van hoofdbedekkingen in de trainingsruimte, noodzakelijk is voor het behouden van een goede sfeer en het tegengaan van ordeverstoring. De Commissie ziet genoeg mogelijkheden, en heeft die ter zitting met de sportschool besproken, om de huisregel nauwkeuriger aan te laten sluiten bij de groep waar die daadwerkelijk voor bedoeld is, zonder personen uit te sluiten die uit godsdienstige overwegingen een hoofdbedekking dragen. Daarom acht de Commissie het middel niet noodzakelijk om het doel te bereiken en het onderscheid naar godsdienst dat hiervan het gevolg is niet objectief gerechtvaardigd.

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Maurice Strijkers

1 INLEIDING

Zes oordelen en twee adviezen

In 2008 leverden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat bij elkaar zes oordelen op. Opvallend is de diversiteit aan casuïstiek die de CGB ter beoordeling krijgt voorgelegd. Deze varieert van deelname aan een tv programma, een onjuiste toezegging over een verblijfsvisum, een sollicitatie als gastheer, het pesten van een postbode en uitsluiting van een pensioenvoorziening tot aan seizoensclubkaarten van een voetbalclub. In twee zaken verklaart de CGB zich onbevoegd te oordelen en twee zaken zijn zonder zitting afgehandeld. Slechts in één oordeel wordt strijd met de AWGB vastgesteld.

Interessante standpunten over de grond seksuele gerichtheid komen tot uitdrukking in een CGB-advies over gewetensbezwaarde trouwambtenaren en in een advies over de infractieprocedure. De politiek en de media hebben veel aandacht besteed aan de wending die de CGB maakt in haar tweede oordeel over trouwambtenaren. Hoewel het oordeel gegeven is op de grond godsdienst, wordt er in dit commentaar aandacht aan besteed vanwege de verwevenheid met de grond seksuele gerichtheid.

Ten aanzien van burgerlijke staat is van belang dat wetgeving in werking is getreden die adoptie van buitenlandse kinderen door paren van gelijk geslacht gezamenlijk mogelijk maakt en de rechtspositie van kinderen van lesbische ouders versterkt.

2 BELEID, WETGEVING EN RECHTSPRAAK

2.1 Ontwikkelingen ten aanzien van seksuele gerichtheid

Regering neemt kritiek op ingebrekestelling niet serieus

Na de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG, wordt door de CGB en in de literatuur geconcludeerd dat artikel 3 AWGB (kerkgenootschappen), artikel 5, derde lid, AWGB (werkverhoudingen met een privé-karakter) en artikel 5, tweede lid, AWGB ('enkele feit') te ruim zijn geformuleerd, dat zij dus niet in overeenstemming zijn met de Richtlijn en dat wetsaanpassing derhalve is geboden.[1] De Europees

1 CGB-advies /2008/02 inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG. Zie daarover uitgebreid: A. Terlouw en A. Hendriks 'Gebrekkige implementatie algemene gelijkebehandelingsrichtlijn door Nederland', *NJCM-Bulletin* 2008, jrg. 33, nr. 5 p. 616-628; zie ook de inleiding bij deze Oordelenbundel.
Kern van de enkele feit constructie is dat bepaalde wezenlijke persoonskenmerken, bijvoorbeeld homoseksuele gerichtheid, als zodanig niet als criterium kunnen worden beschouwd bij aanname en ontslag.

Commissaris voor de Mensenrechten trekt dezelfde conclusie na een visitatiebezoek in september 2008.[2]
Terlouw en Hendriks stellen dat de gelijkebehandelingsnorm ook voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt geldt. Ingevolge de Richtlijn kan daarop slechts een uitzondering bestaan als de organisatie onderscheid maakt naar godsdienst of levensovertuiging én dit een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend. Dat betekent dat ook een kerkgenootschap in principe niet iemand vanwege zijn seksuele voorkeur mag afwijzen als zijn godsdienstige overtuiging in overeenstemming is met die van het genootschap.[3] Ten aanzien van artikel 5, tweede lid, AWGB concluderen zij dat de 'enkele feit'-constructie het legitieme doel en de vereiste evenredigheid ontbeert die volgens de Richtlijn noodzakelijk zijn.
De CGB merkt in haar advies op dat de Richtlijn onder bepaalde omstandigheden een verschil in behandeling door identiteitsgebonden instellingen toestaat, indien sprake is van onderscheid op grond van de godsdienst of levensovertuiging van een *persoon* (en dus niet die van het kerkgenootschap). Artikel 5, tweede lid, AWGB is hiermee strijdig omdat deze uitzondering kan worden ingeroepen bij een verschil in behandeling op grond van alle in de AWGB genoemde gronden. Ook laat de AWGB-formulering van het 'enkele feit' ruimte voor het maken van onderscheid, omdat bijkomende feiten en omstandigheden het onderscheid alsnog kunnen rechtvaardigen. Dat de CGB met haar oordelenlijn materieel aansluit bij de strenge eisen van de Richtlijn doet er niet aan af dat in de praktijk van de vigerende wettekst kan worden afgeweken.[4]
Ondanks het CGB-advies en een Kamerdebat waarin is opgemerkt dat Nederland discriminatie van homoseksuelen op de arbeidsmarkt oogluikend toestaat, heeft de regering (in ieder geval aanvankelijk) geconcludeerd dat de richtlijn ten aanzien van de kritiekpunten juist wordt uitgevoerd en dat kan worden volstaan met een aanpassing van definities.[5] De regering neemt deze houding aan omdat de Europese Commissie in het 'met redenen omkleed advies' de 'enkele feit'-constructie niet *genoemd* heeft.[6] Men kan hieraan toevoegen: '*niet met zoveel woorden*' genoemd heeft, want in de toelichting stelt de Europese Commissie dat artikel 5, tweede lid, AWGB niet duidelijk maakt dat aan een 'dubbele test' moet worden voldaan: het doel moet legitiem zijn en het vereiste evenredig aan dat doel. De regering toont echter weinig animo om de 'enkele feit'-constructie te schrappen, zoals blijkt uit de vraagstelling

---

2 Het fenomeen weigerambtenaar vindt geen genade in de ogen van de Commissaris, evenals de vrijheid die aan denominatieve organisaties in de AWGB wordt toegekend. Hij beveelt de regering aan zowel de enkele feit constructie als de uitzonderingsbepalingen voor denominatieve organisaties te schrappen. Report by the Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg, on his visit to the Netherlands (21-25 september 2008), Raad van Europa, maart 2009. Zie par. 128, par. 143, en aanbeveling 28, p. 42.
3 Onder verwijzing naar de zaak *Hoornbeeck* – waarin een christelijk-reformatorische school een jongen van dezelfde gezindheid de toegang tot de school weigerde omdat zijn zus wel eens een lange broek droeg en men thuis tv en internet had – berichtte Zoontjens mij in commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage dat hij van opvatting is dat voor toelating tot een kerk of school op een bepaalde geloofsgrondslag niet alleen dezelfde gezindheid maar ook het naleven van de door de denominatieve organisatie gestelde leefregels van belang is. Volgens hem kunnen dit soort leefregels, waaronder bepaald seksueel gedrag, tot het bestand van de vereiste godsdienstige of levensovertuiging worden gerekend. Zie in de *Hoornbeeck*-zaak het vonnis van de voorzieningenrechter Rb Utrecht 1 augustus 2006 *LJN*:AY5353 en in hoger beroep Hof Amsterdam 24 juli 2007 *LJN*:BB0057.
4 Voorbeeld van de strikte toetsing aan de Richtlijn is oordeel 2007-100, waarin de CGB bij het toetsingskader van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB overweegt "dat reeds de enkele omstandigheid van het 'openlijk' homoseksueel zijn aan (continuering) van een dienstverband in de weg staat".
5 *Kamerstukken II* 2007/08, 27017, nr. 40; *Handelingen* 5 februari 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, nr. 49, p. 3623-3626.
6 Antwoorden op Kamervragen van het lid Van der Ham (D66) over de zogenaamde 'enkele feit'- constructie in de AWGB, 8 december 2008, www.minbzk.nl/116120/antwoorden-op_2e.

waarmee de Raad van State om advies wordt gevraagd: "Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de AWGB waarin de zogenaamde enkele feit constructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en / of de strekking van de Europese Richtlijn 2000/78/EG dat de enkele feit constructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de AWGB neergelegde balans tussen grondrechten – en in het bijzonder de balans tussen het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft?"[7] Het is moeilijk te voorspellen hoe het advies van de Raad van State zal luiden en hoe de discussie verder zal verlopen.

Trouwambtenaar moet ook paren van gelijk geslacht in de echt verbinden

De gemeente Langedijk stelde een vacature open voor twee Buitengewoon Ambtenaren van de Burgerlijke Stand, met als eis dat kandidaten bereid zijn *alle* huwelijken te sluiten. Nadat de gemeente afwijzend reageerde op een verzoek om vrijstelling van deze functie-eis door een kandidaat met gewetensbezwaren, verzocht de kandidaat de CGB om een oordeel.[8]

Met oordeel 2008-40 herziet de CGB haar zes jaar eerder ingenomen standpunt in een vergelijkbare zaak, waarin met een beroep op pragmatische en organisatorische aspecten de beleidsvrijheid van gemeenten de doorslag gaf.[9] De CGB gaat nu 'om' en concludeert op principiële gronden dat de gemeente geen verboden onderscheid op grond van godsdienst maakt door geen uitzondering op de functie-eis toe te staan.

Het oordeel is om meerdere redenen toe te juichen. Op het eerste 'trouwoordeel' was kritiek mogelijk omdat niet aan het gelijkheidsbeginsel werd getoetst, waardoor een proportionaliteitsafweging met de rechten van anderen achterwege bleef. Met een verwijzing naar de beleidsvrijheid van gemeenten bleef de principiële hoofdvraag onbeantwoord. Dat de gemeente de huwelijksvoltrekking garandeert en personeel pragmatisch inzet, waardoor een openlijke afwijzing (zoveel mogelijk) wordt uitgesloten, laat onverlet dat paren op grond van hun seksuele voorkeur geweigerd *kunnen* worden. In wezen handelt de trouwambtenaar, als vertegenwoordiger van het overheidsgezag niet neutraal, maar in strijd met artikel 1 Grondwet.[10] Met oordeel 2008-40 wordt aan deze kritiek tegemoet gekomen. Bij de beoordeling worden bredere, mensenrechtelijke aspecten betrokken. Dat roept de vraag op: Waarom nu wel en zes jaar eerder niet? In het oordeel ontbreekt een motivering voor de verruiming van het toetsingskader.[11] Vermoedelijk acht de CGB de tijd nu rijp omdat het homohuwelijk kan rekenen op een breed maatschappelijk draagvlak. De AWGB geeft die ruimte voor de weging van maatschappelijke belangen. Daarbij is echter meer ruimte denkbaar voor het toekennen van een beroep op gewetensbezwaren in horizontale verhoudingen dan wanneer eenzijdig overheidshandelen in het geding is. Er is immers maar één overheid waar huwelijkspartners voor hun boterbriefje op zijn aangewezen. Ook had de wetgever met de Wet openstelling huwelijk de uitdrukkelijke bedoeling te kiezen voor één huwelijk, ongeacht het geslacht van de huwelijkspartners. Met die keuze is het huwelijk 'ondeelbaar' geworden en dat geldt ook voor de toegang tot het huwelijk.

---

7 Adviesaanvraag inzake de enkele feit constructie in de AWGB, Raad van State (aanhangige adviezen).

8 Zie hierover de annotatie bij oordeel 2008-40 van Bonthuys en het commentaar godsdienst in deze Oordelenbundel.

9 Vanaf de parlementaire behandeling van de Wet openstelling Huwelijk hanteert de regering als standpunt dat gemeenten een zekere beleidsvrijheid toekomt ten aanzien van trouwambtenaren met gewetensbezwaren, mits in elke gemeente het recht van paren van gelijk geslacht om te trouwen of hun partnerschap te laten registreren niet in gevaar komt.

10 Zie daarover 'Behoud van identiteit' Burgemeester Dales lezing, 26 januari 2007, A.G. Castermans, Nijmegen www.cgb.nl (lezingen).

11 Zie hierover ook de annotatie van Bonthuys bij oordeel 2008-40, verderop in deze Oordelenbundel.

De CGB overweegt nu dat ze in oordeel 2002-25 *in feite* niet het doel zelf dat de gemeente nastreeft heeft beoordeeld, maar in haar beoordeling van het doel de noodzakelijkheid van de gestelde functie-eis heeft betrokken. In die formulering meen ik enige zelfkritiek te bespeuren. Een zuivere beoordeling van het doel zelf – de uitvoering en de naleving van wettelijke verplichtingen, alsook het voorkomen van discriminatie door haar ambtenaren – is nu als zodanig wel voldoende zwaarwegend: de overheid is er toe gehouden wettelijke taken en verplichtingen te vervullen. Met deze benadering komt het inwilligen van een uitzondering op de functie-eis erop neer dat de gemeente een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn. Dat is ook de strekking van het CGB advies 'Trouwen? Geen bezwaar!', waarmee aan gemeenten houvast wordt geboden wanneer ambtenaren zich in de uitoefening van hun functie laten leiden door een politieke-, godsdienstige- of levensovertuiging die schending van het discriminatieverbod tot gevolg heeft.[12]
Op dit moment is de functie van (gewone) ambtenaar van de burgerlijke stand zo geregeld dat deze het voltrekken van huwelijken omvat. In beperkte mate kan aan gewetensbezwaren tegemoet worden gekomen wanneer hij / zij alleen andere werkzaamheden verricht en niet inzetbaar is voor het sluiten van huwelijken. Die uitzondering is er voor de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand niet omdat huwelijksvoltrekkingen zijn enige taak zijn. De CGB beveelt de regering aan het beleid bij algemene maatregel van bestuur te regelen.[13]
Het kabinet heeft aangegeven het advies niet op te volgen. Het kabinet stelt dat een oordeel in een individuele zaak niet tot wijziging van het bestaande wettelijke kader leidt, waarmee gewaarborgd wordt dat alle huwelijken in alle gemeenten kunnen plaatsvinden en dat tegelijkertijd ruimte wordt gelaten om aan een zorgvuldige omgang met gewetensbezwaarden tegemoet te komen.[14] De omstreden positie van de trouwambtenaar met gewetensbezwaren blijft daarmee voortbestaan.

Erkenning homohuwelijk blijft gevoelig onderwerp op de Antillen

In 2007 stelde de Hoge Raad vast dat huwelijken van paren van gelijk geslacht ook rechtskracht hebben in de andere delen van het Koninkrijk.[15] De kwestie was actueel in verband met een lesbisch stel waarvan de inschrijving in het bevolkingsregister werd geweigerd. Dat de Antilliaanse overheid moeite blijft houden met het verbinden van *rechtsgevolgen* aan een huwelijk tussen twee partners van gelijk geslacht, ondervond een ander lesbisch stel waarvan de vrouw haar echtgenote en een van haar minderjarige kinderen als gezinsleden wilde meeverzekeren. Op advies van de minister werd de aanvraag door het bureau Ziektekostenvoorzieningen geweigerd met als reden "dat de inschrijving van huwelijken van paren van gelijk geslacht in de Antillen niet inhoudt dat ze ook dezelfde rechten krijgen die voorbehouden zijn aan huwelijken tussen man en vrouw". Het gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen vonniste voor de tweede keer in lijn met het Hoge Raad arrest: erkenning van de huwelijksakte houdt tevens erkenning van de rechtsgevolgen van de huwelijksakte in.

---

12 CGB-advies/2008/04 inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand: 'Trouwen? Geen bezwaar!'
13 Op grond van artikel 1:16d BW kunnen bij Algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld ten aanzien van de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand.
14 Kamervragen van het lid Anker (Christenunie) over oordeel 2008-40 met antwoorden van de regering, *Kamerstukken II,* 2007/08, nr. 2575.
15 HR 13 april 2007 *LJN:*AZ6095.

In het bestuurlijk overleg over de nieuwe staatkundige verhoudingen binnen het Koninkrijk wordt het huwelijk niet genoemd. Met de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (WOLBES) worden de kleinere eilanden Nederlandse gemeenten. Vooralsnog is ervoor gekozen om de bestaande Antilliaanse wet- en regelgeving te handhaven en waar nodig aan te passen aan de nieuwe status. Dat levert de paradoxale situatie op dat paren van gelijk geslacht op de BES-eilanden niet kunnen huwen, terwijl elke Nederlandse gemeente paren van gelijk geslacht moet huwen, en huwelijken van dergelijke paren alleen worden erkend wanneer ze in Nederland zijn gesloten, terwijl die huwelijken in het gehele Koninkrijk rechtskracht hebben.

2.2 Ontwikkelingen ten aanzien van burgerlijke staat

Interlandelijke adoptie en kinderen van lesbische ouders

Op 1 januari 2009 zijn de verschillende wijzigingen in de adoptiewetgeving in werking getreden.[16] Het kabinet heeft vrijwel alle aanbevelingen van de Commissie Kalsbeek over interlandelijke adoptie en lesbisch ouderschap overgenomen.[17] Paren van gelijk geslacht kunnen nu gezamenlijk een buitenlands kind adopteren. Voorwaarde is wel dat het land van herkomst een kind 'beschikbaar stelt' voor adoptie door paren van gelijk geslacht.[18] Is dit niet het geval, en staat het land adoptie door één van de personen van gelijk geslacht wel toe, dan kan de adoptant al na één jaar – in plaats van drie – ouder worden. Voor lesbische paren die gebruik hebben gemaakt van een onbekende donor is met erkenning het juridisch ouderschap van rechtswege geïntroduceerd. Een bekende donor kan ermee instemmen dat de vrouwelijke partner van de moeder het kind adopteert. Adoptie kan tevens terugwerkende kracht hebben tot aan de geboorte. Met deze wetswijzigingen is het eindpunt van de ontwikkelingen op dit terrein nog niet in zicht. Open ligt nog de vraag hoe men, anders dan via adoptie, ouder kan worden van een kind dat is geboren binnen een lesbisch huwelijk met een bekende biologische vader. In de literatuur wordt er in dit verband op gewezen dat erkenning ook mogelijk zou moeten zijn als sprake is van een (lesbisch) huwelijk.[19] Dat biedt dan de keuzemogelijkheid aan lesbische ouders om de 'meemoeder' of de biologische vader het kind te laten erkennen. Mocht hierover op enig moment een geschil ontstaan, dan staat de 'meemoeder' hierin sterker omdat te verwachten is dat de rechter de wens van de moeders om het kind te erkennen zwaarder zal laten wegen dan die van de biologische vader. Het kabinet heeft de versoepeling van de adoptieregels voor de duomoeder doorgezet op aandringen van de Kamer, maar een nieuw wetsvoorstel is al door de minister toegezegd.[20]

---

16 *Stb.* 2008, 425. Wijziging van Boek I Burgerlijk Wetboek (BW) in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen. Zie voor uitgebreider commentaar: M.J. Strijkers, Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: J.H. Gerards (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 124.

17 Rapport '*Lesbisch ouderschap'* en Rapport Interlandelijke adoptie *'Alles van waarde is weerloos'*, Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 265, nr. 6. Zie voor de Kabinetsreactie op de rapporten *Kamerstukken II*, 2007/08, 30 551, nr. 22.

18 In de parlementaire behandeling werd gesproken van 'symboolwetgeving'. Naast het afnemend aantal kinderen dat voor interlandelijke adoptie beschikbaar is, bestaat in veel adoptielanden weerstand tegen adoptie door paren van gelijk geslacht gezamenlijk waardoor de huidige praktijk van éénouderadoptie veelal zal worden voortgezet; *Handelingen I* 2008/09, nr. 4, p. 173-174

19 A.P. van der Linden, 'Adoptie in het kennelijk belang van het kind?' in het themanummer 'Adoptie onder vuur', *Justitiële Verkenningen*, jrg. 34, nr. 7, 2008, p.72.

20 De minister heeft toegezegd het wetsvoorstel in de zomer van 2009 aan de Raad van State voor advies voor te leggen. Aandacht zal worden besteed aan de biologische vader met *family life* als bedoeld in artikel 8 EVRM en het recht van het kind op informatie over zijn afstamming, *Kamerstukken I,* 2007/08, 30 551, nr. F, p.4.

Herziening Adoptieverdrag en rechtspraak EHRM

De herziening van het Adoptieverdrag in het kader van de Raad van Europa maakt adoptie mogelijk voor alleenstaanden en voor ongehuwde paren met een geregistreerd partnerschap. Adoptie wordt ook mogelijk voor paren van gelijk geslacht met een duurzame relatie, maar wegens verdeeldheid laat de Raad die keuze over aan de lidstaten.[21] Het zijn zaken die in Nederland al geregeld zijn. De verruiming met éénouderadoptie is van belang omdat homoseksuelen uit een lidstaat die geen adoptie door paren van gelijk geslacht toestaat, nu niet meer op grond van hun seksuele voorkeur voor adoptie geweigerd mogen worden.[22] Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens stelde eerder vast – in het arrest *Fretté* – dat aan artikel 8 EVRM (*family life*) geen recht op adoptie kan worden ontleend.[23] Het betrof een alleenstaande homoseksuele docent aan wie Frankrijk toestemming voor éénouderadoptie weigerde. Het Hof stelde vast dat de lidstaten wel bevoegd zijn, maar niet verplicht om adoptie door paren van gelijk geslacht toe te staan. Die ruime beoordelingsbevoegdheid hangt samen met het feit dat binnen de lidstaten geen algemeen aanvaarde opvatting bestaat over het al dan niet toelaatbaar zijn van adoptie door homoseksuelen. Volgens het Hof is evenmin sprake van strijd met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM indien de adoptiemogelijkheden voor heteroseksuele en homoseksuele paren niet gelijk zouden worden gesteld.

De modernisering van het adoptieverdrag is in lijn met een recenter arrest, *E.B. tegen Frankrijk*, waarin het EHRM vaststelt dat de Franse staat in strijd handelt met artikel 8 EVRM en artikel 14 EVRM (discriminatieverbod) door de aanvraag voor éénouderadoptie van een lesbische vrouw met een duurzame relatie af te wijzen, met als argument dat de vaderrol in het gezin ontbreekt.[24] Het Hof rekent de Franse autoriteiten aan dat bij het gewicht dat wordt toegekend aan de afwezigheid van de vaderrol, uit het oog wordt verloren dat het om een adoptie door een alleenstaande gaat, terwijl het recht om een adoptieaanvraag in te dienen door een alleenstaande – en daarmee ook van een alleenstaande homoseksuele man of lesbische vrouw – door het Franse recht uitdrukkelijk wordt toegestaan. De homoseksuele relatie vormt daarmee de indirecte reden voor de afwijzing. Samenvattend oordeelt het Hof in beide arresten dat seksuele oriëntatie van doorslaggevende betekenis is geweest bij de afwijzing van de adoptieaanvraag. Een belangrijk verschil is dat het Hof in *Fretté* met een ruime 'margin of appreciation' het gedrag van de (adoptie)autoriteiten rechtvaardigt. In *E.B.* kiest het Hof, overigens ongemotiveerd, voor een andere rechtvaardigingstoets. Het Hof past de 'besmettingstheorie' toe, die erop neerkomt dat de illegitimiteit van een meegewogen factor (in casu de seksuele oriëntatie) in het besluit zo ernstig is, dat deze het besluit als geheel onaanvaardbaar maakt. Dat geldt ongeacht de redelijkheid en draagkracht van de wel legitiem te achten doelstellingen.[25]

---

21 European Convention on the adoption of children, Artikel 7, eerste en tweede lid, Raad van Europa, Straatsburg, november 2008. Zie: www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/202.htm.

22 Ook in de nieuwe 'brede' goederen- en dienstenrichtlijn blijven familierechtelijke zaken zoals adoptie en reproductieve rechten de verantwoordelijkheid van de lidstaten.

23 EHRM 26 februari 2002, *Fretté t. Frankrijk*, *EHRC* 2002/30, m.nt. Janssen/Gerards, *NJ* 2002/553, m.nt. SW, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 1044, m.nt. P. Borghs.

24 EHRM 22 januari 2008 (Grote Kamer), *E.B t. Frankrijk*, ,*EHRC* 2008/44, m. nt. Gerards.

25 Zie de annotatie van J.H. Gerards in *EHRC* 2008/44. Zij stelt dat de precedentwaarde van het arrest beperkt is omdat de meerderheidsuitspraak een wankele basis kent. De uitspraak wordt door tien van de zeventien rechters gesteund, waarvan twee een 'concurring opinion' aan de uitspraak hebben gehecht.

3 OORDELEN OVER SEKSUELE GERICHTHEID

3.1 Bevoegdheid en ontvankelijkheid

Liefde, intimiteit en heteroseksuele aandacht voor elkaar

Een man heeft zich aangemeld voor het EO tv programma '40 dagen zonder seks' maar mag niet deelnemen omdat hij homoseksueel is (oordeel 2008-158).[26] Het programma is bedoeld om een reëel beeld te schetsen van het (seks)leven van jongeren. De deelnemers krijgen een camera waarmee ze zichzelf veertig dagen filmen en een onkostenvergoeding van € 300,-. De EO wil met het programma de (hoofd)boodschap overbrengen dat liefde, intimiteit en aandacht voor elkaar belangrijk zijn in relaties. Kennelijk zijn dergelijke uitingen in homoseksueel verband een storende factor, want de deelnemer wordt afgewezen met als argument: "Een teveel aan (sub) boodschappen doet afbreuk aan deze hoofdboodschap". De vraag van de deelnemer of de uitsluiting verboden onderscheid oplevert vanwege zijn seksuele gerichtheid blijft onbeantwoord. De verhouding tussen omroeporganisatie en kandidaat kan niet worden gekwalificeerd als arbeid, vrij beroep of goederen- en dienstenverkeer waardoor de CGB niet bevoegd is tot oordelen.

Om te kunnen spreken van een privaatrechtelijke dienstbetrekking moet cumulatief zijn voldaan aan de verplichting van de werknemer tot persoonlijke arbeidsverrichting, de verplichting van de werkgever tot loonbetaling en het bestaan van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Het geringe bedrag dat als eenmalige onkostenvergoeding wordt toegekend kan moeilijk als een proportionele tegenprestatie voor bedongen arbeid worden gezien. De CGB overweegt dat de deelnemer niet gehouden is op een bepaald tijdstip en plaats aanwezig te zijn. De EO heeft ook anderszins geen enkele zeggenschap bedongen over de wijze waarop de deelnemer zijn deelname invult, waardoor de gezagsrelatie ontbreekt die voor een arbeidsverhouding essentieel is.[27] Het eenmalig deelnemen aan een televisie-uitzending waarvoor, behalve het zich onthouden van seksueel contact, geen beroepskwalificaties worden vereist, kan evenmin worden aangemerkt als het uitoefenen van het vrije beroep. Ten slotte ligt de vraag voor of sprake is van goederen en diensten. Eerder oordeelde de CGB dat het uitsluiten van proefpersonen en bloed- en spermadonoren onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB valt. In oordeel 2007-85 stelde de CGB vast dat het leveren van een bijdrage aan de bloedvoorziening in Nederland een belangrijk onderdeel is van het maatschappelijk leven, in welk verband iemand zich als persoon kan doen gelden.

Uit het oordeel wordt niet duidelijk waarom de deelnemer wil meedoen. Dat is een gemis. In het bloeddonoroordeel beoordeelt de CGB de vraag of sprake is van een dienst in de zin van artikel 7 AWGB *mede* op grond van de intentie van de bloeddonor. In het EO oordeel blijft de vraag waarom de kandidaat wil meedoen achterwege, met als gevolg dat de intentie niet wordt betrokken bij de beoordeling of sprake is van een dienst. Denkbaar is dat de hoofdboodschap van het tv programma

---

26 Zie de annotatie van Den Boer bij oordeel 2008-158 in deze bundel, waarin in het bijzonder wordt ingegaan op de ontvankelijkheid.

27 In oordeel 2004-119 kon het besluit van een omroepvereniging om een man niet langer in te zetten als panellid bij een programma wel worden getoetst aan artikel 5 AWGB, omdat sprake was van een gezagsverhouding tussen partijen. Zie ook Rb Zwolle 3 oktober 2008, *LJN* BF5333, waarin tussen televisiezender Talpa en een deelnemer aan het tv programma 'De Gouden Kooi' sprake was van een gezagsverhouding in de zin van een privaatrechtelijke dienstbetrekking omdat eiseres gehouden was concrete instructies op te volgen, te handelen met inachtneming van de overeenkomst, de huisregels en het Gouden Kooi regelboek. Ook nevenactiviteiten waren onderworpen aan toezicht, de instructiebevoegdheid van de omroep en sancties bij niet-naleving.

voor de deelnemer juist aanleiding is geweest om mee te doen, en hij zich als persoon wil laten gelden door bij te dragen aan het doorbreken van de stereotiepe beeldvorming van homoseksuelen in de media. Mocht hij een dergelijk emancipatorisch motief nastreven, dan kan de kandidaat zich als persoon doen gelden op een belangrijk onderdeel van het maatschappelijk leven omdat het tv programma daartoe een geschikt medium is. Het ontbreken van een motivering waarom de ene keer de intentie wel van belang is en de andere keer niet draagt niet bij aan een beter begrip wanneer sprake is van een 'dienst'.
Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van goederen- of dienstenverkeer zoekt de CGB aansluiting bij hogere rechtsnormen van EG-recht, waaronder de Rasrichtlijn en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij toegang en levering van goederen en diensten.[28] Hoewel in beide richtlijnen de grond homoseksuele gerichtheid ontbreekt, bieden zij voor de CGB een aanknopingspunt omdat in de goederen en dienstenrichtlijn het verbod op discriminatie niet van toepassing is op media-inhoud.[29] Deelname aan het tv-programma is dan geen dienst die voor het gehele publiek openstaat omdat mensen worden opgeroepen om zich aan te melden, waarna een beperkt aantal kandidaten geselecteerd wordt en in aanmerking komt voor deelname aan het programma.
De conclusie dat deelname geen dienst is die voor het gehele publiek openstaat kan niet overtuigen (overweging 3.12) voor zover die gebaseerd is op het argument "dat de selectie van de deelnemers mede geschiedt met het oog op de boodschap die met het programma wordt overgebracht". De dienst staat niet voor het gehele publiek open omdat een homoseksuele kandidaat te veel van de hoofdboodschap afleidt. Met andere woorden: de selectiemethode is discriminatoir waardoor het beperkte publiekskarakter dan ook niet legitiem is ter onderbouwing van de stelling dat geen sprake is van een dienst. Al met al heeft de CGB iets te ver gezocht om de verhouding tussen partijen niet als een dienst aan te merken. Ook is voorzichtigheid geboden bij de interpretatie van Richtlijn 2004/113/EG, nu nog onduidelijk is of het verbod op discriminatie ten aanzien van media-inhoud in de aangekondigde brede richtlijn gehandhaafd blijft.

Geen verblijfsvisum met werkvergunning in de VS voor partner van gelijk geslacht
Een man is met zijn mannelijke partner in de Verenigde Staten van Amerika (VS) gaan wonen, nadat zijn partner daar een positie als ambtenaar had aanvaard bij een onderdeel van het Nederlandse ministerie van Economische Zaken (oordeel 2008-159). De Minister heeft in het vooruitzicht gesteld dat de man in aanmerking zou komen voor een verblijfsvisum waarmee ook een werkvergunning voor de VS kon worden aangevraagd. Eenmaal in de VS blijkt deze informatie onjuist en dat heeft nogal vervelende consequenties voor zijn loopbaan.
De VS erkennen ongehuwde partners niet als gezinslid van diplomatieke en daarmee gelijkstelde ambtenaren, en zij erkennen evenmin een huwelijk tussen partners van gelijk geslacht. Om deze reden werd de man geen visum verstrekt waarmee hij aanspraak kon maken op een werkvergunning. Hij stelt bij de CGB dat de minister onvoldoende heeft gedaan om alsnog een visum met werkvergunning te regelen, dan wel hem te compenseren voor de onjuiste toezegging. De CGB overweegt dat het verlenen van visa, het doen van mededelingen daaromtrent en het onderhouden van contacten op diplomatiek niveau moet worden aangemerkt als publiekrechtelijk handelen ter vervulling van taken die bij uitstek horen tot de verantwoordelijkheid van

28 Artikel 3, eerste lid, onderdeel h, Richtlijn 2000/43/EG en artikel 3 eerste lid, Richtlijn 2004/113/EG.
29 Preambule overweging 13, Richtlijn 2004/113/EG.

de overheid. De CGB volgt in dit verband haar vaste oordelenlijn en concludeert dat zij niet bevoegd is om eenzijdig overheidshandelen te toetsen.[30]
Verzoeker voert vervolgens ter plaatse arbeid uit voor een onderdeel van het Ministerie van Buitenlandse Zaken (BUZA). Hij klaagt over onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid bij de bejegening, bij de afwijzing voor functies en het verrichten van arbeid zonder arbeidsovereenkomst. Alle klachten worden door de klachtencommissie van het ministerie ongegrond verklaard. De CGB ziet geen aanleiding tot een ander oordeel te komen.
Voor één functie wordt hij afgewezen omdat het integriteitsbeleid van Buza niet toestaat dat partners van uitgezonden diplomaten / ambtenaren op dezelfde post werken. Hoezeer de man tussen wal en schip valt als gevolg van gelijkebehandelingswetgeving die niet op elkaar aansluit, blijkt uit het feit dat hij in de VS van arbeid is uitgesloten omdat hij niet als partner wordt erkend, en door BUZA van arbeid wordt uitgesloten omdat hij juist wèl als partner wordt gezien.

3.2 Werving en selectie

De vereenvoudigde procedure wordt toegepast in oordeel 2008-35, waarin een homoseksuele man van Arubaanse afkomst bij een theater heeft gesolliciteerd naar de functie van gastheer.[31] Hij neemt deel aan een sollicitatieavond en wordt vervolgens telefonisch afgewezen. De man meent dat hij is afgewezen vanwege zijn ras en/of homoseksuele gerichtheid. Hij verzoekt de CGB te beoordelen of het theater op deze gronden verboden onderscheid heeft gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking. Het theater voert objectieve redenen aan die aannemelijk maken dat de kandidaat alles behalve geschikt is voor het gastheerschap. Naast het ontbreken van recente werkervaring is hij vooral op houdingsaspecten afgewezen: tijdens de sollicitatieavond kwam zijn houding overdreven correct en gemaakt over. De groepsopdracht toonde aan dat hij niet gemakkelijk is in de omgang met anderen, onvoldoende voor de mening van anderen openstaat en zijn eigen mening op dominante wijze aan de groep kenbaar maakt.
De man voert geen feiten aan die onderscheid op grond van ras en/of seksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden. De CGB acht aannemelijk dat het theater niet op de hoogte was van zijn seksuele gerichtheid. Die aanname wordt door de sollicitant met een vreemde gedachtekronkel terzijde geschoven. Hij voert aan dat het theater een optelsommetje had kunnen maken dat hij homoseksueel is: het theater wist dat hij een vriend heeft die openlijk homoseksueel is, hijzelf is een goed verzorgde jongeman en de functie van gastheer spreekt hem aan. De CGB kan deze redenering van verzoeker niet volgen en meent juist dat zijn optelsommetje berust op een vooroordeel dat de gelijkebehandelingswetgeving beoogt te bestrijden. Het kan in ieder geval niet als feit worden aangemerkt dat onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid kan doen vermoeden.

3.3 Arbeidsomstandigheden

Postbode pesten

In oordeel 2008-50 werkt de CGB nader uit wat onder een discriminatoire bejegening op de werkvloer moet worden verstaan. Een homoseksuele man werkt als post-

30 Oordelen 2008-71, 2006-85 en 2002-24.
31 Indien de CGB bij het in behandeling nemen van een zaak het kennelijk vermoeden heeft dat onderscheid is gemaakt dan kan zij besluiten om geen zitting te houden. Zie artikel 31, eerste lid Besluit Werkwijze Commissie Gelijke Behandeling.

bode. Op de werkvloer wordt hij gepest met algemene en persoonlijke opmerkingen over homoseksualiteit. De leidinggevenden zijn hiervan op de hoogte maar ondernemen geen actie om het gedrag een halt toe te roepen. De postbode legt de vraag voor of zijn werkgever onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid bij de arbeidsomstandigheden, waartoe ook bejegening op de werkvloer behoort, door hem discriminatoir te (laten) bejegenen en/of door zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen om redenen die verband houden met zijn seksuele gerichtheid. De werkgever bestrijdt de aantijgingen. Het verweer dat wel eens opmerkingen over homoseksuelen worden gemaakt, maar in de collegiale, grappige sfeer en dat die zeker niet kwetsend bedoeld zijn, kan niet slagen. Voor onderscheid in de zin van de AWGB is bepalend of de bejegening naar objectieve maatstaven nadelige effecten op de arbeidsuitoefening kan hebben. Ook grappig bedoelde opmerkingen kunnen kwetsen wanneer men tot de doelgroep behoort die voortdurend op de hak wordt genomen. Daarmee kan het functioneren van de werknemer negatief worden beïnvloed. Evenmin slaagt het verweer dat een lesbische oud-groepsleider nooit negatief of discriminatoir is bejegend door haar collega's en dat zij de werksfeer altijd als prettig heeft ervaren. Als groepsleider nam zij in de hiërarchie een andere positie in. Voorts heeft de CGB er oog voor - hoewel niet nader gemotiveerd - dat de werksfeer, die door sommigen als 'macho' is omschreven, andere effecten kan hebben op een lesbische vrouw dan op een homoseksuele man.[32]

Uit het feitencomplex kan niet worden afgeleid of ook de leidinggevenden de postbode discriminatoir hebben bejegend. De CGB overweegt dat enkel het gedogen van een discriminatoire werksfeer, niet maakt dat de leidinggevenden zich zelf schuldig hebben gemaakt aan onderscheid bij de arbeidsomstandigheden jegens verzoeker, zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel h, AWGB. Dat is vreemd omdat het gedogen van een discriminatoire werksfeer impliceert dat de leidinggevende weet dat op de werkvloer gediscrimineerd wordt, maar hij grijpt niet in. Niet goed valt in te zien waarom 'actief' meedoen de leidinggevende wel kan worden aangerekend maar 'passief' toekijken niet: het behoort tot zijn verantwoordelijkheid als leidinggevende geen discriminatie op de werkvloer te dulden. Vervolgens onderzoekt de CGB wel of de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht voor een discriminatievrije werkvloer. Dat lijkt een overbodige stap. De werkgever moet er immers op toezien dat ook degenen die onder zijn gezag vallen, waaronder leidinggevenden, zich van discriminatie onthouden.[33] Het gedogen van een discriminatoire werksfeer door leidinggevenden kan dan per definitie niet tot een andere uitkomst leiden dan dat de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgverplichting ten aanzien van een discriminatievrije werkvloer.

Ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsverhouding overweegt de CGB, dat hoewel het causale verband tussen de bejegening en de ziekte van de postbode niet is onderbouwd met medische gegevens, het op z'n minst genomen aannemelijk is dat het ontbreken van een discriminatievrije werkvloer heeft bijgedragen aan zijn arbeidsongeschiktheid. Daarmee kan de sfeer op de werkvloer worden aangemerkt als één van de elementen in een keten van gebeurtenissen die er uiteindelijk toe hebben

32 Oordeel 2008-50, overweging 4.12. Zie voor verschillen in het effect van een machosfeer op lesbische vrouwen en homoseksuele mannen, A. Adolfsen en S. Keuzenkamp, *'Uniform uit de kast', Homoseksualiteit binnen de krijgsmacht, Ervaringen van homo's en lesbo's en de invloed van vrouwelijkheid*, Den Haag: SCP 2006, p. 69. Zie over onderscheid naar seksuele gerichtheid op de werkvloer ook de themabijdrage van Van der Klein in deze bundel.

33 Oordelen 2006-33 en 2007-69. Vgl. oordeel 2005-91 waarin de CGB van een school verwacht om pro-actief beleid te voeren om haar studenten een discriminatievrije onderwijsomgeving te waarborgen.

geleid dat de postbode is benadeeld in zijn kansen op en vertrouwen in een geslaagde reïntegratie en in het herstel van zijn ziekteproces. Dit komt voor rekening van de werkgever, waarmee komt vast te staan dat ook onderscheid is gemaakt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 5, eerste lid, onderdeel c AWGB.

4 OORDELEN OVER BURGERLIJKE STAAT

4.1 Arbeid

Uitsluiting van pensioenvoorziening

Zes jaar nadat een datatypiste haar dienstverband bij een accountantskantoor heeft beëindigd informeert ze bij haar voormalige werkgever hoe te handelen om haar pensioen te krijgen uitgekeerd (oordeel 2008-31). De 65-jarige vrouw heeft al tijdens haar dienstverband geconstateerd dat de werkgever onderscheid maakt in pensioenvoorzieningen tussen werknemers en hem daarop aangesproken. Nu de werkgever aanvoert dat geen pensioenvoorziening was overeengekomen, verzoekt ze de CGB te beoordelen of haar voormalige werkgever met de uitsluiting onderscheid heeft gemaakt op grond van arbeidsduur, geslacht of burgerlijke staat.

De werkgever voert aan dat zij niet binnen een redelijke termijn heeft geklaagd en dat haar vordering verjaard is. Het ontvankelijkheidsverweer kan echter niet slagen omdat het vaststellen van een eventuele toepasselijke verval- of verjaringstermijn naar burgerlijk recht de taak van de rechter is en niet tot het takenpakket van de CGB behoort.

Op basis van de overgelegde overzichten van voormalige werknemers kan volgens de CGB niet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van arbeidsduur. Vast staat dat de werkgever bij het afsluiten van pensioenvoorzieningen na 1990 geen onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Vóór 1990 bleven beduidend meer vrouwen dan mannen verstoken van een pensioenregeling, waaronder verzoekster. Enige concrete verklaring voor dit verschil ontbreekt. Hoewel deze onduidelijkheid de werkgever valt aan te rekenen omdat op individuele basis pensioenvoorzieningen zijn getroffen, zou het volgens de CGB – gelet op de situatie sinds 1990 en op het tijdsverloop – te ver voeren om in deze zaak op grond van de cijfers alleen een vermoeden van onderscheid naar geslacht en burgerlijke staat te baseren. Van de 28 werknemers die in 1990 bij verweerster in dienst waren, waren er twintig gehuwd en acht ongehuwd. Voor dertien van de twintig gehuwde werknemers was een pensioenvoorziening getroffen. Voorts was een pensioenregeling getroffen voor vier van de acht ongehuwde werknemers. Van de twee werknemers die na 1990 in dienst zijn getreden en voor wie een pensioenregeling is getroffen, was er één gehuwd en één ongehuwd. Op basis van deze cijfers kan niet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van burgerlijke staat.[34]

4.2 Goederen en diensten

Seizoensclubkaart alleen in combinatie met een kind

Een betaaldvoetbal-organisatie wil wangedrag door haar supporters voorkomen door tribunes met het beste uitzicht als familievakken aan te wijzen (oordeel 2008-25). Voor deze vakken geldt dat de aanschaf van een seizoensclubkaart in principe slechts

34 Zie hierover ook Cremers en Vegter in het commentaar over de grond geslacht in deze Oordelenbundel.

mogelijk is in combinatie met een seizoensclubkaart voor een kind, jonger dan dertien jaar. De CGB moet beoordelen of de voetbalclub onderscheid maakt op grond van burgerlijke staat en/of geslacht in de zin van artikel 7, eerste lid, sub a, AWGB, nu (een deel van) de leden van de supportersvereniging niet aan de dubbele eis kan voldoen, met als gevolg: een slecht uitzicht op het speelveld.[35]
Zij past de vereenvoudigde procedure toe. Van direct onderscheid is volgens de CGB geen sprake omdat het combinatievereiste niet rechtstreeks naar de persoonskenmerken burgerlijke staat of geslacht verwijst. De supportersvereniging wijst echter op de oververtegenwoordiging van alleenstaande mannen zonder kinderen onder de groep van voetbalsupporters en op het feit dat zij ten opzichte van gehuwden of samenwonenden significant vaker geen eigen- of pleegkinderen hebben, waardoor volgens haar sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht en burgerlijke staat. De CGB overweegt dat voor zover op basis van cijfers kan worden vastgesteld dat er veel meer gehuwden met kinderen zijn dan ongehuwden (waaronder veel alleenstaanden), hiermee nog niet kan worden geconcludeerd dat in dit geval sprake is van een nadeel dat alleen alleenstaanden treft. Voor het vaststellen van indirect onderscheid dient ook rekening te worden gehouden met de supporters die wel kinderen hebben, maar zonder kind het stadion bezoeken. Het nadeel houdt niet rechtstreeks verband met het al dan niet hebben van kinderen, en een benadeling op basis van een verder verwijderd verband kan niet cijfermatig worden onderbouwd.
Opmerkelijk is dat de beoordeling zich beperkt tot voornoemde maatregel, terwijl de supportersvereniging ook de bijbehorende dispensatieregeling heeft overgelegd. Deze houdt in dat volwassenen of gezinnen met kinderen ouder dan twaalf jaar voor hun specifieke situatie een verzoek tot dispensatie kunnen indienen. Dispensatie wordt verleend in gevallen waarbij de aanvragers naar het oordeel van de directie van de voetbalclub minimaal aan drie van de vijf criteria voldoen. Eén van de vijf criteria is dat sprake is van een *echtpaar*, waarvan de jongste *echtgenoot* minimaal veertig jaar is.[36] Een combinatie van selectiecriteria kan er toe leiden dat bij het verlenen van dispensatie in strijd met het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat wordt gehandeld. Onduidelijk is waarom hier niet ambtshalve op is ingegaan.

5 TOT SLOT

Terugkijkend op 2008 heeft de CGB in dat jaar ten aanzien van de grond seksuele gerichtheid haar vaste oordelenlijn gevolgd. In arbeidszaken is zij onbevoegd te oordelen wanneer eenzijdig overheidshandelen in het geding is. Het postbode-oordeel toont aan dat de intentie om te discrimineren niet doorslaggevend is voor onderscheid in de zin van de AWGB. Bepalend is of de bejegening naar objectieve maatstaven gemeten nadelige effecten op de arbeidsuitoefening kan hebben. Opnieuw wordt de vraag beantwoord wanneer sprake is van een 'dienst' die onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB valt. Die vraag is soms lastig te beantwoorden en een sluitende definitie is dan ook nog niet gevonden. Twee oordelen over burgerlijke staat maken verder duidelijk dat cijfers ook niet alles zeggen: een ver verwijderd cijfermatig verband is onvoldoende om onderscheid aan te tonen.

35 Het hebben van kinderen kan leiden tot (indirect) onderscheid op grond van burgerlijke staat. Zie oordeel oordeel 2004-29, waarin een voorrangsregeling voor vakantieaanvragen van werknemers met schoolgaande kinderen en werknemers met ouders woonachtig op grote afstand niet in strijd is met de AWGB.
36 Oordeel 2008-25, overweging 2.4.

De CGB heeft verder in 2008 ook de kwestie van de trouwambtenaar met gewetensbezwaren opnieuw tegen het licht gehouden en is tot het oordeel gekomen dat de ruimte voor een beroep op gewetensbezwaren uiterst beperkt is. Dat is goed nieuws omdat dit oordeel de kern van de gelijkebehandelingswetgeving raakt: het verbod van discriminatie zoals neergelegd in artikel 1 Grondwet. Met het hierop aansluitend advies 'Trouwen? Geen bezwaar!' zet de CGB een heldere lijn uit en biedt aan gemeenten een leidraad hoe te handelen in vervolgsituaties.
Het advies over de ingebrekestelling laat er geen twijfel over bestaan dat de regering de AWGB moet herformuleren conform de Kaderrichtlijn.

Verheugend nieuws is ten slotte dat het Europees parlement heeft ingestemd met een voorstel voor een brede anti-discriminatierichtlijn.[37] In recent onderzoek naar ongelijke behandeling van paren van gelijk geslacht in de Europese Unie wordt ervoor gepleit het niveau van rechtsbescherming in de nieuwe richtlijn te laten aansluiten bij de Rasrichtlijn.[38] Een mogelijke volgende etappe is het erkennen van huwelijken en geregistreerd partnerschappen tussen paren van gelijk geslacht op basis van het vrij verkeer van personen, maar dat is vooralsnog toekomstmuziek.

37 EP wil richtlijn ter voltooiing van het pakket van anti-discriminatiewetgeving, Europees Parlement, stemming en verslag 20 mei 2008 (Persberichten).
38 O. de Schutter, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, European Union Agency for Fundamental Rights 2008, www.fra.europe.eu.

Overzicht van oordelen 2008 over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

2008-25

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Betaald voetbalorganisatie maakt geen verboden onderscheid bij het aanbieden van seizoensclubkaarten.

Een supportersvereniging verzoekt de Commissie te oordelen of een betaald voetbalorganisatie onderscheid maakt op grond van burgerlijke staat en/of geslacht door de aanschaf van een seizoensclubkaart voor bepaalde vakken in haar stadion afhankelijk te maken van de aanschaf van een seizoensclubkaart voor een kind. Nu (een deel van) de leden van de supportersvereniging wordt uitgesloten van de aanschaf van een seizoensclubkaart die toegang biedt tot de vakken die het beste zicht bieden op het speelveld, is sprake van een benadeling van de betreffende leden. Ongelijke behandeling vanwege het al dan niet hebben van kinderen kan onder omstandigheden leiden tot indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Aangezien het nadeel in de onderhavige zaak niet rechtstreeks samenhangt met het al dan niet hebben van kinderen en een benadeling op basis van een verder verwijderd verband niet cijfermatig kan worden onderbouwd, is geen sprake van feiten die onderscheid op grond van burgerlijke staat kunnen doen vermoeden. Voorts is op geen enkele wijze gebleken dat de mannelijke supporters door het combinatievereiste relatief zwaarder zouden worden getroffen dan de vrouwelijke. Daarom is evenmin sprake van feiten die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.

2008-31

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van arbeidsduur, geslacht of burgerlijke staat door geen pensioenregeling te treffen.

Een vrouw is van 1982 tot 2002 werkzaam geweest als medewerkster huishoudelijke dienst en datatypiste bij een accountantskantoor. Het accountantskantoor heeft geen pensioenregeling voor haar getroffen. Op basis van de overgelegde overzichten van werknemers die in de periode gelegen tussen 1990 en 2002 bij het accountantskantoor werkzaam zijn geweest kan niet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van arbeidsduur. Vast staat dat het accountantskantoor bij het afsluiten van pensioenvoorzieningen na 1990 geen onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Uit de overgelegde overzichten blijkt dat vóór 1990 beduidend meer vrouwen dan mannen verstoken bleven van een pensioenregeling. Enige concrete verklaring voor dit verschil ontbreekt. Hoewel deze onduidelijkheid het accountantskantoor valt aan te rekenen omdat op individuele basis pensioenvoorzieningen zijn getroffen, voert het - gelet op de situatie sinds 1990 en op het tijdsverloop - te ver in de onderhavige zaak op grond van de cijfers alleen een vermoeden van onderscheid naar geslacht te baseren. Op basis van de cijfers kan evenmin worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van burgerlijke staat.

2008-35

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras en/of seksuele gerichtheid bij werving en selectie van gastheer.

Een man, van Arubaanse afkomst en homoseksueel, heeft bij een theater gesolliciteerd naar de functie van gastheer. Het theater heeft hem afgewezen. De man meent dat hij is afgewezen vanwege zijn ras en/of homoseksuele gerichtheid. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten heeft aangevoerd die het door hem gestelde onderscheid op grond van ras en/of seksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden.

2008-50

Terrein: **arbeid**
Dictum: **strijd met de wet; verboden onderscheid**

Samenvatting:
Bedrijf handelt in strijd met wet door niet te voldoen aan zorgverplichting en maakt onderscheid op grond van seksuele gerichtheid bij beëindiging van arbeidsovereenkomst.

Een homoseksuele man werkt als postbode. Op de werkvloer worden door zijn collega's zowel in het algemeen opmerkingen over homoseksualiteit gemaakt als tegen de man persoonlijk. De leidinggevenden waren op de hoogte van zowel de sfeer op de werkvloer als van het feit dat de man hierover klaagde. Leidinggevenden van de man maakten niet zelf de opmerkingen maar gedoogden de sfeer op de werkvloer. Hierdoor handelt het bedrijf in strijd met de wet door niet te voldoen aan haar zorgverplichting. Na twee jaar ziekte is de arbeidsovereenkomst met de man beëindigd. Vaststaat dat de man heeft moeten werken in een sfeer waarin hij zich gediscrimineerd heeft gevoeld. Deze discriminatoire bejegening is één van de elementen in een keten van gebeurtenissen die er uiteindelijk toe heeft geleid dat de man is benadeeld in zijn kansen op een geslaagde re-integratie en in het herstel van zijn ziekteproces. Daarmee maakt het bedrijf onderscheid op grond van seksuele gerichtheid bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2008-158

Terrein: **geen**
Dictum: **niet bevoegd**

Samenvatting:
CGB niet bevoegd te oordelen over selectie van kandidaten voor televisieprogramma.

Een man mag niet meedoen aan het programma '40 Dagen zonder seks', omdat hij homoseksueel is. De Commissie onderzoekt of de onderhavige situatie binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt. De Commissie oordeelt dat zij niet bevoegd is, omdat de klacht geen betrekking heeft op het terrein van de arbeid of het aanbieden van goederen en diensten.

2008-159

Terrein: **arbeid**
Dictum: **niet bevoegd; geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid bij afwijzing sollicitaties voor functies bij Economische Zaken en Buitenlandse Zaken. Commissie niet bevoegd te oordelen over visumverlening.

Een man is met zijn mannelijke partner in de Verenigde Staten van Amerika (VS) gaan wonen, nadat zijn partner daar een positie als ambtenaar had aanvaard bij een onderdeel van het Nederlandse ministerie van Economische Zaken. De Minister van Economische Zaken heeft ten onrechte laten weten dat de man in aanmerking zou komen voor een verblijfsvergunning waarmee ook een werkvergunning voor de VS kan worden aangevraagd. De man is van mening dat zowel de Minister van Economische Zaken als de Minister van Buitenlandse Zaken onvoldoende hebben gedaan om alsnog een visum met werkvergunning te regelen dan wel hem te compenseren voor de onjuiste toezegging omtrent het visum. Het gaat hier om overheidshandelen dat buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt.
De Commissie is daarom niet bevoegd om hierover te oordelen.
De man klaagt daarnaast over onderscheid bij de afwijzing voor functies bij beide ministeries, over het feit dat hij voor beide ministeries werkzaamheden heeft verricht, maar niet op basis van een arbeidsovereenkomst, en over onderscheid bij de bejegening. Ten aanzien van al deze klachten is niet gebleken dat sprake is geweest van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid.

Arbeidsduur en aard van de Arbeidsovereenkomst

Mr. M.F. Baltussen

1 INLEIDING

In 2008 bracht de Commissie Gelijke Behandeling vier oordelen uit met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur en eveneens vier oordelen met betrekking tot het verbod van onderscheid wegens het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Twee oordelen over onderscheid wegens het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst hebben betrekking op dezelfde casus.[1] Twee oordelen zijn uitgebracht op verzoek van de 'regelgever' zelf.[2] Eén oordeel is uitgebracht op verzoek van een werkgever die een op zijn onderneming betrekking hebbende CAO ter discussie stelde.[3] Opvallend is verder dat in twee van de vier zaken over de toepassing van het verbod van onderscheid wegens arbeidsduur geklaagd wordt over benadeling van voltijders.[4]

In deze bijdrage zullen slechts drie oordelen worden besproken, te weten die oordelen die opvallen vanwege de inhoud van de overwegingen, dan wel de problematiek waarop zij betrekking hebben. Aan de bespreking van de oordelen zal een weergave vooraf gaan van enige ontwikkelingen in beleid en in 2008 gepubliceerde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, hierna te noemen het Hof.

2 ONTWIKKELINGEN IN RECHTSPRAAK, BELEID EN REGELGEVING

2.1 *Onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst*

HvJ EG – de zaak Impact

In een uitspraak van 15 april 2008 heeft het Hof in de zaak *Impact* in het kader van een prejudiciële vraag een aantal interessante beslissingen gegeven over de toepassing van Richtlijn 1999/70, betreffende de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In Ierland is Richtlijn 1999/70 pas in 2003 geïmplementeerd in het nationale recht middels de zogenaamde Protection of Employees(Fixed-Term Work) Act 2003, hierna te noemen 'de wet van 2003'. De in de Richtlijn opgenomen implementatietermijn, eindigend op 10 juli 2001, werd daarmee ruimschoots overschreden.

In de voorafgaande nationale procedure vorderde de Ierse vakbond Impact namens een aantal van haar leden, allen werkzaam in overheidsdienst op basis van tijdelijke

1 Oordelen 2008-63 en 2008-64; zelfde zaak, twee wederpartijen.
2 Oordelen 2008-142, verzoek werkgever en 2008-125, verzoek CAO- partijen.
3 Oordeel 2008-126.
4 Oordelen 2008-126 en 2008-142.

contracten, toepassing van gelijke arbeidsvoorwaarden als het personeel in vaste dienst, vanaf de datum van het verstrijken van de implementatietermijn. Zij beriep zich daarbij op de rechtstreekse werking van clausule 4 van de Raamovereenkomst, dat een verbod bevat om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden minder gunstig te behandelen dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst. Daarnaast stelde de vakbond het besluit van de Ierse overheid ter discussie om, kort vóór de inwerkingtreding van de wet waarin de Richtlijn werd geïmplementeerd, een aantal medewerkers in tijdelijke dienst opnieuw tijdelijke contracten aan te bieden voor lange periodes, oplopend tot acht jaar. Als gevolg van deze besluiten konden de betrokken werknemers eerst jaren na de inwerkingtreding van de wet aanspraak maken op toepassing van de in de wet voorziene omzetting van het tijdelijke contract naar een contract voor onbepaalde tijd. De wet van 2003 bepaalt namelijk dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer die op de datum van uitvaardiging van de wet of daarna drie jaar onafgebroken in dienst is geweest bij zijn werkgever, ten hoogste eenmaal en voor hoogstens een jaar mag worden verlengd. Naar het oordeel van de vakbond handelde de overheid daarmee in strijd met clausule 5 van de Raamovereenkomst, waarin lidstaten worden verplicht misbruik van opvolgende contracten te voorkomen.

De eerste prejudiciële vraag betreft de bevoegdheid van de verwijzende rechter, de zogenaamde 'Rights Commissioner', een gespecialiseerde gerechtelijke instantie die belast is met de behandeling van geschillen tussen werknemers en werkgevers. De Ierse regering betoogde dat de Rights Commissioner zich ten onrechte bevoegd had verklaard om kennis te nemen van de vorderingen van de vakbond Impact, voor zover deze waren gebaseerd op de rechtstreekse werking van Richtlijn 1999/70 in de periode tussen het verstrijken van de implementatietermijn en de invoering van de wet van 2003. Daarbij beriep zij zich op het feit dat in de wet van 2003 de Rights Commissioner slechts de bevoegdheid is toegekend om kennis te nemen van vorderingen gebaseerd op schending van de wet van 2003, en dat die bevoegdheid zich dan ook niet uitstrekt tot vorderingen die betrekking hebben op een periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van die wet en die zijn gebaseerd op de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht. Die vorderingen zouden uitsluitend door de 'gewone' Ierse rechter kunnen worden behandeld. Het Hof verwerpt dit beroep op de onbevoegdheid van de verwijzende rechter. Het Hof stelt voorop dat, hoewel het aan de lidstaten is voorbehouden om bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en procedureregels vast te stellen, zij wel gehouden zijn er voor te zorgen dat de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten daarmee niet onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt. Dit brengt met zich dat de verplichting van verzoekers in het hoofdgeding, om zich voor het deel van de vordering die betrekking heeft op de rechtstreekse werking van Richtlijn 1999/70, te wenden tot de 'gewone rechter' in strijd kan komen met dit doeltreffendheidsbeginsel, indien de splitsing van procedures zou leiden tot zodanige procedurele ongemakken (met name wat betreft kosten, de procesduur en de vertegenwoordigingsregels) dat deze de uitoefening van het gemeenschapsrecht uiterst moeilijk zouden maken. Het feit dat in de Ierse situatie sprake was van een facultatieve procedure ten overstaan van de Rights Commissioner en dat Impact er ook voor had kunnen kiezen om de totale vordering bij de gewone rechter aanhangig te maken acht het Hof daarbij niet relevant.

De vraag is in hoeverre dit oordeel van het Hof gevolgen kan hebben voor de praktijk van de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB). Ook de bevoegd-

heid van de Commissie is ingevolge de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving immers beperkt tot de toetsing aan de nationale regelgeving. Nu heeft het Hof in de beantwoording van deze prejudiciële vraag zijn overwegingen uitdrukkelijk toegespitst op beperkingen in de bevoegdheid van een '*rechterlijke instantie*', oordelend over '*vorderingen*' gebaseerd op schending van de nationale gelijke behandelingswetgeving. De Commissie is geen rechterlijke instantie in de strikte zin van het woord en zij oordeelt ook niet over vorderingen, maar zij spreekt op verzoek een oordeel uit, dat bovendien rechtens niet afdwingbaar is. Het is daarom twijfelachtig of het oordeel van het Hof relevantie kan hebben voor de bevoegdheid van de Commissie. Daartegenover kan worden gesteld dat de Commissie mede is opgericht als alternatief voor een reguliere gerechtelijke procedure, wat justitiabelen onder andere voordelen biedt wat betreft de kosten, de laagdrempeligheid en de niet-verplichte procesvertegenwoordiging.[5] Nu het merendeel van de Nederlandse gelijke behandelingsregelgeving op gemeenschapsrecht is gebaseerd, kan toch ook hier worden aangenomen dat het niet doeltreffend is om justitiabelen die kiezen voor deze alternatieve procedure daarnaast te verplichten om zich te wenden tot de gewone rechter, indien het onderliggende geschil mede de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht betreft. Het gaat te ver om deze kwestie hier uitgebreid te bespreken, maar ik kan mij voorstellen dat deze uitspraak voor de Commissie aanleiding kan zijn zich op dit punt te bezinnen.[6]

Het Hof stelt verder vast dat clausule 4 van de Raamovereenkomst, waarin een gebod is opgenomen tot het verschaffen van gelijke arbeidsvoorwaarden, rechtstreekse werking heeft, nu deze clausule inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen. Aldus kunnen de betrokken werknemers zich naar het oordeel van het Hof ten opzichte van de Ierse overheid beroepen op de rechtstreekse toepassing van het gebod tot gelijke behandeling, ook voor wat betreft de periode tussen het verstrijken van de implementatietermijn en de datum van de inwerkingtreding van de wet. Daarbij meent het Hof, anders dan door de Ierse Regering was betoogd, dat clausule 4 van de Raamovereenkomst zo moet worden uitgelegd dat daar ook onder vallen de arbeidsvoorwaarden betreffende beloning en pensioenen, voor zover deze laatste tenminste niet voortvloeien uit een wettelijke sociale zekerheidsregeling.

Het Hof verwerpt wel het beroep op de rechtstreekse werking van clausule 5 van de Richtlijn, ten aanzien van het besluit van de Ierse overheid om betrokkenen kort vóór de inwerkingtreding van de wet een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te bieden voor een ongebruikelijk lange tijd. Clausule 5 verplicht de lidstaten om ter voorkoming van misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende contracten, een of meer van de in de clausule omschreven maatregelen te nemen, dit naar keuze van de lidstaten. Gelet op deze keuzevrijheid bevat clausule 5 volgens het Hof geen onvoorwaardelijke en nauwkeurig omschreven verplichting die door particulieren rechtstreeks tegenover de lidstaten kan worden ingeroepen.
Het besluit van de Ierse overheid om de tijdelijke contracten voor een lange periode opnieuw voor bepaalde tijd te verlengen is volgens het Hof desondanks in strijd met het Gemeenschapsrecht. Het Hof wijst daarbij op de artikelen 10 en 249, derde alinea

5 Zie hierover I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 235.
6 Deze mogelijke uitbreiding van de bevoegdheid van de Commissie zal natuurlijk enkel betrekking kunnen hebben op klachten over een discriminatoire behandeling door de overheid, nu aan de richtlijnen geen horizontale werking toekomt.

EG, die de lidstaten verplichten om alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om het in een richtlijn beoogde doel te verwezenlijken. Het Hof meent dat deze verplichting ook een verbod inhoudt om zich te onthouden van maatregelen die indruisen tegen het doel van de richtlijn, welk doel in dit geval bestaat uit het voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In casu handelt de Ierse overheid in strijd met dit doel door in de periode tussen het verstrijken van de termijn voor uitvoering van de richtlijn en de datum van inwerkingtreding van de uitvoeringswet de betreffende arbeidsovereenkomsten voor een ongebruikelijke lange tijd te verlengen, met als gevolg dat betrokkenen voor een onredelijk lange termijn worden uitgesloten van de voordelen die de wet van 2003 biedt.
Gelet op de algemene bewoordingen van het Hof en de verwijzing naar de artikelen 10 en 249 EG mag mijns inziens worden aangenomen dat deze uitspraak een verderstrekkende reikwijdte heeft dan enkel het toepassingsgebied van richtlijn 1999/70. Meer algemeen kan dan worden aangenomen dat lidstaten vanaf het tijdstip van het verstrijken van de implementatietermijn van een richtlijn gehouden zijn zich te onthouden van maatregelen die indruisen tegen het doel van die richtlijn. Men zou zich zelfs kunnen afvragen of dit verbod niet ook geldt vanaf het moment van de inwerkingtreding van de Richtlijn, mede gelet op het feit dat de in de artikelen 10 en 249 EG neergelegde verplichtingen niet zijn beperkt tot de periode vanaf het verstrijken van de implementatietermijn.

HvJ EG – de zaak Vassilakis

In een uitspraak van 12 juni 2008 in de zaak *Vassilakis* oordeelt het Hof opnieuw over de Griekse wetgeving inzake contracten voor bepaalde tijd, die eerder ter discussie stond in de zaak *Adeneler*[7]. Waar het Hof in *Adeneler* oordeelde over een Griekse wettelijke regeling waarin het begrip opvolgende arbeidsovereenkomsten was beperkt tot overeenkomsten die elkaar opvolgen met een periode van minder dan tweeëntwintig dagen, stond hier de gewijzigde regeling ter discussie, waarin de periode ter vaststelling van het begrip opvolging was uitgebreid naar 3 maanden. In dit opzicht vertoont de Griekse regeling gelijkenis met het Nederlandse artikel 7:668a BW, waarin het begrip opvolgende contracten eveneens is beperkt tot contracten die elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden opvolgen. Anders dan in *Adeneler* acht het Hof de regeling nu in beginsel wel in overeenstemming met de Richtlijn. Het Hof meent dat in het algemeen een termijn van drie maanden in de weg zal staan aan misbruik van de regeling omdat een werkgever die daarmee wil voorzien in een blijvende behoefte aan personeel, geen baat zal hebben bij opvolgende contracten met een zo lange tussenliggende periode. Het Hof voegt daar echter aan toe dat op de nationale rechter die moet oordelen over de invulling van het begrip opvolgend contract, wel de verplichting rust om steeds te onderzoeken of er misbruik wordt gemaakt door het aangaan van contracten voor bepaalde tijd, waarbij alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder het aantal opvolgende contracten, zullen moeten worden betrokken. Hoewel het Hof dit niet met zoveel woorden stelt, volgt hier mijns inziens uit dat de nationale rechter in voorkomende gevallen zal moeten onderzoeken in hoeverre met het gebruik van tijdelijke contracten niet toch wordt voorzien in een permanente personeelsbehoefte, omdat, zoals ook blijkt uit de hierna weergegeven vervolgoverwegingen van het Hof, juist een dergelijke handelwijze als misbruik van tijdelijke contracten dient te worden aangemerkt.

---

7 HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04, *Adeneler*, *JAR* 2006/175.

Het Hof oordeelt verder over een ander aspect van de Griekse regeling, die voorziet in een absoluut verbod voor de openbare sector om overeenkomsten voor bepaalde tijd om te zetten in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Na de overweging dat het een lidstaat vrij staat om een voor de publieke sector afwijkende regeling vast te stellen, oordeelt het Hof dat een regeling als deze in strijd is met de Richtlijn, als de nationale rechtsorde niet tevens voorziet in maatregelen ter voorkoming van misbruik van die regeling, bestaande uit het gebruik van opvolgende contracten voor bepaalde tijd die bedoeld zijn om een feitelijke en blijvende behoefte van de werkgever te dekken.

2.2. Onderscheid op grond van arbeidsduur

In een uitspraak van het HvJ EG van 24 april 2008 oordeelt het Hof over een Italiaanse wettelijke regeling die werkgevers verplicht om melding te maken van het gebruik van deeltijdovereenkomsten en een kopie daarvan te sturen aan een lokale arbeidsinspectie.[8] Het Hof overweegt dat deze regeling in strijd is met clausule 5 van de richtlijn 97/81 betreffende de Raamovereenkomst inzake deeltijdarbeidregeling, waarin een verplichting is opgenomen voor de lidstaten om belemmeringen van juridische of administratieve aard waardoor de mogelijkheden voor deeltijdwerk kunnen worden beperkt, op te sporen, te onderzoeken en in voorkomende gevallen te verwijderen. De Italiaanse wet kan naar het oordeel van het Hof werkgevers afschrikken om gebruik te maken van deeltijdarbeid. Het Hof verwerpt het beroep van de Italiaanse regering op een objectieve rechtvaardiging, bestaande uit de noodzaak zwart werk te bestrijden en de administratie op de hoogte te brengen van praktijken van de werkgevers. Het Hof meent dat er alternatieve mogelijkheden zijn om deze doelen te bereiken die minder belastend zijn.

De Europese Commissie heeft op 3 oktober 2008 een voorstel tot wijziging van de Zwangerschapsrichtlijn 92/95/EEG ingediend. Het belangrijkste onderdeel van de wijzigingen betreft de uitbreiding van de termijn van het zwangerschaps-en bevallingsverlof van 14 naar 18 weken. Daarnaast stelt de Commissie voor in de Richtlijn het recht op te nemen voor een werkneemster om bij terugkeer van haar zwangerschapsverlof haar werkgever te vragen haar werkpatroon en tijden aan te passen aan de nieuwe gezinssituatie, welk verzoek de werkgever in overweging moet nemen. De werkgever is volgens het voorstel niet verplicht dit verzoek te honoreren.

Tot slot is het vermelden waard de oprichting in april 2008 van de zogenaamde Taskforce Deeltijd Plus, een gezamenlijk initiatief van kabinet, werkgevers- en werknemersorganisaties. Deze Taskforce heeft als opdracht de arbeidsparticipatie van vrouwen met kleine deeltijdbanen te vergroten, met name door het inzetten van een cultuuromslag bij alle betrokken partijen in het doen en denken rond de arbeidsdeelname van vrouwen. Deze doelstelling moet onder meer worden bereikt door het debat over vrouwen en werk te stimuleren en informatie hierover te verzamelen, te verspreiden en uit te wisselen. De Taskforce is ingesteld voor een periode van 2 jaar. Op 1 juli 2008 presenteerde de Taskforce haar werkplan, onder de titel 'één plus één is drie'. Meer informatie, waaronder het werkplan, is te vinden op de website van de Taskforce, www.taskforce-deeltijdplus.nl.

---

8 HvJ EG 24 april 2008,zaken C-55/07 en C-56/07, *Michaeler, JAR* 2008/131.

3 OORDELEN

3.1 *Periodieke loonsverhogingen in strijd met verbod tot onderscheid op grond van arbeidsduur*

Oordeel 2008-126 gaat over een in de CAO Dierenartsenbranche opgenomen salarisregeling, waarin is vastgelegd dat bij goed functioneren een jaarlijks periodiek wordt toegekend. Een bij de CAO aangesloten werkgever klaagt dat deze regeling leidt tot benadeling van *voltijders* en aldus in strijd is met artikel 7:648 BW. Saillant detail is dat deze werkgever tevens voorzitter is van de werkgeversvereniging die deze CAO mede heeft afgesloten.
De stelling van verzoeker is dat een voltijder langer moet werken voor eenzelfde verbetering van het basisloon dan een deeltijder. Verzoeker wijst daarbij op de achtergrond van de regeling, die gelegen is in het belonen van een toename van ervaring waardoor de arbeidsproductiviteit van de werknemer toeneemt. Verzoeker stelt dat voor de ervaring die een voltijder in één jaar opbouwt, de deeltijder twee jaar nodig heeft, terwijl de beloning na één dienstjaar in beide gevallen met een gelijk percentage toeneemt bij de toekenning van een periodiek. Er is daarom geen sprake van een gelijke beloning bij gelijke werkervaring. De Commissie vat deze stellingen kennelijk op als een beroep op gelijke beloning van de meerwaarde van de toegenomen ervaring. De Commissie concludeert dat niet kan worden vastgesteld of er sprake is van een benadeling van voltijders, omdat:

- er meerdere doelen zijn en op basis van de door partijen verstrekte informatie niet kan worden vastgesteld welk deel van de jaarlijkse beloning kan worden aangemerkt als beloning van de toegenomen ervaring;
- er ook geen rechtstreeks verband is vast te stellen tussen de meerwaarde van de toegenomen werkervaring en de arbeidsduur;
- het uitdrukken van die meerwaarde in een vaststaand percentage van het salaris ook niet als een nauwkeurige beloning van die meerwaarde kan worden gezien.

Dit is voor zover mij bekend de eerste maal dat een beroep wordt gedaan op strijdigheid van een op anciënniteit gebaseerde beloningsregeling met het beginsel van gelijke behandeling wegens de benadeling van voltijders. In feite komt het betoog van verzoeker er op neer dat de periodieke verhogingen van het salaris moeten worden gerelateerd aan de effectief gewerkte uren en niet aan de anciënniteit, dat wil zeggen aan het aantal arbeidsjaren. De vraag of een dergelijk beloningssysteem in overeenstemming is met de wetgeving gelijke behandeling is in eerdere uitspraken van het Hof van Justitie EG aan de orde geweest, waarbij het ging om klachten van deeltijders die stelden dat, wanneer arbeidsvoorwaarden zijn gerelateerd aan de effectief gewerkte arbeidstijd, dit leidt tot een benadeling van deeltijders, omdat zij in vergelijking tot voltijders minder snel in aanmerking komen voor de betreffende arbeidsvoorwaarde.[9]
Voor zover de regeling is gestoeld op een verondersteld verband tussen arbeidsduur en (toename van) werkervaring, is het Hof van Justitie van oordeel dat een dergelijke regeling enkel objectief gerechtvaardigd kan worden, indien in het concrete geval een daadwerkelijk verband tussen arbeidsduur en toegenomen werkervaring kan worden aangetoond.
Het Hof laat het in deze zaken over aan de nationale rechter om vast te stellen of een dergelijk verband in het concrete geval kan worden aangenomen. In oordeel 2008-

9 HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-100/95, *Kording*, *JAR* 1997/251; HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243/95, *Hill & Stapleton*, *JAR* 1998/170; HvJ EG 10 maart 2005, zaak C-196/02, *Nikoloudi*, *JAR* 2005/101.

126 gaat de Commissie aldus een stap verder dan het Hof, nu zij veronderstelt dat het verband tussen toegenomen werkervaring en arbeidsduur feitelijk nooit is vast te stellen. Dit betekent dat een beloningssysteem waarbij een onderscheid wordt gemaakt op basis van effectief gewerkte uren altijd zal leiden tot een ongerechtvaardigde benadeling van deeltijders. Dit stelt de Commissie ook met zoveel woorden in haar overweging ten overvloede: "…ook indien een jaarlijkse verhoging uitsluitend of vrijwel uitsluitend ten doel heeft de ervaringstoename te belonen, uit het bovenstaande volgt dat het toekennen van een kleinere jaarlijkse verhoging aan deeltijders, uitgedrukt als percentage van het salaris, in strijd zal zijn met het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur". Daarmee heeft deze uitspraak een verderstrekkend bereik dan enkel het oordeel over de veronderstelde benadeling van voltijders. Het is in de ogen van de Commissie immers niet mogelijk om arbeidsvoorwaarden te relateren aan effectief gewerkte uren, tenminste als daaraan de waardering van toegenomen werkervaring ten grondslag ligt. Gelet hierop had een nadere motivering van de Commissie waarom zij in dit geval kennelijk afwijkt van de uitspraken van het Hof van Justitie EG, niet misstaan.

3.2 Bonusregeling, ontvankelijkheid verzoek Ondernemingsraad

In oordeel 2008-142 staat eveneens een beloningsregeling centraal die de Commissie onderzoekt op een mogelijke nadelig effect voor voltijders. Dit oordeel is een vervolg op een oordeel van de Commissie uit 2006,[10] waarbij een eerdere versie van de beloningsregeling ter discussie stond. Het gaat in deze zaak om een regeling van een ICT-bedrijf, waarbij werkgeefster beoogt de hoogte van de bonus afhankelijk te stellen van het aantal gerealiseerde productieve uren. De regeling houdt in dat een gedeelte van het loon, de zogenaamde normbonus, fictief van het salaris wordt ingehouden. Vervolgens kan dit worden terugverdiend in de vorm van een resultaatsbonus, bestaande uit een maandelijkse bonus, in hoogte variërend van 0 tot 200% van het ingehouden salaris, en een eindejaarsuitkering. De hoogte van de maandelijkse bonus is afhankelijk van de door een individuele werknemer gerealiseerde productieve uren en de economische omstandigheden. Indien men meer uren werkt dan de zogenaamde productiviteitsdrempel, die ten tijde van het verzoek op 80% van de totale arbeidstijd was vastgesteld, zal de maandelijkse bonus hoger zijn dan 100% van het gekorte salaris. Indien men minder productieve uren heeft gerealiseerd dan de productiviteitsdrempel, zal deze bonus lager kunnen komen te liggen dan het gekorte deel van het salaris. Daarnaast wordt de eindejaarsuitkering toegekend naar rato van het aantal productieve uren, gerealiseerd boven de productiviteitsdrempel.
In een eerdere versie van de regeling werd geen maandelijkse bonus toegekend gedurende zwangerschaps- en bevallingsverlof. Voorts telden uren van dit verlof niet mee als productieve uren voor de berekening van de eindejaarsuitkering, zodat in de meeste gevallen vrouwen na genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof de eindejaarsuitkering misliepen. De Commissie oordeelde in 2006 dat daarmee een verboden onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt. Het ICT-bedrijf paste daarop de bonusregeling aan. In de nieuwe versie worden improductieve uren als gevolg van diverse vormen van verlof, waaronder zwangerschap en bevallingsverlof en verlof wegens kolven geneutraliseerd, in dier voege dat voor die periodes 100% van de normbonus als resultaatsbonus wordt toegekend. De bonus wordt aldus vastgesteld vanuit de fictieve gedachte dat de productiviteitsdrempel voor de periode van het verlof exact is gehaald. Voor deeltijders wordt het aantal uren dat minder dan voltijd

10 Oordeel 2006-182.

wordt gewerkt als een extra vakantierecht beschouwd, en aldus op dezelfde wijze geneutraliseerd. Dit betekent dat bij de vaststelling van het aantal productieve uren dat is gewerkt boven de productiviteitsdrempel voor zowel deeltijders als voltijders wordt uitgegaan van de voltijdnorm. De uren die een deeltijder minder werkt dan een voltijder worden aangemerkt als neutrale uren, hetgeen wil zeggen dat fictief wordt verondersteld dat voor deze uren de productiviteitsdrempel exact is gehaald. De uiteindelijke bonus wordt uiteraard vastgesteld naar rato van de arbeidsduur.

Zekerheidshalve legt het ICT-bedrijf deze regeling nogmaals aan de Commissie voor, waarbij het verzoek mede wordt ingediend namens de Ondernemingsraad, die zijn instemming had verleend aan de nieuwe bonusregeling. De Commissie overweegt allereerst dat de Ondernemingsraad niet ontvankelijk is in zijn verzoek. De Commissie merkt het verzoek aan als een verzoek omtrent eigen handelen, zoals genoemd in artikel 12, tweede lid, onder b, AWGB. De Commissie oordeelt dat de Ondernemingsraad niet in dit verzoek kan worden ontvangen nu artikel 12, tweede lid onder b AWGB de mogelijkheid een verzoek omtrent eigen handelen in te dienen beperkt tot een natuurlijk persoon, een rechtspersoon of een bevoegd gezag, en de Ondernemingsraad onder geen der genoemde categorieën is te scharen.[11] Op zichzelf is op deze stelling niets af te dingen, maar de vraag is of de Commissie zich er in dit geval niet van had moeten vergewissen of de Ondernemingsraad zijn verzoek niet heeft willen baseren op artikel 12, tweede lid, onder d, AWGB. In dit artikel is de mogelijkheid opgenomen voor de Ondernemingsraad een verzoek om een oordeel in te dienen bij de Commissie als hij zelf meent dat in zijn onderneming onderscheid wordt gemaakt. Nu hij heeft ingestemd met de voorgestelde bonusregeling zou je kunnen aannemen dat daarmee de Ondernemingsraad veronderstelt dat hij niet heeft gehandeld in strijd met de wetgeving gelijke behandeling, maar noodzakelijk lijkt mij dat niet.
De Commissie overweegt nog ten overvloede dat het instemmen van de Ondernemingsraad met een arbeidsvoorwaardelijke regeling ook niet als een eigen handelen kan worden aangemerkt, nu het verlenen van instemming geen handeling is die tot gevolg heeft dat er een arbeidsvoorwaardelijke regeling ontstaat die aan de gelijke behandelingswetgeving kan worden getoetst. Strikt genomen is deze overweging overbodig, nu de wet zelf in de weg staat aan een verzoek omtrent eigen handelen van de Ondernemingsraad. Waarschijnlijk heeft de Commissie hier duidelijk willen maken dat de Ondernemingsraad terzake zijn optreden op voet van artikel 27 WOR, niet kan worden aangemerkt als normadressaat van het verbod tot onderscheid op grond van arbeidsduur. Deze stellingname had wel een nadere toelichting verdiend.
Artikel 7:648 BW noemt enkel de werkgever als normadressaat van het verbod om onderscheid naar arbeidsduur te maken. In artikel III, eerste lid, WOA is de persoonele werkingssfeer van de wet echter ruimer vastgesteld, nu daarin een algemeen verbod is vastgelegd om onderscheid te maken op grond van een verschil in arbeidsduur bij de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel beëindigd, en bij de voorwaarden waaronder een aanstelling wordt verleend, verlengd dan wel beëindigd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief is gerechtvaardigd. Volgens de memorie van toelichting[12] is daarmee beoogd "het verschil in werkingssfeer op te heffen tussen het onderhavige wetsvoorstel, dat uitsluitend ziet op de relatie werkgever-werknemer, c.q. ambtenaar-bevoegd gezag, en artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), dat indirect onderscheid

11 Artikel 12 AWGB is in de WOA van overeenkomstige toepassing verklaard op verzoeken die betrekking hebben op schending van artikel 7:648 BW.
12 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 10, p. 1-2.

op grond van (onder meer) geslacht verbiedt en van toepassing is op alle partijen die de arbeidsvoorwaarden (mede) bepalen". Wie die partijen zijn, wordt in de wettekst noch in de memorie van toelichting aangegeven. De Commissie neemt in een vaste jurisprudentielijn aan dat CAO-partijen, zijnde partijen die de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in de onderneming van een werkgever *mede bepalen,* op basis van artikel III WOA kunnen worden aangesproken voor een mogelijk onderscheid op grond van arbeidsduur die voortvloeit uit de CAO.[13] Gelet op de tekst van artikel III, eerste lid, WOA en de interpretatie die de Commissie daar aan geeft, is niet zonder meer duidelijk waarom niet ook de Ondernemingsraad kan worden aangemerkt als een partij die is betrokken bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, dan wel deze mede bepaalt. Het argument dat, zoals de Commissie betoogt, de instemming van de Ondernemingsraad niet kan worden aangemerkt als een handeling die tot gevolg heeft dat er een arbeidsvoorwaardelijke regeling tot stand is gekomen, komt mij niet juist voor. Noch de wet, noch de memorie van toelichting eisen immers dat met het betreffende handelen de regeling 'juridisch tot stand komt'. Bovendien is een besluit van de ondernemer dat zonder de vereiste instemming van de ondernemingsraad is genomen, nietig op grond van artikel 27, vijfde lid, van de WOR. Gelet hierop kan toch niet anders worden geconcludeerd dat een op voet van artikel 27 WOR instemmingsplichtige regeling van arbeidsvoorwaarden mede door de Ondernemingsraad wordt bepaald, en in ieder geval dat de Ondernemingsraad bij de totstandkoming daarvan is betrokken.[14]

Vervolgens wordt getoetst of de werkgever met het vaststellen van de bonusregeling een verboden onderscheid maakt naar geslacht, handicap of chronische ziekte, dan wel arbeidsduur. Van schending van de eerste twee verbodsgronden is naar het oordeel van de Commissie geen sprake, nu met de neutralisering van de regeling in geval van afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling, wegens kolven, dan wel chronische ziekte of handicap, voor de perioden van afwezigheid 100% van het loon wordt uitgekeerd.[15] Aldus wordt er volgens de Commissie geen onderscheid meer gemaakt, nu deze neutralisering zowel positief als negatief kan uitvallen voor de betrokken medewerker, een en ander afhankelijk van met name de economische omstandigheden.
Anders oordeelt de Commissie bij de toetsing van de bonusregeling aan het verbod op onderscheid naar arbeidsduur. De Commissie stelt dat de Regeling nadelig uitpakt voor voltijders, nu deeltijders voor wat betreft de neutrale uren geen risico lopen op improductiviteit, dit in tegenstelling tot voltijders die geen neutrale uren hebben en dus over hun volledige betrekkingsomvang dit risico lopen. Volgens de Commissie leidt toepassing van de regeling ertoe dat een voltijder, van wie het aantal improductieve uren als percentage van zijn betrekkingsomvang even groot is als van een deeltijder, een lagere bonus krijgt dan een deeltijder. Dit onderscheid acht zij niet gerechtvaardigd. Hoewel de Commissie het doel, te weten het stimuleren van de productiviteit van medewerkers, legitiem acht en het middel passend, acht de Commissie de bonusregeling op dit punt niet noodzakelijk, nu dezelfde stimulans kan worden bereikt door de productiviteitsdrempel niet als percentage van de voltijdbetrekkingsomvang te hanteren, maar als percentage van de werkelijke betrekkingsomvang.

---

13 Zie o.a. Oordeel 2007/197

14 Zie voor een verdere bespreking van de uitspraak van de Commissie ten aanzien van de ontvankelijkheid van de OR, de annotatie van Sprengers, elders in deze Oordelenbundel.

15 De Commissie ziet de afwezigheid in verband met kolven als een onlosmakelijk gevolg van de zwangerschap, zodat deze daarmee op een lijn met worden gesteld, zodat een nadelig gevolg van een dergelijke afwezigheid kan worden aangemerkt als een direct onderscheid naar geslacht.

Hoewel het resultaat van dit oordeel valt toe te juichen, is het naar mijn idee onbegrijpelijk waarom het ter vaststelling van het onderscheidend karakter van de bonusregeling in het geval van toetsing aan het verbod op onderscheid naar geslacht, dan wel chronische handicap en/of ziekte, wel van belang wordt geacht dat de regeling zowel tot een positief als een negatief effect kan leiden, terwijl in de toepassing van het verbod op onderscheid naar arbeidsduur aan deze mogelijke tegengestelde effecten geheel voorbij wordt gegaan. Naast het feit dat deeltijders over de neutrale uren geen improductiviteitrisico lopen, kan immers eveneens gesteld worden dat zij over deze uren ook geen extra productiviteit kunnen realiseren.

3.3. Recht op vermindering van de arbeidsduur

In oordeel 2008-84 staat een regeling van arbeidsduurverkorting voor oudere werknemers ter discussie, opgenomen in de CAO voor de Zuivelindustrie, waarin het recht op arbeidsduurverkorting voor werknemers vanaf 55 jaar is voorbehouden aan diegenen die gemiddeld meer dan 32 uur per week werken. Werknemers die gebruik maken van deze regeling krijgen een groot deel van het oorspronkelijke salaris doorbetaald. De Commissie heeft zich in het verleden al eerder en zelfs zeer actief bezig gehouden met de vraag of met dergelijke regelingen een gerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd dan wel arbeidsduur wordt gemaakt. In 1997 heeft de Commissie, met toepassing van artikel 12, eerste lid, tweede volzin AWGB, een eigen onderzoek uitgevoerd naar het voorkomen van dergelijke regelingen binnen de sector Zorg, omdat zij vermoedde dat met deze regelingen, die binnen de sector veelvuldig voorkwamen, een ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd en/of arbeidsduur werd gemaakt. Dit heeft geresulteerd in de oordelen 1997-95 en 1999-78. De Commissie stelde daarin vast dat regelingen waarbij de arbeidsduurverkorting naar rato van de arbeidsomvang wordt vastgesteld niet leiden tot benadeling van deeltijdwerkers. Daarentegen meende de Commissie dat sprake was van een onderscheid in de zin van artikel III WOA, indien in een CAO het recht op arbeidsduurverkorting slechts wordt toegekend aan werknemers met een arbeidsduur van een bepaalde minimale omvang. Aldus diende beoordeeld te worden of het onderscheid objectief gerechtvaardigd kon worden geacht. Het doel van de regeling was volgens CAO-partijen gelegen in het terugdringen van de werkbelasting van de oudere werknemer die meer dan 32 uur werkt, alsmede het voorkomen van uitval van oudere werknemers. De Commissie was niet op voorhand overtuigd van de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het middel, nu een verband tussen toegenomen belasting vanaf een bepaalde omvang van de arbeidsduur niet zonder meer was vast te stellen. Op dit punt werd daarom een nader onderzoek gelast. Naar aanleiding van dit onderzoek oordeelde de Commissie dat het verband tussen de bepaalde arbeidsduur en de toegenomen belasting niet kon worden vastgesteld, zodat het gemaakte onderscheid niet gerechtvaardigd werd geacht. Een vergelijkbaar oordeel is te vinden in oordeel 2002-116, waarin de Commissie oordeelde over een seniorenregeling in de CAO Geestelijke Gezondheidszorg.

Ook in oordeel 2008-84 stelt de Commissie voorop dat met de regeling een onderscheid naar arbeidsduur wordt gemaakt. Dit onderscheid acht de Commissie niet gerechtvaardigd. Hoewel de Commissie het doel, te weten het terugdringen van de werkbelasting van oudere werknemers, legitiem acht, meent zij dat het middel niet geschikt en noodzakelijk is omdat niet is aangetoond dat werknemers die meer dan 32 uur werken een hogere werkbelasting kennen. Het oordeel lijkt daarmee op het eerste gezicht in lijn te zijn met de eerdere uitspraken zoals hiervoor weergegeven. De Commissie overweegt echter ten overvloede dat, al zou een verband tussen de

arbeidsduur en de werkbelasting kunnen worden vastgesteld, de regeling desondanks niet gerechtvaardigd kan zijn. Daarbij wordt er op gewezen dat, nu de regeling voorziet in het behoud van een groot deel van de arbeidsvoorwaarden, dit leidt tot een verschil in beloning tussen werknemers die eenzelfde aantal uren werken. Een werknemer met een contract van 32 uur, ontvangt aldus een lagere beloning voor de gewerkte uren, in vergelijking tot de werknemer met een voltijdcontract die met gebruikmaking van de arbeidsduurverkorting 32 uur gaat werken. De Commissie meent dat een dergelijk beloningsverschil niet in evenredige verhouding staat tot het doel dat daarmee wordt nagestreefd.
Deze zienswijze contrasteert met de zienswijzen in de hiervoor vergeleken oordelen 1997-95 en 2002-116, nu ook in de CAO´s die destijds voorwerp van onderzoek waren, sprake was van een behoud van (een deel van) de arbeidsvoorwaarden bij arbeidsduurverkorting. Het feit dat dit leidt tot een beloningsverschil tussen werknemers die wel en die niet gebruik maken van de regeling achtte de Commissie destijds kennelijk niet van belang. Daarnaast betekent het oordeel van de Commissie dat ook haar eerdere zienswijze over regelingen waarin arbeidsduurverkorting vanaf een bepaalde leeftijd voor alle werknemers is toegestaan, mogelijk moet worden herzien. Ook in die gevallen zal immers een regeling van arbeidsduurverkorting, welke gepaard gaat met het behoud van arbeidsvoorwaarden, tot beloningsverschillen kunnen leiden tussen werknemers die wel en die geen gebruik maken van de arbeidsduurvermindering.
Of daarmee een onderscheid wordt gemaakt dat moet worden getoetst aan artikel 7:648 BW, zal afhangen van de vraag of de in artikel 7:648 BW genoemde arbeidsduur ziet op het aantal feitelijk gewerkte uren of op de omvang van het contract. Hopelijk gaat de Commissie zich hierover nog eens uitspreken.

4 CONCLUSIE

Ook dit jaar geeft weer een magere opbrengst wat betreft het aantal oordelen die betrekking hebben op het verbod tot onderscheid op grond van arbeidsduur en het tijdelijk karakter van de arbeidsovereenkomst. Indien men de oordelen waarin geklaagd wordt over een benadeling van voltijders buiten beschouwing laat, betekent dit opnieuw een significante daling ten opzichte van vorig jaar. Als men zou aannemen dat er een verband bestaat tussen het aantal verzoeken en de mate van naleving van de betreffende wetgeving, is dit een verheugende tendens.

Opvallend is dat in twee van de vier oordelen over het verbod van onderscheid naar arbeidsduur benadeling van voltijders aan de orde is gesteld. In tegenstelling tot de Europese Richtlijn inzake deeltijdarbeid,[16] waarin 'slechts' een verbod tot benadeling van deeltijders is opgenomen, is artikel 7:648 BW neutraal geformuleerd en heeft dus ook betrekking heeft op benadeling van voltijders. Volgens de parlementaire geschiedenis is echter het oorspronkelijke doel van de wet gelegen in de bescherming van deeltijders. Cremers-Hartman betoogt dat de betekenis van deze symmetrische benadering moet worden gerelativeerd, omdat de verbodsnorm in het licht van deze doelstelling moet worden uitgelegd.[17] Op zichzelf is iets voor deze stelling te zeggen, hoewel mijns inziens niet duidelijk is op welke wijze een beroep van voltijders op

16 Richtlijn 97/81 d.d. 15 december 1997, PB EG van 10 januari 1998 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten Raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid.
17 E. Cremers- Hartman, 'Onderscheid op grond van arbeidsduur', in: *Flexibele arbeidsrelaties, onderdeel C, Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Nr. 31, losbladige editie, Deventer: Kluwer 2007.

gelijke behandeling dan zou moeten worden getoetst. Zoals ook uit de oordelen van de Commissie blijkt, biedt het huidige strakke toetsingskader van de objectieve rechtvaardiging weinig ruimte om de betekenis van het verbod tot onderscheid ten aanzien van voltijders te relativeren.

Ondanks de ´magere opbrengst' leveren de hiervoor besproken oordelen van de Commissie, vooral op het gebied van onderscheid naar arbeidsduur, een aantal interessante nieuwe gezichtspunten van de Commissie op, te weten:

- een beloningssysteem waarbij een onderscheid wordt gemaakt op basis van effectief gewerkte uren altijd zal altijd leiden tot een ongerechtvaardigde benadeling van deeltijders;
- de Ondernemingsraad kan zelf niet worden aangemerkt als normadressaat van het verbod tot onderscheid op grond van arbeidsduur;
- een regeling van arbeidsduurverkorting die is voorbehouden aan werknemers met een contract van een bepaalde minimum arbeidsduur is in strijd met het verbod tot onderscheid naar arbeidsduur, indien en voor zover de arbeidsduurverkorting gepaard gaat met het behoud van arbeidsvoorwaarden.

Daarmee bieden deze oordelen mooie voorbeelden van de rechtsvormende taak die de Commissie bij haar instelling blijkens de parlementaire behandeling expliciet is meegegeven.[18]

18 *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 9.

Overzicht van oordelen 2008 over de gronden arbeidsduur en aard van de overeenkomst

2008-31

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van arbeidsduur, geslacht of burgerlijke staat door geen pensioenregeling te treffen.

Een vrouw is van 1982 tot 2002 werkzaam geweest als medewerkster huishoudelijke dienst en datatypiste bij een accountantskantoor. Het accountantskantoor heeft geen pensioenregeling voor haar getroffen. Op basis van de overgelegde overzichten van werknemers die in de periode gelegen tussen 1990 en 2002 bij het accountantskantoor werkzaam zijn geweest kan niet worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van arbeidsduur. Vast staat dat het accountantskantoor bij het afsluiten van pensioenvoorzieningen na 1990 geen onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Uit de overgelegde overzichten blijkt dat vóór 1990 beduidend meer vrouwen dan mannen verstoken bleven van een pensioenregeling. Enige concrete verklaring voor dit verschil ontbreekt. Hoewel deze onduidelijkheid het accountantskantoor valt aan te rekenen omdat op individuele basis pensioenvoorzieningen zijn getroffen, voert het - gelet op de situatie sinds 1990 en op het tijdsverloop - te ver in de onderhavige zaak op grond van de cijfers alleen een vermoeden van onderscheid naar geslacht te baseren. Op basis van de cijfers kan evenmin worden geconcludeerd dat sprake is geweest van onderscheid op grond van burgerlijke staat.

2008-63

Terrein: arbeid
Dictum: niet-ontvankelijk

Samenvatting:
Niet-ontvankelijk. Man heeft nagelaten om voortzetting van WAO-hiaatverzekering te verzoeken.

Een man was op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst bij een luchtvaartmaatschappij en via de luchtvaartmaatschappij verzekerd voor het zogenoemde WAO-hiaat. Tijdens zijn dienstverband werd hij ziek en bleef dit tot het einde van zijn arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst van de man werd door de luchtvaartmaatschappij niet verlengd, wat het einde van de verzekering inhield. Ondanks dat het verzekeringsreglement daartoe de mogelijkheid bood, heeft de man de verzekeraar niet om voortzetting van de WAO-hiaatverzekering verzocht. Daardoor heeft de man geen belang bij een onderzoek door de Commissie naar de vraag of de luchtvaartmaatschappij onderscheid op grond van de tijdelijkheid van zijn arbeidsovereenkomst heeft gemaakt door zodanige bepalingen op te nemen in het WAO-hiaatreglement dat de man vanwege de tijdelijkheid van zijn arbeidsovereenkomst niet in aanmerking komt voor uitkering krachtens de WAO-hiaatverzekering.

2008-64

Terrein: arbeid
Dictum: niet-ontvankelijk

Samenvatting:
Niet-ontvankelijk. Man heeft nagelaten om voortzetting van WAO-hiaatverzekering te verzoeken.

Een man was op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst bij een luchtvaartmaatschappij en via de luchtvaartmaatschappij verzekerd voor het zogenoemde WAO-hiaat. Tijdens zijn dienstverband werd de man ziek en hij bleef dit tot het einde van zijn de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst werd door de luchtvaartmaatschappij niet verlengd, wat het einde van de verzekering inhield. Ondanks dat het verzekeringsreglement daartoe de mogelijkheid bood, heeft de man de verzekeraar niet om voortzetting van de WAO-hiaatverzekering verzocht. Daardoor heeft de man geen belang bij een onderzoek door de Commissie naar de vraag of de verzekeraar onderscheid op grond van de tijde-

lijkheid van zijn arbeidsovereenkomst heeft gemaakt door zodanige bepalingen in acht te nemen dat de man vanwege de tijdelijkheid van zijn arbeidsovereenkomst niet in aanmerking komt voor uitkering krachtens de WAO-hiaatverzekering.

2008-84

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur door regeling die alleen voltijders recht geeft op arbeidsduurvermindering bij 58 jaar.

Een cao bepaalt dat werknemers van 58 jaar en ouder op verzoek 32 uur in plaats van 36 uur per week kunnen werken. Werknemers die gebruik maken van de regeling bouwen onverkort pensioen op en krijgen een groot deel van het loon doorbetaald over de uren dat zij minder werken. Een werknemer komt niet in aanmerking voor de regeling, omdat hij voor zijn 58ste reeds 32 uur per week werkte. Het gevolg is dat hij minder verdient en minder pensioen opbouwt dan zijn collega's, terwijl zij even veel uren werken en dezelfde werkzaamheden verrichten, alleen omdat zij tot hun 58ste meer dan 32 uur per week werkten. Het bedrijf verklaart met de regeling de werkbelasting terug te willen dringen van oudere werknemers, die voltijd werken en fysiek zwaar werk doen, zodat zij niet uitvallen. De Commissie oordeelt dat er geen objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid. Het bedrijf gaat uit van de veronderstelling dat werknemers die voltijd werken daadwerkelijk een hogere werkbelasting kennen dan werknemers die 32 uur of minder per week werken. Dit is echter op geen enkele wijze nader onderbouwd. Ook indien dit in de toekomst wel kan worden aangetoond, geldt dat het beloningsverschil dat ontstaat als gevolg van de regeling ertoe leidt dat er geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is voor het onderscheid. Aanbeveling.

2008-97

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Bedrijf maakt onderscheid op grond van tijdelijkheid van arbeidsovereenkomst van vrouw door haar geen dertiende maand toe te kennen.

Een vrouw heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die eindigt op 31 oktober 2007. Het bedrijf waar de vrouw werkte, hanteert als eis voor het toekennen van een dertiende maand een peildatum: werknemers die voor 1 november uit dienst treden, krijgen geen dertiende maand uitgekeerd. De vrouw voldoet niet aan deze eis en krijgt over het jaar 2007 geen dertiende maand uitgekeerd. Op basis van statistische analyse is vastgesteld dat door het hanteren van de peildatum medewerkers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden benadeeld en dat het bedrijf daardoor onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst maakt. Het doel van het onderscheid is het binden van medewerkers en het verlagen van de administratieve lasten. Het eerste doel is slechts deels passend en bovendien is het pro rata uitkeren bij uitdiensttreding een geschikt alternatief middel. Het tweede doel kan evenmin een objectieve rechtvaardiging opleveren.

2008-125 tussenoordeel

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid;oordeel aangehouden

Samenvatting:
Uitsluiting deelname aan seniorenregeling leidt tot verboden onderscheid vanwege tijdelijke karakter van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten. Oordeel over leeftijdsonderscheid in seniorenregeling aangehouden.

CAO-partijen bij een bedrijfstak-CAO vragen de Commissie te beoordelen of een vakantieregeling en een afbouwregeling in strijd zijn met de WGBL.
Aangezien deze regelingen alleen van toepassing zijn op werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is de rechtsvraag uitgebreid met de vraag of deze in strijd zijn met het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De CAO-partijen zijn het erover eens dat voor het onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst geen argumenten zijn. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op deze grond.
CAO-partijen hebben de doelstelling van het leeftijdsonderscheid niet kunnen achterhalen. Bij CAO-partijen bestaat de behoefte om beleid te voeren om uitval van (oudere) werknemers, vanwege afnemende belastbaarheid en toenemende belasting van hun functies, tegen te gaan. In afwachting van de vaststelling van een leeftijdsbewust personeelsbeleid, houdt

de Commissie haar oordeel over het leeftijdsonderscheid bij de vakantieregeling en de afbouwregeling aan.

2008-126

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Niet gebleken dat dierenartspraktijk onderscheid maakt op grond van arbeidsduur vanwege het niet naar rato toekennen van periodieke loonsverhogingen aan deeltijders.

Een dierenartspraktijk vraagt een oordeel over de vraag of de toepassing van salarisschalen in de cao, inhoudende dat bij goed functioneren, onafhankelijk van de arbeidsduur, een jaarlijkse periodieke verhoging wordt toegekend, in strijd is met het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur.
Dat ervaring kan leiden tot een meerwaarde van de arbeid, leidt niet tot de conclusie dat voltijders in het nadeel zijn ten opzichte van deeltijders, indien zij hetzelfde percentage periodieke loonsverhoging krijgen. Cao-partijen streven met de periodieke verhoging ook andere doelen dan het belonen van de meerwaarde van ervaring na. Mede daarom kan een eventueel nadeel voor voltijders moeilijk worden vastgesteld. Ook is niet gebleken hoe een eventueel nadeel kan worden vastgesteld, aangezien een rechtstreeks verband tussen de meerwaarde van de toegenomen ervaring en de arbeidsduur ontbreekt. Daarom is niet gebleken dat met het naar rato van de arbeidsduur berekenen van de periodieke verhoging onderscheid op grond van arbeidsduur wordt gemaakt.

2008-142

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid op grond van geslacht of handicap/chronische ziekte; verboden onderscheid op grond van arbeidsduur

Samenvatting:
Bij toepassing Regeling Resultaatsbonus geen onderscheid op grond van geslacht en handicap/chronische ziekte. Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Aanbeveling.

Een ICT-bedrijf heeft een Regeling Resultaatsbonus aan de Commissie voorgelegd, die inhoudt dat een gedeelte van het loon wordt ingehouden, waarvan vervolgens een percentage tussen de 0 en 200 % wordt uitgekeerd als resultaatsbonus. Het percentage is mede afhankelijk van de arbeidsprestaties en de economische omstandigheden. De Regeling heeft de instemming van de Ondernemingsraad. Aan de orde zijn: mogelijk onderscheid op grond van geslacht, handicap/chronische ziekte en arbeidsduur. Bij afwezigheid ten gevolge van zwangerschap, bevalling en kolven, en als gevolg van handicap/chonische ziekte wordt 100% van het ten behoeve van de resultaatsbonus ingehouden loon uitgekeerd. De Commissie oordeelt dat geen sprake is van onderscheid, omdat het feitelijk effect voor de werknemer zowel voordelig als nadelig kan zijn, mede afhankelijk van de economische omstandigheden.

Aan deeltijders kent het ICT-bedrijf in het kader van de berekening van de bonus neutrale uren toe voor het aantal uren dat minder dan voltijd wordt gewerkt. Dit betekent dat deeltijders voor wat betreft de neutrale uren geen risico lopen op improductiviteit, in tegenstelling tot voltijders die geen neutrale uren hebben en dus over hun volledige betrekkingsomvang dit risico lopen. De Commissie overweegt dat een voltijder van wie het aantal improductieve uren niet in absolute zin, maar als percentage van zijn betrekkingsomvang even groot is als dat van een deeltijder, een lagere bonus krijgt dan een deeltijder. De consequentie hiervan is dat deze voltijder een lager uurloon ontvangt dan de deeltijder, bij een naar verhouding even grote productiviteit. Derhalve is sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur. De Commissie oordeelt dat een alternatief is dat het bedrijf meer rekening houdt met de deeltijdfactor in de berekening van de resultaatsbonus, opdat voltijders en deeltijders bij een naar verhouding tot hun betrekkingsomvang gelijke productiviteit, gelijk worden beloond. Geen objectieve rechtvaardiging. Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur.

Handicap en chronische ziekte

J.A. Schoonheim, J.D., LL.M.

1 INLEIDING

Eind 2008 heeft de Werkgroep handicap of chronische ziekte van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) een eerste evaluatie gemaakt van de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte (WGBH/CZ), zoals verplicht vijf jaar na de invoering van deze wet (1 december 2003).[1] In een grondige analyse van de oordelen van de CGB, constateert de werkgroep dat er geen grote problemen zijn bij het uitleggen en toepassen van de wet. Terugkoppelend naar onderzoek dat in 2007 gedaan is naar de effectiviteit van de wet in het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie,[2] trekt de werkgroep wel de conclusie dat de WGBH/CZ onvoldoende bekend is in het veld.[3] Het kan zijn dat dit ook het dalende aantal oordelen op grond van handicap of chronische ziekte verklaart. Over het jaar 2008 heeft de Commissie negentien oordelen gewezen op grond van handicap of chronische ziekte. Elf oordelen gaan over het terrein arbeid en acht over het beroepsonderwijs. Deze oordelen vormen iets meer dan tien procent van de 160 oordelen gewezen door de Commissie in 2008. Het aantal is gelijk aan dat in 2007, en opmerkelijk minder dan het gemiddeld aantal van dertig oordelen per jaar[4] in de eerste jaren na invoering van de WGBH/CZ. Dat bijna de helft van de verzoeken om informatie aan de CGB betrekking had op zaken die niet vallen binnen de werkingssfeer van de WGBH/CZ, duidt erop dat er wel belangstelling is voor ongelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte vanuit de maatschappij, maar op andere terreinen dan die waarop de wet betrekking heeft.[5]

Hoewel dus geen stijgende lijn te zien is in het aantal oordelen van de CGB, is de positie van mensen met een beperking volop in beweging, zowel in nationaal, Europees en internationaal perspectief. Nog nooit is er zoveel aandacht geweest voor zowel de versterking van de rechtspositie van mensen met een beperking, als voor hun sociale inclusie op meerdere maatschappelijke terreinen. 'Meedoen is het centrale thema van dit kabinet', werd verteld aan de Tweede Kamer.[6] Voor het eerst in de geschiedenis is er bovendien een mensenrechtenverdrag ondertekend, dat specifiek bescherming biedt aan mensen met een beperking – het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap. Dit verdrag is ondertekend (maar nog niet geratificeerd) door Nederland in maart 2007 en is van kracht geworden op 12 mei 2008.[7]

---

1 CGB Rapport, *Zonder vallen en opstaan, Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, november 2008, www.cgb.nl, op grond van artikel 12 WGBH/CZ in samenhang met artikel 20, tweede lid, AWGB.
2 Onderzoek naar de toegankelijkheid van het beroepsonderwijs, november 2007.
3 CGB-rapport WGBH/CZ in de praktijk, november 2008, p. 24-28 en bijlage II, p. 50-55.
4 *Ibid.*, p. 6.
5 *Ibid.*, p. 6.
6 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 355 en 24 170, nr. 37, p. 2.
7 *Ibid*, p. 3.

Ook de Europese Commissie heeft een breder licht geworpen op het thema, onder meer door lidstaten te verplichten om actief beleid te voeren ten behoeve van mensen met een handicap bij het halen van de Lissabon-doelen voor grotere arbeidsparticipatie in de lidstaten.[8] Ook is de Commissie bezig met een voorstel voor een nieuwe richtlijn waarin de bescherming tegen discriminatie wordt uitgebreid naar een groter aantal rechtsterreinen, ook (en in het bijzonder) voor mensen met een handicap.[9]

2 ONTWIKKELINGEN

2.1 Uitbreiding WGBH/CZ

De Tweede Kamer heeft in september 2008 ingestemd met het wetsvoorstel om de WGBH/CZ uit te breiden naar het basis- en voortgezet onderwijs en naar het gebied wonen.[10] Dit is conform een uit 2006 daterend advies van de Commissie waarin zij stelde dat een dergelijke uitbreiding in reikwijdte wenselijk en noodzakelijk is.[11] Nu de Eerste Kamer ook heeft ingestemd met deze uitbreiding,[12] kan deze in augustus 2009 in werking treden, dus met ingang van het schooljaar 2009-2010.[13]

Tegelijkertijd verdwijnt de Advies Commissie Toelating en Begeleiding (ACTB), die een belangrijke functie heeft gehad in het adviseren van schoolbesturen bij geschillen tussen ouders en een school over toegang van een kind met een "rugzakje" (leerlinggebonden financiering) tot het reguliere onderwijs. De ACTB heeft in een reeks van adviezen een toetsingsinstrumentarium ontwikkeld op basis waarvan kan worden beoordeeld of een bestuur van een school voor regulier onderwijs in een bepaald geval terecht de toegang heeft geweigerd aan een voor het speciaal onderwijs geïndiceerd kind met een "rugzakje". Dit "rugzakje" staat sterk in de belangstelling. In een recente wetenschappelijke analyse is vanuit een internationaal perspectief gekeken naar het recht op onderwijs en is geconcludeerd dat het recht op onderwijs voor de gehandicapte leerling in Nederland niet voldoende verzekerd is, onder andere door het toepassen van buitenwettelijke toelatingscriteria.[14] Refererend aan een uitspraak van 16 mei 2007 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,[15] wordt in de analyse gesteld dat inbreuk wordt gemaakt op het recht op onderwijs door toelating tot een reguliere school van een rugzakleerling te belemmeren. In die zaak was een leerling de toegang belemmerd tot de VMBO, afdeling praktijkonderwijs, ondanks het feit dat deze vorm van onderwijs niet tot een diploma leidt. Jammer is dat de ACTB in deze specifieke zaak niet adviseerde, terwijl wel in drie andere zaken werd geoordeeld dat de scholen terecht de toegang weigerden aangezien de leerling niet aan de eisen voor het verkrijgen van een diploma zou kunnen voldoen.[16] Te

8 ANED rapporten, website www.disability-europe.net.
9 Zie IP/08/1071, COM (2008) 426.
10 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 355.
11 CGB-advies/2006/14 inzake het voorstel van wet van de leden Smits, Rouvoet en Azough tot wijziging van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) in verband met uitbreiding van de reikwijdte tot het primair en voortgezet onderwijs, op verzoek van de indieners van het wetsvoorstel.
12 *Kamerstukken I* 2008/09, 30 859, nr. 19. De Eerste Kamer stemde in met de gewijzigde wet op 27 januari 2009.
13 *Stb.* 2009, 101 (inwerkingtreding wijziging WGBH/CZ ivm uitbreiding met onderwijs en wonen).
14 F.Vlemminx en R.Vlemminx, "Het internationale perspectief van het recht op onderwijs voor de gehandicapte leerling", *NTOR* 2008, p. 241-256.
15 ABRvS 16 mei 2007, zaaknummer 200605212/1.
16 Treurig is dat de ouders van de leerling toegang tot 70 scholen zochten voor hun dochter en in alle gevallen geweigerd werden.

voorspellen is dat de CGB een belangrijke rol gaat spelen in het ontwikkelen van betere rechtsbescherming in dit soort zaken. Een interessante vraag zal zijn of het 'rugzakje' gelijkgesteld kan worden aan een 'redelijke aanpassing.' Op het moment is de financiele omvang van een 'rugzakje' vastgesteld op grond van ministeriële regels en wordt het ingevuld door een Regionale Expertise Centrum, grotendeels in de vorm van ondersteuning voor de leerkracht (inclusief professionele reiskosten). Het is de vraag of dit de juiste ondersteuning biedt om participatie in het reguliere onderwijs mogelijk te maken. Wel duidelijk is dat meer gehandicapte kinderen dan ooit toch naar speciale scholen gaan, en niet naar reguliere,[17] terwijl iedere leerling met een indicatie voor het speciaal onderwijs ook in aanmerking komt voor leerlinggebonden financiering.

Op het terrein van wonen is het sinds 15 maart 2009 niet langer mogelijk om onderscheid te maken op grond van handicap bij het verhuren of verkopen van woningen.[18] Anders dan bij arbeid en onderwijs, is artikel 2 van de WGBH/CZ op dit terrein echter niet van toepassing. Dit betekent dat er geen wettelijke verplichting bestaat om doeltreffende aanpassingen te verrichten voor personen met een handicap of chronische ziekte. Volgens de wetgever is het belangrijk dat de particuliere sector niet verantwoordelijk gehouden wordt voor noodzakelijke aanpassingen in de woning, dit om averechtse werking ten aanzien van mensen met een handicap te voorkomen.[19] Op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO) is de overheid wel verantwoordelijk voor het treffen van aanpassingen om de belemmeringen van een handicap of chronische ziekte te compenseren.

2.2 VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap

Ondanks het feit dat meer dan 20 landen het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap inmiddels hebben geratificeerd en ondanks het feit dat het verdrag sinds mei 2008 van kracht is, zit er weinig vaart in de Nederlandse ratificatie. De regering heeft wel een schematisch tijdpad aan de Tweede Kamer bekend gemaakt omtrent ratificatie van het verdrag.[20] Nadat 'een eerste stap' is gezet door het verdrag te vertalen in het Nederlands en het aan de Tweede Kamer te presenteren op 17 maart 2008,[21] moet er nog een voorstel van een goedkeuringswet met memorie van toelichting komen, waarin de betekenis en consequenties van het verdrag voor de Nederlandse rechtsorde zullen worden uiteengezet. Dit wordt beschouwd als een complex en tijdrovend proces omdat "[het] Nederlands rechtssysteem vereist dat wet- en regelgeving in beginsel in overeenstemming worden gebracht met de verdragsbepalingen voordat ratificatie plaats kan vinden."[22] Het streven is om begin 2010 een definitief wetsvoorstel te presenteren aan de Tweede Kamer.
Een belangrijk punt met betrekking tot het verdrag is dat ook de Europese Gemeenschap over het verdrag onderhandeld heeft en het verdrag heeft ondertekend, een

17 CBS meld een verdubbeling van kinderen in het speciale onderwijs since 1995-1996, met name in het voortgezet onderwijs. http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/onderwijs/publicaties/artikelen/archief/2008/2008-2499-wm.htm.
18 http://www.minvws.nl/nieuwsberichten/dmo/2009/gelijke-behandeling.asp.
19 MvA, *Kamerstukken I* 2008/09, 30 859 C, p. 3.
20 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 355 en 24 170, nr. 37, p. 2-4.
21 *Kamerstukken II* 2008/09, 24 170, nr. 82.
22 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 355 en 24 170, nr. 37, p. 3.

unicum voor de EU.[23] Dit geeft een duidelijk signaal van het belang dat de Europese Commissie hecht aan de volwaardige maatschappelijke participatie van mensen met een beperking in de Europese lidstaten.

2.3 EG/EU

Een gevolg van de betrokkenheid van de EG bij het tot stand komen van het hiervoor besproken VN-verdrag is dat de EG als gemeenschap verplichtingen aanneemt op gebieden waarop zij bevoegdheden heeft. Tegen deze achtergrond kan worden gezien dat de Europese Commissie in 2008 een voorstel voor een brede gelijkebehandelingsrichtlijn naar buiten heeft gebracht die zich uitstrekt buiten het traditionele terrein van de arbeid tot het aanbieden van goederen en diensten en sociale bescherming.[24] Het voorstel is gebaseerd op artikel 13, eerste lid van het EG-verdrag en kan worden gezien als een invulling van de verplichtingen die voortvloeien uit het EG-verdrag.[25] Met de nieuwe richtlijn wordt een poging gedaan om alle non-discriminatiegronden op eenzelfde manier te behandelen. Het is duidelijk dat de conceptrichtlijn gevolgen zal hebben voor nationale verplichtingen rondom handicap, waaronder aanpassing van de WGBH/CZ.[26] In een brief aan de Tweede Kamer rapporteerde staatsecretaris Bussemaker van VWS: "[d]e bepaling in het richtlijnvoorstel voor de grond handicap gaat … verder dan het verdrag en legt bijvoorbeeld een strikter tijdpad op waarbinnen aan bepaalde verplichtingen moet zijn voldaan. Ook verschilt het richtlijnvoorstel van de thans geldende richtlijnen niet alleen voor wat betreft de reikwijdte maar ook voor wat betreft de verplichtingen."[27] Op 10 december 2008 heeft staatssecretaris Timmermans namens Buitenlandse Zaken naar de Tweede Kamer het standpunt ingenomen dat het kabinet het beginsel van gelijke behandeling onderschrijft, maar dat "het voorstel in huidige vorm veel onduidelijkheden bevat ten aanzien van de terminologie, reikwijdte en financiële consequenties". Volgens de staatssecretaris "past enige terughoudendheid tot helderheid is verkregen over de financiële en administratieve consequenties."[28] Het kabinet belooft een 'impact assessment' als de tekst duidelijker vorm krijgt. Verwacht wordt dat de Sociale Raad van de EG (bestaande uit de ministers van sociale zaken van de lidstaten) zich in de eerste helft van 2009 zal concentreren op de uitwerking van het verbod op discriminatie op grond van handicap.[29]

3 UITSPRAAK VAN HVJ EG IN DE ZAAK *COLEMAN*

Een ontwikkeling in het EG-recht die belangrijk is voor toepassing van de WGBH/CZ heeft te maken met een uitspraak van het Hof van Justitie van de EG over de vraag of Richtlijn 2000/78/EG (de zogenaamde "Kaderrichtlijn") ook bescherming biedt aan mensen die een band hebben met iemand met een beperking (de zoge-

23 Zie L. Waddington, *A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations' Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community*, Maastricht Working Papers Faculty of Law, 2007-4, Maastricht, October 2007.
24 IP/08/1071, zie ook *Kamerstukken II,* 2008/09, 29 355 en 24 170, nr. 37, p. 4.
25 Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS), Brussel, 2 juli 2008.
26 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 355 en 24 170, nr. 37, p. 4.
27 Ibid.
28 Kamerbrief inzake kabinetsreactie subsidiariteitstoets richtlijnvoorstel gelijke behandeling buiten de arbeid, 10-12-2008.
29 *Factsheet Brede Europese Richtlijn Gelijke Behandeling*, E-Quality, February 2009, p. 3, www.e-quality.nl.

naamde 'derde-begunstigde') tegen discriminatie op grond van de beperking van die ander.[30] In de zaak *Coleman* oordeelt het HvJ EG dat ook de moeder van een gehandicapt kind wordt beschermd door het verbod van discriminatie op grond van handicap. Coleman was de voornaamste verzorgster van een kind geboren met meerdere beperkingen. Anders dan andere werknemers die geen zorg hadden voor een gehandicapt kind, mocht zij na haar ouderschapsverlof niet terugkeren op haar oude functie. Zij had ook geen recht op flexibele werkuren en arbeidsomstandigheden. Ook werd zij gedreigd met ontslag bij afwezigheid of bij later naar haar werk komen, terwijl zulke dreigingen niet geuit waren naar collega's die geen zorg hoefden te dragen voor een gehandicapt kind. Door te oordelen dat de richtlijn ook bescherming biedt aan personen met een band met iemand met een handicap, heeft het HvJ EG een nieuwe lijn uitgezet.[31] Voor het HvJ EG is doorslaggevend of er sprake is van een door artikel 1 van de Kaderrichtlijn beschermde grond, en niet of de persoon jegens wie het onderscheid zich richt zelf beschikt over het onderscheidmakend criterium. Het gaat in zo'n geval niet om onderscheid wegens een vermeende handicap, maar om 'mede-benadeling.' Niet eerder was met zekerheid gesteld dat zo'n benadeling onder de reikwijdte van gelijkebehandelingswetgeving valt.[32] De CGB heeft bekendgemaakt dat zij de WGBH/CZ in haar oordelen conform het arrest *Coleman* zal uitleggen.[33]

4 OORDELEN ARBEID

In 2008 was er in het algemeen geen verschil van inzicht over de betekenis van de begrippen handicap of chronische ziekte, zoals vlak na de inwerkingtreding van de WGBH/CZ nog wel het geval was. De Commissie heeft meerdere malen bevestigd deze begrippen ruim te interpreteren. In geen van de oordelen in 2008 is de materiele reikwijdte van de wet aan de orde geweest. Ook is er geen geschil geweest over de juiste normadressaat van de verplichtingen gesteld door de WGBH/CZ.

4.1 (On)gelijke gevallen

In een drietal oordelen heeft de CGB de materiële gelijkheidsregel bevestigd dat gevallen dienen te worden behandeld naar mate van hun gelijkheid of ongelijkheid. Het eerste oordeel over dit onderwerp betreft de heropening van een tussenoordeel dat in 2007 werd uitgebracht.[34] In oordeel 2008-08 oordeelt de CGB dat de verweerster geen objectieve rechtvaardiging heeft gegeven voor het maken van een indirect onderscheid. De verzoeker was in dienst als assistent-controller bij een automatiseringsbedrijf. In verband met een chronische ziekte was hij in begin 2006 voor 100% uitgevallen van zijn werk. Later in het zelfde jaar hervatte hij zijn werkzaamheden voor 50%. Volgens de bedrijfsregel voor het uitbetalen van een dertiende maand, kreeg hij slechts de helft van de dertiende maand betaald, pro rata naar de gewerkte tijd. Ter rechtvaardiging van het toepassen van deze bedrijfsregel op verzoeker, voerde de werkgever aan dat geen uitzondering op de regel gemaakt kon worden zonder

30 HvJ EG 27 juli 2008, zaak C-303/06, *Coleman*, *EHRC* 2008/9, m.nt. A.C. Hendriks, *JB* 2008/195, m.nt. Gerards, *JAR* 2008/208, *NJ* 2008/501, m.nt. Mok, *RvdW* 2008/883, *RSV* 2009/32, *NJCM-Bull.* 2008, p. 1149, m.nt. Werker/Swarte, punt 108.
31 *Ibid*., Zie nader Werker en Swarte in hun annotatie in het *NJCM-Bulletin* (zie vorige noot), p. 1156.
32 Zie J.H. Gerards, "Kroniek oordelen commissie gelijke behandeling 2004-2007", *NJCM-Bulletin* 2008, p. 572.
33 CGB-rapport *Zonder vallen en opstaan*, zie noot 1, p. 31.
34 Oordeel 2007-145, behandeld door M. Kroes & W. Brussee in J. H. Gerards (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 168-169.

medewerkers te benadelen met ziekteverzuim die geen chronische ziekte hebben. De werkgever wilde dus geen onderscheid maken tussen verzuimende werknemers op grond van de aard van het verzuim. Deze wens resulteert echter in indirect onderscheid op grond van chronische ziekte in de nadeel van de verzoeker, zo oordeelt de Commissie. Het argument van de werkgever miskent volgens de Commissie dat verzoekers positie niet in alle opzichten vergelijkbaar is met die van medewerkers zonder chronische ziekte en dat het maken van een uitzondering soms is geboden om hen feitelijk gelijk te behandelen.[35] Van belang acht de Commissie verder dat voor het daaropvolgende jaar de werkgever wel een andere oplossing voor verzoeker wist te bedenken (het opnemen van de dertiende maand in werknemers bruto salaris), wat bevestigt dat alternatieven mogelijk waren en dat het middel dus niet noodzakelijk was. De Commissie concludeert dat de werkgever niet kon rechtvaardigen waarom hij geen uitzondering op de regel had gemaakt, en dus ook het gemaakte indirecte onderscheid op grond van chronische ziekte niet kon rechtvaardigen.[36]

De twee andere oordelen over de vergelijkbaarheid van gevallen gaan over de toepassing van pensioenregelingen. De bestreden pensioenregeling in oordeel 2008-86 betrof een werknemer met reuma die daardoor gedeeltelijk arbeidsongeschikt was geworden en een WAO-uitkering ontving van 28%. Voor de restcapaciteit van 60% werkte hij bij een werkgever die verplicht is aangesloten bij een pensioenfonds. Dit pensioenfonds biedt deelnemers die volledig arbeidsgeschikt zijn de mogelijkheid om het vroegpensioen te verhogen van 70 naar 80% door na het bereiken van de 61-jarige leeftijd het vroegpensioen te laten ingaan (ook herschikking genoemd). Een deelnemer met een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering, zoals verzoeker, wordt deze mogelijkheid niet geboden. De Commissie werd gevraagd te oordelen of het pensioenfonds een verboden onderscheid maakt jegens verzoeker door hem niet de herschikkingmogelijkheid te bieden, terwijl die mogelijkheid wel geboden wordt aan werknemers zonder een arbeidsongeschiktheidsuitkering. De Commissie oordeelt allereerst dat de WGBH/CZ zich ook richt tot een pensioenfonds dat "uitvoering geeft aan door (organisaties) van werkgevers en werknemers tot stand gebrachte pensioenafspraken" en dat zo'n fonds een "zelfstandige verantwoordelijkheid met betrekking tot de naleving van de WGBH/CZ" heeft.[37] De Commissie stelt vast dat het pensioenfonds ter verklaring van de regeling het doel van gelijke behandeling heeft aangevoerd. Deelnemers zonder een WAO-uitkering hebben, in tegenstelling tot deelnemers met een uitkering, de mogelijkheid langer door te werken en zo hun vroegpensioenuitkering te verhogen tot 80%. "... Op deze manier wordt het voordeel van de ene groep 'uitgeruild' tegen het voordeel van de andere groep."[38] De Commissie vindt het nastreven van gelijke behandeling in het algemeen een legitiem doel, maar niet in dit geval – de gevallen zijn immers niet gelijk:

> "Een gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer verkeert, voor zover hij arbeidsgeschikt is, in een wezenlijk andere situatie dan een deelnemer die volledig arbeidsongeschikt is. Er staat immers niets aan in de weg dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte deelnemer voor zover hij arbeidsongeschikt is langer doorwerkt in de zin van de herschikkingregeling, terwijl dit voor een volledig arbeidsongeschikte deelnemer per definitie niet aan de orde is."[39]

35 Oordeel 2008-08, overweging 3.13.
36 Oordeel 2008-08.
37 Oordeel 2008-86, overweging 3.3.
38 Oordeel 2008-86, overweging 3.6.
39 Oordeel 2008-86, overweging 3.12.

Nu de gevallen niet gelijk zijn, vindt de Commissie het doel van de regeling niet legitiem, en hoeft er niet meer getoetst te worden of het gehanteerde middel passend en noodzakelijk is (overweging 3.13). Verboden indirect onderscheid, zo luidt dan ook het oordeel van de Commissie. De Commissie sluit het oordeel af met de aanbeveling aan het pensioenfonds om te overleggen met CAO-partijen over een wijziging van de vroegpensioenregeling.

De pensioenregeling die aan de orde is in oordeel 2008-96 maakt onderscheid tussen werknemers met en zonder een WAO-uitkering , maar hier oordeelt de Commissie dat er een wezenlijk verschil is als het gaat om het vaststellen van de hoogte van het vervroegd ouderdomspensioen (vop). In dit geval had de werknemer geen WAO-uitkering meer sinds hij in dienst trad bij zijn werkgever (in 1997) en loon verdiende. De pensioenregeling van de werknemer bepaalde dat de uitkering voor vervroegd pensioen actuarieel zou worden verhoogd als de deelnemer zijn uitkering na de uittredingsdatum liet ingaan. Ook een deelnemer met recht op een WAO-uitkering had volgens de regeling aanspraak op een actuariële verhoging, maar deze verhoging betrof dan alleen het vervroegd ouderdomspensioen, verminderd met de WAO-uitkering. Het resultaat van deze regeling is dat een deelnemer met een WAO-uitkering een lager percentage van het pensioengevend loon ontvangt dan een niet arbeidsongeschikte deelnemer. Tegen toepassing van deze regeling protesteerde verzoeker. Als WAO-gerechtigde zou hij, na drie maanden langer doorwerken dan de uittredingsdatum, na de actuariële verhoging recht hebben op een vop-uitkering van 81% van het pensioengevend loon, terwijl werknemers zonder recht op een WAO-uitkering recht zouden hebben op 86% van het pensioengevend loon. Hij voerde aan dat hij zich kon vergelijken met werknemers die op hun uittredingsdatum geen recht hadden op een WAO-uitkering, nu hij geen WAO-uitkering ontving toen hij uit dienst trad. De Commissie oordeelt echter, in lijn met eerdere uitspraken, dat het hebben van recht op een WAO-uitkering een relevant verschil oplevert:[40]

> "Verzoeker heeft recht op een WAO-uitkering, ongeacht of hij een vop-uitkering ontvangt of niet. Het inkomensverlies dat de vop-uitkering zou moeten dekken, is in beginsel al gedekt door de WAO-uitkering …. Verzoeker heeft als arbeidsongeschikte recht op de voorzieningen uit hoofd van (onder meer) de WAO en kan zich daarmee niet vergelijken met arbeidsongeschikten die daarop geen recht hebben."

Sneu voor de werknemer in dit geval was dat zijn werkgever geen rekening hield met een eventueel recht op een WAO-uitkering. De serviceberekening die hij ontving maakte hiervan ook geen melding. Op basis van de informatie op zijn serviceberekening dacht de werknemer dat hij recht zou hebben op 86% van het pensioengevend loon wanneer hij drie maanden langer door zou werken. De werkgever erkende dat 30% van de deelnemers recht heeft op een WAO-uitkering. De Commissie vindt dat gelet hierop, van de werkgever mag worden verwacht dat deze in individuele serviceberekeningen en in brochures over de pensioenregeling duidelijkheid verschaft over de effecten van een al dan niet herleefde arbeidsongeschiktheidsuitkering op de hoogte van de totale vop-uitkering.[41] Meer kon de Commissie de verzoeker in dit geval niet bieden, maar dit is een belangrijk signaal naar werkgevers en pensioenfondsen.

---

40 Oordeel 2008-96, overweging 3.11
41 Oordeel 2008-96, overweging 3.18.

4.2 *Vestigen van vermoeden van verboden onderscheid vergt meer dan verzuim of aankondiging van handicap of chronisch ziekte*

Artikel 10 WGBH/CZ vereist dat een verzoeker feiten aanvoert die een verboden onderscheid kunnen doen vermoeden. Alleen als een dergelijk vermoeden ontstaat, dient de verwerende partij te bewijzen dat hij geen onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. Het is inmiddels vaste oordelenlijn dat ziekteverzuim niet altijd gerelateerd hoeft te zijn aan handicap of chronische ziekte, en dus niet zonder meer een vermoeden van verboden onderscheid kan vestigen. In oordeel 2008-135 wordt de sollicitatie van een helpdeskmedewerker naar een beter betaalde baan niet in behandeling genomen door zijn werkgever, met als reden dat de verzochte baan een continuïteit vereist die verzoeker niet kan waarborgen wegens zijn hoge ziekteverzuim. Dit verzuim had een aantal redenen, waaronder medicijngebruik in verband met herstel van een hartinfarct en suikerziekte. De CGB oordeelt dat een hoog ziekteverzuim niet zonder meer betekent dat er sprake is van een handicap of chronische ziekte.[42] In dit geval was er sprake van andere zaken uit de privésfeer die ook een rol speelden bij het verzuim, zodat het besluit om de sollicitatie niet in behandeling te nemen volgens de CGB niet op een verboden onderscheid was gebaseerd.

De Commissie komt tot dezelfde conclusie bij het niet verlengen van een arbeidscontract enkel en alleen na het bekendmaken van een handicap of chronische ziekte. Het vestigen van een vermoeden van verboden onderscheid vereist meer, zoals bewijs van geschiktheid voor de functie. In oordeel 2008-41 bleek dit opnieuw bij een verlengingsbeslissing over een contract van een promovenda. De Commissie oordeelt dat de enkele mededeling van de promovenda aan haar werkgever dat zij MS had, niet voldoende is om een vermoeden van verboden onderscheid te vestigen, nu haar werkgever haar geschiktheid voor de functie onderbouwd in twijfel trok.

De CGB bereikt een andere conclusie in oordeel 2008-110, waarin het ging om een klacht van een ambtenaar over het feit dat haar werkgever, een rechtbank, haar tijdelijk inleencontract besloot niet te verlengen of om te zetten in een vast contract. De rechtbank deed dit een week nadat de ambtenaar had meegedeeld dat zij vaker zou verzuimen vanwege pijnklachten die ontstaan waren na een gecompliceerde beenbreuk in het verleden.[43] De werkgever stelde dat de reden voor het besluit lag bij een conflictueuze situatie op de werkafdeling van verzoeker en haar betrokkenheid daarbij. De ambtenaar voerde aan dat het samenwerkingsprobleem al langer bestond en dat zij in de driekwart jaar voor haar mededeling over haar pijnklachten en het daarbij behorende verzuim, positieve feedback over haar functioneren had gekregen van leidinggevenden. De Commissie stelt vast dat de werkgever dit niet heeft ontkend. De aangevoerde feiten zijn daarmee voldoende om een vermoeden van verboden onderscheid te vestigen.[44]

4.3 *(On)geschiktheid voor de functie*

De CGB heeft in 2008 haar vaste oordelenlijn bestendigd, volgens welke zij niet bevoegd is te oordelen over de vraag of een kandidaat geschikt is voor een functie,

42 Oordeel 2008-135, overweging 3.8
43 Oordeel 2008-110.
44 Oordeel 2008-110, overweging 3.6.

maar wel om te beoordelen of de werkgever verboden onderscheid heeft gemaakt bij het bepalen van de geschiktheid van een kandidaat voor een functie. Duidelijk is daarbij dat het oordeel van de werkgever controleerbaar moet zijn en moet zijn gebaseerd op een voldoende zorgvuldige en objectieve procedure. In oordeel 2008-16 werd een nieuwe functie van General Manager niet aangeboden aan verzoekster, die al verschillende jaren in dienst was als "executive secretary", maar door borstkanker een tijd lang voor 40% arbeidsongeschikt was. De nieuwe functie werd, zonder open procedure, aangeboden aan een naaste collega van verzoekster. Als rechtvaardiging voor haar handelen voerde de werkgever, een internationale stichting, aan dat verzoekster voor de functie niet geschikt was. De Commissie stelt conform haar vaste oordelenlijn voorop dat de werkgever aannemelijk moet maken dat zij de geschiktheid heeft bepaald aan de hand van objectieve criteria, in een procedure die inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is.[45] Doordat in dit geval geen sollicitatieprocedure was gevolgd, was volgens de Commissie geen controle mogelijk op de objectiviteit en zorgvuldigheid van de procedure, en kon het vermoeden van verboden onderscheid niet weerlegd worden.

Geschiktheid voor een functie betekent volgens verschillende oordelen van de CGB in 2008 dat een kandidaat aan de wezenlijke functievereisten kan voldoen. Een werkgever is niet verplicht om iemand in dienst te nemen of te houden die vanwege een handicap of chronische ziekte niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de functie te vervullen. Wel moet hij bewijzen dat de betrokkene wezenlijke taken niet uit kan voeren en er geen doeltreffende aanpassing mogelijk is waardoor beperkingen opgeheven kunnen worden.[46] Een voorbeeld is oordeel 2008-49, waarin de werkgever volgens de Commissie geen verboden onderscheid maakte door een dove man niet in aanmerking te brengen voor de taak van bedrijfshulpverlener (BHV-er) op zijn werketage. De Commissie acht voldoende aangetoond dat de verzoeker in de kern niet in staat is de taken van een BHV-er helemaal zelfstandig uit te voeren. De stelling van de verzoeker dat de taken van een BHV-er verdeeld konden worden over meerdere mensen, slaagt niet.[47] "Als kan worden vastgesteld dat de betrokkene wezenlijke taken niet uit kan voeren en er geen doeltreffende aanpassing mogelijk is waardoor een beperking opgeheven kan worden, dan is er sprake van ongeschiktheid en geen sprake van onderscheid," zo concludeert de Commissie.[48]

4.4 Individuele toetsing vereist

In lijn met eerdere oordelen, eist de Commissie in oordeel 2008-49 dat onderzoek van de geschiktheid en de mogelijkheid van redelijke aanpassingen zorgvuldig moet worden uitgevoerd en gericht moet zijn op de individuele mogelijkheden en bijzonderheden van de desbetreffende functie.[49] Bij de afwijzing van een sollicitante voor een plaats in een invalpoule voor de kinderopvang omdat dat zij door haar posttraumatische dystrofie niet geschikt zou zijn, overweegt de Commissie het volgende:

---

45 Oordeel 2008-16, overweging 3.16.
46 Oordeel 2008-05 (belastingmedewerker geschikt voor functie als receptioniste-telefoniste op postkantoor ondanks verzuim vier keer per jaar i.v.m. operatie om terugkerende cysten te verwijderen), oordeel 2008-17 (sollicitant voor kinderopvang met post-traumatische dystrofie geschikt voor invalpoel), oordeel 2008-18 (dove man mogelijk geschikt voor functies in bouwsector en dus bemiddelbaar door uitzendbureau voor technische personeel).
47 Oordeel 2008-49, overweging 3.10.
48 Oordeel 2008-49, overweging 3.7.
49 Zie M. Kroes en W. Brussee, 'Handicap en chronische ziekte', in Gerards 2008, p. 169.

> "De Commissie stelt vast dat niet is gebleken dat verweerster voldoende heeft onderzocht of de met de handicap of chronische ziekte van verzoekster samenhangende beperkingen in de weg staan aan de uitvoering van de functie en, zo ja, of zij kunnen worden opgeheven door één of meer aanpassingen. Verzoekster heeft mogelijke aanpassingen genoemd, zoals een tweede rolstoel in het geval van een aanwezige trap en een aanpassing in een busje, die de Commissie doeltreffend en voor verweerster niet onredelijk belastend voorkomen. Bovendien heeft verweerster ter zitting toegegeven dat zij met de kennis die zij nu heeft misschien nauwkeuriger de individuele situatie van verzoekster had moeten beoordelen. De Commissie is van oordeel dat de afwijzing van verzoekster was gebaseerd op vooronderstellingen van verweerster ten aanzien van verzoeksters handicap of chronische ziekte, zonder dat zij heeft geverifieerd of die vooronderstellingen in de individuele situatie van verzoekster juist waren."[50]

Een vergelijkbaar gebrek aan zorgvuldigheid bij het onderzoeken van de mogelijkheden van een doeltreffende aanpassing vindt de Commissie in oordeel 2008-18 bij het afwijzen van een dove man voor een gesprek bij een technisch detacheringbureau voor de bouwsector. Ook daar oordeelt de Commissie dat individuele toetsing vereist is om te kijken of mogelijke nadelige veronderstellingen over geschiktheid overeenstemmen met de werkelijke mogelijkheden van de sollicitant.

4.5 Veiligheidsexceptie

In twee oordelen in 2008 deed de werkgever een beroep op de veiligheidsexceptie[51] als rechtvaardiging voor het maken van een verboden onderscheid. In beide gevallen was de verwerende partij een uitzend- of detacheringbedrijf.[52] Op de veiligheidsexceptie kan een beroep worden gedaan als de veiligheid in het geding is van de gehandicapte of chronisch zieke zelf of van personen in zijn onmiddellijke omgeving. Een onderscheid naar handicap of chronische ziekte kan dan gerechtvaardigd zijn. Aan een beroep op deze exceptie worden hoge eisen gesteld.[53] Het veiligheidsrisico moet bijvoorbeeld niet kunnen worden weggenomen door een doeltreffende aanpassing als bedoeld in artikel 2 WGBH/CZ, omdat de uitzondering dan niet meer noodzakelijk is met het oog op de veiligheid. In geen van beide gevallen die in 2008 aan de Commissie waren voorgelegd slaagde het beroep op de veiligheidsexceptie. In oordeel 2008-18 heeft de verzoeker, een dove bouwtechnicus, met succes laten zien hoe allerlei aanpassingen in de bouw mogelijk zijn om dove mensen veilig en effectief te laten functioneren. Hiervoor is al melding gemaakt van het tweede oordeel over dit onderwerp, oordeel 2008-17, waarin een uitzendbureau weigerde een sollicitant met verminderde mobiliteit te plaatsen in een invalpoule voor de kinderopvang. Ter rechtvaardiging van deze weigering deed het uitzendbureau ook een beroep op de veiligheidsexceptie. Het noemde daarbij een aantal mogelijke gevaren van de ziekte van de sollicitant, zowel voor de kinderen die zij zou moeten opvangen als voor haarzelf. De Commissie overweegt echter dat het uitzendbureau zelf geen onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden om de problemen op te lossen. Het beroep op de veiligheidsexceptie acht de Commissie daarom, als 'absolute contra-indicatie' niet 'deugdelijk gemotiveerd.'[54]

---

50 Oordeel 2008-17, overweging 3.17.
51 Artikel 3, eerste lid, onder a, WGBH/CZ
52 Oordelen 2008-17 en 2008-18.
53 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 269, nr. 3, p. 3.
54 Oordeel 2008-17, overweging 3.23.

4.6 Bejegening

Negatieve bejegening op grond van handicap of chronische ziekte is een vorm van verboden onderscheid. Dit betekent ook dat een werkgever primair gehouden is naar de mogelijkheden te kijken van een sollicitant. Door vooral de nadruk te leggen op moeilijkheden of last die een sollicitant met een handicap of chronische ziekte oplevert, wordt een verboden onderscheid gemaakt. De verweerder in het hiervoor besproken oordeel 2008-17, reageerde verbaasd toen de sollicitant voor de invalpoule voor kinderopvang vertelde dat haar handicap niet tijdelijk was. In het sollicitatiegesprek benadrukte de werkgever de moeilijkheden die dit zou veroorzaken voor het uitvoeren van de functie waarvoor werd gesolliciteerd. De Commissie vindt dat dit niet in overeenstemming is met het uitgangspunt van andere arbeidsgerelateerde wetgeving zoals de WIA. Volgens beide wetten gaat het er niet om wat personen met een handicap of chronische ziekte niet meer kunnen, maar wat zij nog wel kunnen. De werkgever moet zich in lijn met dit uitgangspunt opstellen. Daarbij past het niet om het sollicitatiegesprek zo te voeren als in dit geval is gebeurd.[55]

Het niet serieus nemen van de ambities en gevoelens van een persoon met een handicap of chronische ziekte kan onnodig kwetsend zijn en daarmee verboden onderscheid opleveren. In het hiervoor al genoemde oordeel 2008-49 heeft een gemeente nooit met een dove werknemer willen bespreken dat hij eigenlijk niet geschikt werd geacht voor zijn taak als EHBO-er binnen de BHV-organisatie. Na een interne verhuizing komt de verzoeker op een andere etage te werken en maakt hij kenbaar aan zijn werkgever dat hij daar graag BHV-er wil zijn. Hij voert zijn jaren als EHBO-er aan als bewijs dat hij geschikt is voor de BHV-functie. De werkgever meldt echter hij eigenlijk nooit geschikt was geweest voor de taak als EHBO-er. Volgens de Commissie heeft de werkgever daarmee niet behoorlijk gehandeld, nu hij de werknemer jarenlang welbewust in de waan heeft gelaten dat hij een gewaardeerd lid van het BHV-team was, terwijl hij hem feitelijk ongeschikt achtte. De Commissie leidt hieruit af dat de verweerder verzoeker niet heeft behandeld als een serieus te nemen medewerker en gesprekspartner.[56] Deze bejegening levert een verboden onderscheid op.

De CGB heeft ook duidelijke aanbevelingen gegeven om onnodige procedures over negatieve bejegening te voorkomen. Oordeel 2008-41 had betrekking op de schorsing van een werknemer nadat hij en zijn vader in een boos artikel in een landelijke krant beweerden dat hij door een leidinggevende op de werkvloer werd geïntimideerd. Niet lang na de schorsing werd zijn arbeidsovereenkomst ontbonden door de kantonrechter op basis van wat als een ongefundeerd nieuwsbericht werd beschreven. Schriftelijke verklaringen van medewerkers opgesteld door de vader bleken vals te zijn. De Commissie stelt vast dat de verzoeker, in plaats van gebruik te maken van een klachtenprocedure, gebruik heeft gemaakt van andere wegen die hem duur kwamen te staan. Nu de verzoeker niet tijdig heeft geklaagd over intimidatie of discriminerende bejegening op de werkvloer, kan geen vermoeden van onderscheid ontstaan. De Commissie geeft wel twee aanbevelingen in de richting van het WSW-bedrijf, die een bredere toepassing verdienen. Ten eerste beveelt de Commissie het WSW-bedrijf aan om een duidelijke en toegankelijke klachtenprocedure in te stellen, zodat werknemers weten hoe en bij wie zij een klacht over bejegening kunnen indienen. Daarbij van belang, zo vindt de Commissie, is dat klachten vertrouwelijk worden behandeld

55 Oordeel 2008-17, overweging 3.30.
56 Oordeel 2008-49, overweging 3.15.

door een externe onafhankelijke en deskundige klachtenbehandelaar. Ten tweede beveelt de Commissie aan om een onderzoek te doen naar omgangsvormen binnen het bedrijf, gezien de klachten over ruzies en de mogelijke intimidatie onder de werknemers en tussen werknemers en staf. De feiten van dit geval herinneren ons aan de kwetsbaarheid van werknemers die werken in WSW-verband. Het is belangrijk dat WSW-werkgevers aandacht besteden aan het scheppen van een collegiale werksfeer waarbinnen mensen veilig zijn en de weg weten te vinden als het niet goed gaat, en waarbinnen zij vertrouwen kunnen hebben in de leiding die respectvolle omgangsvormen bevordert en er blijvend over waakt.

5 OORDELEN ONDERWIJS

De Commissie heeft in 2008 zeven oordelen op het terrein van het beroepsonderwijs gewezen, meer dan in voorbijgaande jaren. In slechts één geval is een verboden onderscheid gevonden.[57] Vier van de zeven oordelen hebben te maken met een student met het syndroom van Asperger, waarin de Commissie haar vaste oordelenlijn toepast en het syndroom aanmerkt als een handicap of chronische ziekte.[58]

5.1 Toetsing aanvullende toelatingseisen

Voor het eerst is de CGB gevraagd om een toelatingstest tot een opleiding te toetsen voor deze werd ingevoerd.[59] Deze kwestie is op een wat bijzondere manier bij de Commissie terecht gekomen. De Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bepaalt dat aanvullende opleidingseisen vastgelegd moeten worden in een ministeriële regeling.[60] Een hogeschool die voor een opleiding sport, management en ondernemen (SM&O) een bindende fysieke toelatingstest wil invoeren, verzoekt het ministerie van OC&W om vast te leggen dat zij deze aanvullende eisen mag stellen. De staatssecretaris berichtte de hogeschool echter dat hij hierover nog geen beslissing kon nemen, nu de aanvullende eisen nog onvoldoende waren geconcretiseerd en nog niet duidelijk was of de aanvullende eisen verenigbaar zijn met de WGBH/CZ. De staatssecretaris adviseerde de hogeschool in verband hiermee om de aanvullende eisen ter toetsing voor te leggen aan de CGB. Kennelijk wil hij hierover niet zelfstandig een oordeel uitspreken. Wat hiervan ook zij, voor de Commissie was van belang dat de hogeschool een aparte procedure heeft ontwikkeld voor toelating van studenten met een handicap of chronische ziekte. Volgens die procedure is het vereist dat een kandidaat zoveel mogelijk meedoet op dezelfde wijze als kandidaten zonder beperkingen. Voor de onderdelen van de toelatingstoets waar de kandidaat niet aan mee kan doen, wordt bekeken of een alternatief beschikbaar is. De welwillendheid van de hogeschool tegenover studenten met een handicap of chronische ziekte heeft volgens de hogeschool te maken met de waardevolle bijdrage die deze studenten kunnen leveren aan de professionalisering van de opleiding en de gehandicaptensport. Deze welwillendheid uit zich vooral in een bereidheid om aanpassingen te maken om deelname van studenten met een handicap of chronische ziekte mogelijk te maken. In lijn met eerdere oordelen overweegt de Commissie dat de verplichting om een doeltreffende aanpassing te maken alleen geldt als de student

57 Oordeel 2008-51.
58 Oordelen 2008-30, 2008-139, 2008-140 en 2008-51.
59 Oordeel 2008-74.
60 Oordeel 2008-74; zie ook artikel 7.26 WHW.

beschikt over de vereiste vooropleiding en noodzakelijke competenties dan wel dat aannemelijk is dat die competenties kunnen worden ontwikkeld. De Commissie stelt voorop dat het aannemelijk is dat "een zekere fysieke fitheid en aldus een zekere fysieke geschiktheid voor de opleiding noodzakelijk zijn."[61] De Commissie overweegt dat de verzoeker bereid is om doeltreffende aanpassingen te treffen met betrekking tot het fysieke element van de toelatingstest, en ook dat verzoeker bereid is om deze aanpassingen gedurende de opleiding te treffen. De Commissie concludeert dat de toelatingstest geen verboden onderscheid oplevert.[62]

5.2 Zorgvuldigheid bij beoordeling van geschiktheid voor opleiding en redelijke aanpassingen

Net als een werkgever, hoeft een opleiding geen ongeschikte leerlingen toe te laten. Als een kandidaat niet geschikt is voor een opleiding, wordt bij afwijzing geen verboden onderscheid aangenomen.[63] De CGB maakt duidelijk dat zij niet bevoegd is om te oordelen over de geschiktheid van een persoon, maar dat het wel haar taak is "om te beoordelen of bij een ongeschiktheidverklaring, al dan niet bewust, in strijd is gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving."[64] Onzorgvuldig handelen maakt het onmogelijk om de geschiktheid van een leerling voor een opleiding te bepalen. Het niet onderzoeken van de mogelijkheden om doeltreffende aanpassingen te treffen, is onzorgvuldig. Oordeel 2008-51 betreft een student met een aandoening waarbij hij nauwelijks zweet of speeksel en tranen kan aanmaken. Zijn aandoening leidt tot moeheid en problemen bij warm weer. Deze student wil een ICT-opleiding volgen bij een ROC. Hij krijgt in eerste instantie het advies de betreffende opleiding bij een andere instelling, een instelling voor gehandicapte leerlingen, te volgen. Het ROC gaf dit advies op basis van twijfels over de geschiktheid van de leerling. Deze waren gebaseerd op eerdere ervaringen met de leerling in een andere opleiding bij het ROC. Het ROC heeft echter niet onderzocht of het mogelijk zou zijn voor de leerling om te slagen in de ICT-opleiding met behulp van een of meer redelijke aanpassingen. Het advies, dat de leerling weigerde te ondertekenen, werd later bovendien gezien als een besluit om de verzoeker niet toe te laten tot de opleiding. Dit stond niet duidelijk in het advies vermeld. Als het een besluit was geweest, zo oordeelt de CGB, had de instantie een onderzoek naar doeltreffende aanpassingen moeten instellen. De Commissie vindt dan ook dat het ROC bij het geven van het advies in strijd handelde met de WGBH/CZ.[65] Ook het eenzijdige beëindigen van de opleiding door het ROC vormt volgens de Commissie een verboden onderscheid.

Waar een leerling niet over de legitiem gestelde kerncompetenties beschikt die vereist zijn voor een opleiding voor een specifiek beroep, en de opleiding zorgvuldig tot deze conclusie komt, maakt zij geen verboden onderscheid.[66] In oordeel 2008-28 wordt een aspirant-leerling afgewezen voor een opleiding tot medewerker informatiedienstverlening. De opleiding vond hem na twee gesprekken niet geschikt omdat hij de kerncompetenties 'goede communicatie' en 'flexibiliteit' niet in voldoende mate bleek te hebben om stage te kunnen lopen en later in het beroep goed te kunnen functioneren.[67] Waar kerncompetenties ontbreken, is onderzoek naar een rede-

61 Oordeel 2008-74, overweging 3.9.
62 Zie de annotatie van T. Loenen in deze bundel voor enkele kritische kantekeningen bij dit oordeel.
63 Zie bijv. oordeel 2008-51, overweging 3.4.
64 *Ibid*.
65 Oordeel 2008-51, overweging 3.8.
66 Oordeel 2008-28.
67 Oordeel 2008-28, overweging 3.8.

lijke aanpassing niet geboden omdat dan geen enkele aanpassing doeltreffend zou kunnen zijn.

Soms is een opleiding, ondanks twijfels over de geschiktheid als zodanig, bereid om te bekijken of redelijke aanpassingen mogelijk zijn, zoals in oordeel 2008-30. De Commissie laat de vraag naar de geschiktheid dan voor wat hij is, en richt zich op de vraag of de opleiding nalatig is geweest als het gaat om het treffen van aanpassingen. Daarbij stelt de Commissie voorop dat de onderwijsinstellingen niet bij voorbaat rekening hoeven te houden met alle mogelijke beperkingen die het gevolg zijn van handicaps en chronische ziekten bij studenten. De wet gaat uit van een aanpassing in een concrete individuele situatie, waarbij het initiatief ligt bij de (aspirant) student. Deze moet tijdig aan de onderwijsinstelling duidelijk maken welke aanpassing hij nodig heeft. In dit geval constateert de Commissie dat de door de leerling gevraagde aanpassingen door de onderwijsinstelling gemaakt zijn. Desondanks hebben zij de leerling niet geholpen om aan de eisen van de opleiding te voldoen. In een dergelijk geval heeft de onderwijsinstelling zich blijkens oordeel 2008-30 voldoende ingespannen en maakt deze verder geen verboden onderscheid.

5.3 Aanbeveling rond doeltreffende aanpassingen

In oordeel 2008-56 heeft de Commissie een aanbeveling gegeven die voor vele onderwijsinstellingen van toepassing zal zijn. Een oordeel werd in dit geval gezocht door een dyslectische student die zich als kandidaat had opgegeven voor een toelatingsexamen voor een schakeltraject voor HBO-afgestudeerden bij een universiteit.[68] De kandidaat heeft bij haar aanmelding voor het examen een medische verklaring overgelegd, maar niet expliciet om een aanpassing verzocht. Beleid van de universiteit was dat voorzieningen expliciet moesten worden verzocht door de kandidaten zelf. Volgens de universiteit wordt dit beleid gehanteerd uit voorzorg voor het geval een student in aanmerking zou komen voor een negatief studieadvies wegens onvoldoende behaalde studiepunten.[69] De student was in dit geval niet van plan om een voorziening te vragen, omdat zij geen baat zou hebben bij 'standaard'-voorzieningen zoals extra tijd.[70] Tijdens het examen heeft de student aan de surveillant haar dyslexie vermeld. Zij kreeg uiteindelijk wat extra tijd voor het examen, maar geen voorziening die meer gericht was op haar situatie. Volgens de Commissie is dit niet toe te rekenen aan de universiteit, nu iedereen dan zou kunnen zeggen dat hij meer tijd nodig heeft.[71] Na het examen, en nadat de studente wist dat zij het examen niet zou halen, vroeg zij expliciet om een aanpassing. De universiteit reageerde hierop door te wijzen op de algemene herkansingsmogelijkheid en de standaard dyslexievoorzieningen. De student heeft vervolgens gevraagd of het niet mogelijk is om een 'lang' schakelprogramma te doen, waarbij zij vrijgesteld is van het toelatingsexamen.[72] De Commissie vindt dat op geen van de drie mogelijke momenten een verboden onderscheid is gemaakt op grond van handicap. Wel beveelt de Commissie de universiteit aan om zich veel actiever op te stellen bij het communiceren over de procedure voor het aanvragen van een aanpassing en er ook minder formeel in te zijn. Betere instructies voor de (balie)medewerkers dus, zodat als een student een medische verklaring aflegt, nagevraagd wordt wat de student nodig heeft om een handicap of chronische ziekte

68 Oordeel 2008-56.
69 Oordeel 2008-56, overweging 3.7.
70 Oordeel 2008-56, overweging 3.9.
71 Oordeel 2008-56, overweging 3.12.
72 Oordeel 2008-56, overweging 3.14.

te compenseren. In een tweede aanbeveling spoort de CGB de universiteit aan om erop toe te zien dat een verzoek om een alternatieve toetsvorm in de praktijk daadwerkelijk wordt geëffectueerd.

6 AFSLUITING

Al vijf jaar is de WGBH/CZ van kracht in Nederland, en de CGB heeft duidelijk uitleg weten te geven aan de bepalingen van deze wet. Uit de evaluatie van de wet is echter gebleken dat de wet nog onvoldoende bekend is, in het bijzonder op het gebied van beroepsonderwijs en volwasseneducatie. Zowel grotere bekendheid van het bestaan van de wet onder studenten en onderwijsinstellingen, als uitbreiding van zijn werkingsfeer met andere gebieden zoals het primaire en voortgezet onderwijs en het wonen, zal van betekenis zijn voor mensen met een beperking in Nederland. De wet moet op veel meer plaatsen gaan leven. De aanbeveling van de staatssecretaris van OCW om een toelatingstest voor een nieuwe opleiding door de Commissie te laten toetsen, is een mooi voorbeeld van hoe de Commissie hieraan kan bijdragen. Ook van belang is de helderheid die is geschapen door het HvJ EG in de zaak *Coleman* over de vraag of de wet van toepassing is op derden die een band hebben met iemand met een functiebeperking.
In 2008 zijn verder kleine stappen op verschillende niveaus gezet in de richting van een meer toegankelijke samenleving. In verband met de financiële crisis is extra waakzaamheid geboden. De toenemende druk op werkgelegenheid en voorzieningen mag niet onevenredig nadelig uitpakken voor mensen met een handicap of chronische ziekte. Daarom is het erg belangrijk dat op alle niveaus van het onderwijs, van het basisonderwijs tot en met de volwasseneneducatie, doeltreffende aanpassingen worden aangebracht, zodat getroffen mensen met een beperking zo veel mogelijk mee kunnen doen in de samenleving.

Overzicht van oordelen 2008 over de grond handicap en chronische ziekte

2008-5

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
De Belastingdienst heeft onderscheid gemaakt op grond van handicap/chronische ziekte door een vrouw niet als ambtenaar aan te stellen en de inleenovereenkomst te beëindigen.

Een vrouw is op basis van een inleenovereenkomst werkzaam bij de Belastingdienst. Zij heeft een chronische aandoening waardoor ze gedurende een paar keer per jaar moet verzuimen als gevolg van de operaties die zij moet ondergaan. De direct leidinggevende van de vrouw heeft haar voorgedragen voor een ambtelijke aanstelling. Zij is daarvoor afgewezen mede vanwege haar ziekteverzuim. Om dezelfde reden is de inleenovereenkomst beëindigd. Nu het ziekteverzuim rechtstreeks verband houdt met de chronische aandoening van de vrouw, zijn daarmee voldoende feiten aangevoerd die onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte kunnen doen vermoeden. Het verweer van de Belastingdienst inhoudende ongeschiktheid en disfunctioneren van de vrouw is niet afdoende om te bewijzen dat niet in strijd met de wetgeving gelijke behandeling is gehandeld.

2008-8

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Werkgever maakt verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door in 2006 de werknemer met een chronische ziekte voor 50% een dertiende maand toe te kennen.

Begin 2006 is de werknemer voor 100% uitgevallen om redenen die verband houden met zijn chronische gezondheidsklachten. De werknemer heeft in overleg met de werkgever zijn werkzaamheden voor 50% hervat.

De werkgever hanteert de regel dat voor het toekennen van een dertiende maand aan een werknemer, het bedrijfsonderdeel waar de werknemer zijn arbeid verricht, een positieve bijdrage heeft geleverd aan de winst en dat de dertiende maand niet of pro rata wordt uitgekeerd indien de werknemer in een periode (meer dan een kwart van de arbeidstijd) verzuimd heeft. Daarom heeft de werkgever in 2006 voor 50% een dertiende maand aan de werknemer toegekend.
De werkgever heeft geen overtuigende redenen aangevoerd waarom hij ten behoeve van de werknemer geen uitzondering kan maken op de regel voor het toekennen van de dertiende maand, anders dan dat hij verzuimende medewerkers zonder chronische ziekte niet wil benadelen. De werkgever miskent daarmee dat de positie van de werknemer niet in alle opzichten vergelijkbaar is met die van medewerkers zonder chronische ziekte en dat het maken van een uitzondering soms geboden is om hem gelijk te behandelen. Daarom heeft de werkgever jegens de werknemer indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte gemaakt dat niet objectieve gerechtvaardigd is.
Onderscheid met de wet.

2008-16

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid door een vrouw vanwege haar chronische ziekte niet te bevorderen. Niet gebleken van uitholling functie en daarom geen onderscheid bij arbeidsvoorwaarden.

Een vrouw stelt dat haar werkgever haar, vanwege haar chronische ziekte (borstkanker), niet een nieuw gecreëerde functie heeft aangeboden. Ook stelt zij dat haar eigen functie is uitgehold en dat haar werkgever daarmee ook onderscheid op grond van chronische ziekte heeft gemaakt.
De Commissie oordeelt dat de vrouw feiten

heeft aangevoerd die onderscheid bij de niet-aanbieding van de betrekking kunnen doen vermoeden. Verweerder kan dit vermoeden niet weerleggen. Onderscheid bij het niet-aanbieden van een betrekking.
De vrouw heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat haar functie is uitgehold. Er is daarom geen sprake van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden.

2008-17

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Organisatie voor kinderopvang maakt onderscheid op grond van handicap/ chronische ziekte jegens sollicitant met postraumatische dystrofie.

Organisatie voor kinderopvang heeft onvoldoende onderzocht of de met de handicap of chronische ziekte van sollicitant samenhangende beperkingen in de weg staan aan de uitvoering van de functie van pedagogisch medewerker/groepsleider en zo ja, of zij kunnen worden opgeheven door één of meer aanpassingen. Tevens onderscheid bij de bejegening tijdens het sollicitatiegesprek.

2008-18

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Afwijzing dove man voor gesprek. Verboden onderscheid op grond van handicap.

Een onderneming die gespecialiseerd is in de uitzending, detachering en bemiddeling van technisch personeel, heeft in strijd gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van handicap bij de aanbieding en behandeling van openstaande betrekkingen, door te weigeren een gesprek aan te gaan met een dove man wegens kennelijke ongeschiktheid.

2008-28

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Aspirant leerling niet geschikt voor opleiding. Bij afwijzing heeft school geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte gemaakt.

Aspirant leerling met aantal handicaps en/of chronische ziektes is afgewezen voor opleiding Medewerker Informatiedienstverlening. De opleiding vond hem niet geschikt omdat de kerncompetenties goede communicatie en flexibiliteit niet (voldoende) ontwikkelbaar aanwezig zijn. De Commissie oordeelt dat de gestelde eisen wezenlijke opleidingseisen zijn en dat de opleiding op zorgvuldige wijze tot het besluit is gekomen dat verzoeker niet geschikt is.

2008-30

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
School heeft zich voldoende ingespannen met betrekking tot het treffen van doeltreffende aanpassingen.

Een jongen lijdt aan het syndroom van Asperger. Hij heeft van zijn school drie negatieve schooladviezen gekregen, gevolgd door een bindend advies om te stoppen met de opleiding. De jongen stelt dat de school zich niet voldoende heeft ingespannen doeltreffende aanpassingen te verrichten waardoor hij niet onder optimale omstandigheden heeft kunnen functioneren. De school stelt op alle verzoeken om aanpassingen te zijn ingegaan, maar dat de jongen ondanks deze inspanningen ongeschikt bleef voor zijn opleiding. De Commissie heeft geconstateerd dat de door de jongen en zijn ouders gevraagde aanpassingen zijn verricht. De Commissie concludeert derhalve dat de school zich in voldoende mate heeft ingespannen in de zin van de WGBH/CZ.

2008-41

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met de gelijkebehandelingswetgeving

Samenvatting:
Een werkvoorzieningschap heeft geen onderscheid op grond van handicap gemaakt jegens een werknemer. Geen strijd met de gelijkebehandelingswetgeving bij de klachtbehandeling. Twee aanbevelingen.

Een man, die een indicatie heeft voor arbeid in WSW-verband, was in vaste dienst werkzaam bij een werkvoorzieningschap. De man is er niet in geslaagd feiten aan te voeren die intimidatie of discriminatoire bejegening, dan

wel onderscheid op grond van handicap bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen doen vermoeden. Niet gebleken is dat de man tijdig heeft geklaagd over intimidatie of discriminatoire bejegening, zodat niet kan worden geoordeeld dat het werkvoorzieningschap in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving bij de klachtbehandeling. Aanbevelingen voor een duidelijkere klachtenregeling en voor een (cultuur)onderzoek naar de omgangsvormen.

2008-43

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Universiteit maakt geen verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij het niet verlengen van een aanstelling van een promovenda.

Een promovenda stelt dat haar arbeidsovereenkomst om te promoveren niet is verlengd, omdat zij aan MS lijdt. Kort nadat zij aan haar promotor had medegedeeld dat zij aan deze ziekte leed, besluit de universiteit dat haar arbeidsovereenkomst niet verlengd wordt. Bovendien is zij van mening dat zij altijd goed gefunctioneerd heeft, hetgeen zij mede afleid uit het feit dat er geen functioneringsgesprek met haar heeft plaatsgevonden. De universiteit beargumenteerd echter dat haar functioneren wel degelijk de oorzaak is van het niet verlengen van de aanstelling en brengt verschillende e-mails in waaruit blijkt dat de begeleiders van de promovenda niet tevreden over haar waren. Zo zeer zelfs dat de promovenda niet mocht optreden als begeleider van experimenten tijdens een bepaalde cursus, maar dat zij daar als deelnemer bij aanwezig moest zijn.
De Commissie overweegt dat het enkele feit dat het tijdstip van de beslissing om niet te verlengen is gelegen na de mededeling dat de promovenda aan MS lijdt, niet voldoende is voor het vestigen van het vermoeden dat de universiteit de ziekte een rol heeft laten spelen bij deze beslissing. De universiteit heeft verder voldoende gemotiveerd dat de promovenda begreep, of in ieder geval had moeten begrijpen, dat haar functioneren in twijfel werd getrokken. Geen onderscheid.

2008-49

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; verboden onderscheid

Samenvatting:
Weigeren dove man als BHV-er geen onderscheid. Het niet bespreken van ongeschiktheid levert onderscheid op grond van handicap op.

Een dove man is in dienst bij een gemeente. Hij stelt dat zijn werkgever onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn handicap, door hem vanwege zijn doofheid af te wijzen voor de functie van BHV-er. De Commissie overweegt dat het in de organisatie waar verzoeker werkzaam is noodzakelijk is dat alle BHV-ers zelfstandig alle taken kunnen uitvoeren. De man is hiertoe als gevolg van zijn handicap niet in staat. De Commissie oordeelt dat de werkgever geen onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn handicap, omdat hij niet geschikt is om in voorkomende gevallen alle BHV-taken uit te voeren. De Commissie overweegt daarnaast dat de man eerder diverse jaren als EHBO-er deel heeft uitgemaakt van de BHV-organisatie, terwijl hij hiervoor eigenlijk niet geschikt werd geacht. Hierover is nooit met hem gesproken. De Commissie rekent het de gemeente aan dat zij de man onnodig heeft gekwetst door niet met hem in gesprek te treden, uitsluitend, omdat hij een handicap heeft. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat de gemeente in strijd heeft gehandeld met het verbod om onderscheid te maken op grond van handicap of chronische ziekte bij de arbeidsomstandigheden.

2008-51

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
ROC maakt verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door man niet toe te laten tot opleiding.

Een jongeman wilde een ICT-opleiding gaan volgen bij een ROC. Hij heeft een aandoening die zich kenmerkt door nauwelijks kunnen zweten en een geringe aanmaak van speeksel en tranen, waardoor hij beperkingen ervaart. Omdat het ROC vanwege deze handicap/chronische ziekte twijfelde aan de geschiktheid van de man om de opleiding bij haar instelling te kunnen volgen, adviseerde het ROC de man in eerste instantie de opleiding te gaan volgen bij een instelling voor gehandicapte leerlingen

en besloot de man niet toe te laten tot de opleiding bij haar instelling.
Vervolgens eiste het ROC dat de man een addendum ondertekende om tot de opleiding toe gelaten te worden.
De Commissie is van oordeel dat het ROC om de volgende redenen in strijd heeft gehandeld met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte.
De beoordeling van de (on)geschiktheid was onzorgvuldig omdat hierbij niet zijn betrokken de mogelijkheden om te voorzien in doeltreffende aanpassingen. Ook was de wijze waarop het advies respectievelijk het besluit is bekendgemaakt aan de man onduidelijk en onzorgvuldig.
Het is het ROC toe te rekenen dat de man het addendum begreep als een ontbindende voorwaarde en daarom niet wilde ondertekenen.

2008-56

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Universiteit maakt geen onderscheid op grond van handicap door geen alternatieve voorzieningen te treffen voor dyslectische deelnemer aan toelatingsexamen.

Een dyslectische vrouw heeft zich ingeschreven voor het toelatingsexamen voor een schakeltraject voor HBO-afgestudeerden bij een universiteit. De vrouw heeft bij haar aanmelding een medische verklaring overgelegd dat zij dyslectie heeft, maar niet expliciet om een aanpassing verzocht. Tijdens het examen heeft zij haar dyslectie gemeld aan een surveillant. Na het examen, dat zij niet heeft gehaald, heeft zij expliciet om een aanpassing gevraagd.
De Commissie is van oordeel dat het in de rede had geleden voor de universiteit door te vragen toen de vrouw de medische verklaring overlegde en haar te informeren over de voorzieningen die de universiteit kent voor dyslectici, maar aangezien zij zelf heeft verklaard dat zij op dat moment geen aanpassing wenste, kan het de universiteit niet worden aangerekend dat geen aanpassingen zijn verricht. Tijdens de toelatingsexamen kon dit in redelijkheid niet van de universiteit worden verlangd. Na het toelatingsexamen had het wederom op de weg van de universiteit gelegen beter navraag te doen en de vrouw te informeren over het eigen beleid, maargezien de ongespecificeerdheid van het verzoek om alternatieve aanpassingen, valt het de universiteit niet aan te rekenen dat geen doeltreffende aanpassingen zijn geboden. Geen onderscheid. Aanbeveling.

2008-74

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Een fysieke toelatingstest door sportopleiding. Geen verboden onderscheid op grond van handicap en/of chronische ziekte.

Een hogeschool wil voor de opleiding sport, management en ondernemen een bindende fysieke toelatingstest invoeren. De hogeschool heeft voor studenten met een handicap en/of chronische ziekte een aparte procedure voor toelating tot de test en het onderwijs ontwikkeld. De hogeschool verzoekt de Commissie te beoordelen of de toelatingstest verenigbaar is met de wetgeving gelijke behandeling.

De Commissie oordeelt dat de toelatingstest die de hogeschool heeft ontwikkeld geschikt en noodzakelijk is om de fysieke geschiktheid van aanstaande studenten te bepalen. De hogeschool heeft daarbij rekening gehouden met de positie van aanstaande studenten met een handicap of chronische ziekte. Geen verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.

2008-86

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Pensioenfonds maakt bij de vroegpensioenregeling verboden onderscheid naar handicap of chronische ziekte door aan gedeeltelijk arbeidsongeschikten niet de mogelijkheid te bieden van herschikken.

Een man ontvangt een gedeeltelijke WAO-uitkering van 28%. Voor de restcapaciteit van 60% is hij werkzaam bij een werkgever die verplicht is aangesloten bij een pensioenfonds.
Het pensioenfonds biedt aan deelnemers met een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering niet de mogelijkheid het vroegpensioen te verhogen van 70 naar 80 % door op hogere leeftijd dan 61 jaar het vroegpensioen te laten ingaan. Deelnemers die geen arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangen wordt deze mogelijkheid wel geboden.
De Commissie stelt vast dat in de regeling indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.
Het pensioenfonds heeft aangevoerd dat de desbetreffende bepalingen tot doel hebben volledig arbeidsongeschikten en gedeeltelijk

arbeidsongeschikten gelijk te behandelen. De Commissie stelt vast dat gedeeltelijk arbeidsongeschikten voor zover zij arbeidsgeschikt zijn, niet vergelijkbaar zijn met volledig arbeidsongeschikten en acht dit doel daarom niet legitiem. Het gemaakte onderscheid is in strijd met de wet.

2008-96

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Niet is gebleken dat een pensioenfonds onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt bij de vaststelling van de hoogte van vervroegd ouderdomspensioen van een WAO-gerechtigde deelnemer.

In een pensioenregeling is bepaald dat de uitkering voor vervroegd ouderdomspensioen van een deelnemer die zijn uitkering na de uittredingsrichtdatum laat ingaan, actuarieel wordt verhoogd. Ook een deelnemer die recht heeft op WAO–uitkering, heeft aanspraak op actuariële verhoging, echter uitsluitend over het vervroegd ouderdomspensioen, verminderd met de WAO-uitkering. Hierdoor ontvangt een deelnemer met een WAO-uitkering een lager percentage van het pensioengevend loon aan vervroegd ouderdomspensioen dan een niet arbeidsongeschikte deelnemer. De Commissie is van oordeel dat niet is gebleken dat het pensioenfonds onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte jegens een deelnemer die recht heeft op een WAO-uitkering. Hiertoe is overwogen dat de situatie van de deelnemer niet als een gelijk geval kan worden aangemerkt in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving in vergelijking met deelnemers die geen recht hebben op een WAO-uitkering voor wat betreft de hoogte van het vervroegd ouderdomspensioen bij uittreden na de uittredingsrichtdatum.

2008-110

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Rechtbank heeft niet bewezen dat het mogelijke toekomstige ziekteverzuim als gevolg van (chronische) pijnklachten niet mede een rol heeft gespeeld bij het besluit om de aanstelling van de ambtenaar niet te verlengen.

Ambtenaar is werkzaam op basis van een tijdelijke aanstelling van één jaar bij een rechtbank. Als gevolg van een gecompliceerde beenbreuk enkele jaren geleden heeft de ambtenaar nog steeds pijnklachten. Na driekwart jaar heeft de ambtenaar met haar leidinggevende besproken dat zij vanwege deze pijnklachten soms eerder naar huis gaat en mogelijk in de toekomst vaker dergelijk ziekteverzuim zal hebben. Ruim een week later wordt de ambtenaar door de rechtbank meegedeeld dat haar aanstelling niet wordt verlengd en dat haar ook geen vaste aanstelling wordt verleend. De reden hiervoor is dat de rechtbank twijfels heeft over de samenwerking van de ambtenaar. Op de afdeling waar de ambtenaar werkzaam is, bestaan al langer samenwerkingsproblemen waarvoor de rechtbank een verbetertraject is gestart. In het kader van dit verbetertraject zijn knelpunten geïnventariseerd en zijn coachingsgesprekken gevoerd. Hoewel de ambtenaar goed en volledig functioneerde, wordt haar aanstelling niet verlengd omdat ze betrokken is geweest bij twee conflicten. De werkgever heeft de ambtenaar echter nooit aangesproken op haar betrokkenheid bij deze conflicten, de ambtenaar is zelfs met één conflict uit eigen beweging naar haar leidinggevende gestapt om tot een oplossing te komen. Ook heeft de werkgever geen pogingen ondernomen om de samenwerking met de ambtenaar te verbeteren om daarmee de ambtenaar, van wie immers onbetwist is dat ze goed en volledig functioneerde, te behouden voor de afdeling.
De Commissie oordeelt dat de rechtbank niet heeft bewezen dat het mogelijke toekomstige ziekteverzuim van de ambtenaar niet mede een rol heeft gespeeld bij het besluit om de aanstelling van de ambtenaar niet te verlengen.

2008-135

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij afwijzing voor functie vanwege ziekteverzuim.

Een man is werkzaam als helpdeskmedewerker. Hij solliciteert binnen het bedrijf waar hij werkt naar de beter betaalde functie van medewerker Helpdesk Incidentcontrol.
Zijn werkgever neemt zijn sollicitatie niet in behandeling omdat de man niet de voor de functie vereiste continuïteit kan bieden. De man heeft een hartinfarct gehad en heeft suikerziekte en gebruikt daarvoor medicijnen. Volgens de man heeft zijn werkgever onderscheid gemaakt op grond van handicap of

chronische ziekte door hem af te wijzen. Uit hetgeen de man heeft aangevoerd is aannemelijk geworden dat zijn ziekteverzuim niet in overwegende mate samenhangt met zijn medicijngebruik, maar vooral ook andere oorzaken heeft die zijn gelegen in de privésfeer. De werkgever heeft daarom met de afwijzing geen onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.

2008-139

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
ROC maakt geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte en/of leeftijd.

Een man heeft een BOL-opleiding, niveau 2, gevolgd bij een ROC. De man lijdt aan het syndroom van Asperger en is 29 jaar oud. De man is er niet in geslaagd de opleiding met goed gevolg af te ronden. Voor het schooljaar 2008-2009 heeft hij zich opnieuw ingeschreven voor deze opleiding op niveau 2 en 3. Daarnaast heeft de man zich ingeschreven voor andere opleidingen bij het ROC. De man stelt dat het ROC onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn handicap of chronische ziekte door onvoldoende aanpassingen te doen gedurende de periode dat hij onderwijs volgde aan het ROC. Daarnaast is de man van mening dat het ROC onderscheid op grond van zijn handicap of chronische ziekte en/of zijn leeftijd heeft gemaakt bij de toelating tot het beroepsonderwijs. Het ROC stelt zich op het standpunt dat de man ongeschikt is voor de opleidingen en betwist dat zij onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd bij het verlenen van toegang tot het beroepsonderwijs. De Commissie concludeert dat het ROC in redelijkheid heeft kunnen concluderen dat verzoeker niet geschikt is voor de opleidingen. Geen onderscheid. Voorts heeft de man geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van zijn leeftijd kunnen doen vermoeden bij de toelating tot het beroepsonderwijs. Geen vermoeden van leeftijdsonderscheid.

2008-140

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
ROC maakt geen onderscheid bij het verlenen van toegang tot beroepsonderwijs.

Een man heeft zich ingeschreven voor een BOL-opleiding bij een ROC. Hij is 29 jaar oud en lijdt aan het syndroom van Asperger. De man stelt dat hij is afgewezen voor de opleiding vanwege zijn leeftijd en zijn handicap of chronische ziekte. Het ROC betwist dit. De Commissie overweegt dat in een gesprek met een docent en in een brief van het ROC wordt verwezen naar de leeftijd van de man. Het ROC heeft overtuigend verklaard dat de uitlatingen zijn gedaan uit didactisch pedagogische overwegingen, in de zin dat de man gezien zijn leeftijd beter aansluiting zal vinden bij de studentenpopulatie die een BBL-opleiding volgt. Geen feiten die onderscheid op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden bij het verlenen van toegang tot het beroepsonderwijs. De man heeft eveneens geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van zijn handicap of chronische ziekte kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid.

2008-142

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid op grond van geslacht of handicap/chronische ziekte; verboden onderscheid op grond van arbeidsduur

Samenvatting:
Bij toepassing Regeling Resultaatsbonus geen onderscheid op grond van geslacht en handicap/chronische ziekte. Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Aanbeveling.

Een ICT-bedrijf heeft een Regeling Resultaatsbonus aan de Commissie voorgelegd, die inhoudt dat een gedeelte van het loon wordt ingehouden, waarvan vervolgens een percentage tussen de 0 en 200 % wordt uitgekeerd als resultaatsbonus. Het percentage is mede afhankelijk van de arbeidsprestaties en de economische omstandigheden. De Regeling heeft de instemming van de Ondernemingsraad. Aan de orde zijn: mogelijk onderscheid op grond van geslacht, handicap/chronische ziekte en arbeidsduur. Bij afwezigheid ten gevolge van zwangerschap, bevalling en kolven, en als gevolg van handicap/chonische ziekte wordt 100% van het ten behoeve van de resultaatsbonus ingehouden loon uitgekeerd. De Commissie oordeelt dat geen sprake is van onderscheid, omdat het feitelijk effect voor de werknemer zowel voordelig als nadelig kan zijn, mede afhankelijk van de economische omstandigheden.

Aan deeltijders kent het ICT-bedrijf in het

kader van de berekening van de bonus neutrale uren toe voor het aantal uren dat minder dan voltijd wordt gewerkt. Dit betekent dat deeltijders voor wat betreft de neutrale uren geen risico lopen op improductiviteit, in tegenstelling tot voltijders die geen neutrale uren hebben en dus over hun volledige betrekkingsomvang dit risico lopen. De Commissie overweegt dat een voltijder van wie het aantal improductieve uren niet in absolute zin, maar als percentage van zijn betrekkingsomvang even groot is als dat van een deeltijder, een lagere bonus krijgt dan een deeltijder. De consequentie hiervan is dat deze voltijder een lager uurloon ontvangt dan de deeltijder, bij een naar verhouding even grote productiviteit. Derhalve is sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur. De Commissie oordeelt dat een alternatief is dat het bedrijf meer rekening houdt met de deeltijdfactor in de berekening van de resultaatsbonus, opdat voltijders en deeltijders bij een naar verhouding tot hun betrekkingsomvang gelijke productiviteit, gelijk worden beloond. Geen objectieve rechtvaardiging. Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur.

Leeftijd

Mr. A.W. van Leeuwen & Mr. M.B. de Witte-Van den Haak

1 INLEIDING EN OVERZICHT MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN

Leeftijd heeft in 2008 flink in de belangstelling gestaan. In het oog springt allereerst de discussie die is gevoerd over de rechten en plichten die verbonden zijn aan het bereiken van de 65 jarige leeftijd. Mag je na het bereiken van de 65-jarige leeftijd doorwerken of moet dat? En blijft 65 jaar inderdaad de AOW-gerechtigde leeftijd? De invalshoeken kunnen nogal verschillen. Waar de een zich sterk maakt voor het recht om na zijn 65ste te kunnen doorwerken[1] en dus in die zin niet te worden gediscrimineerd naar leeftijd, staan anderen pal voor het recht dit in elk geval niet te hoeven en wensen zij de zekerheid te behouden[2] dat op enig moment het werkzame leven kan worden afgesloten. Veel mensen wensen dat het recht op rust en vrijheid, zoals belichaamd in de AOW-gerechtigde leeftijd, behouden blijft.
Deze beide kanten van de medaille zijn al opgenomen in Advies 2006-03 van de Sociaal Economisch Raad (SER) van 17 maart 2006. De SER stelt dat het zeker mogelijk moet zijn om na het bereiken van de AOW-leeftijd door te werken, als een werknemer en zijn werkgever dit beiden willen. De SER wijst daarentegen de mogelijkheid van een flexibilisering van de AOW-leeftijd af. Dat acht de SER te ingewikkeld. Ook de FNV vindt dat doorwerken na 65 jaar mogelijk moet zijn, mits op vrijwillige basis. Voor de sector Rijk is het Besluit van 13 september 1945 houdende vaststelling van een leeftijdsgrens voor het vervullen van openbare functies[3] in 2008 ingetrokken. Daarmee verviel de verplichting een Rijksambtenaar te ontslaan bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Op 14 februari 2008 kwam, na de behandeling ter zitting van een kort geding aangespannen door de vakbonden, bij wijze van compromis[4] een Circulaire[5] tot stand. Daarin is als gedragslijn neergelegd dat geen gebruik wordt gemaakt van de in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) nog onverkort opgenomen ontslagbevoegdheid bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, maar doorwerken wordt gehonoreerd, tenzij zwaarwegende omstandigheden zich daartegen verzetten.
CNV Jongeren omarmde in 2008 het advies van de Commissie Bakker[6] om de AOW-gerechtigde leeftijd te verhogen. CNV en FNV zijn daarvan al sedert het verschijnen van dit rapport een verklaard tegenstander.[7] Dit onderwerp ligt verschillend bij jongeren en ouderen omdat hun belangen verschillen. Voor jongeren is het een

1 Zie Rechtbank 's-Gravenhage 14 april 2008, *TAR* 2008/108.
2 Zie ook P.C. Vas Nunes, "Grijs werkt door", *Arbeid integraal* 2008, p. 55.
3 11 mei 2007, *Stb.* F 173.
4 Het kwam derhalve niet tot een uitspraak.
5 Circulaire van 14 februari 2008 van de Minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, *Doorwerken van bereiken leeftijd 65 jaar*, kenmerk 0000063614, 22 februari 2008, nr. 38, p. 8.
6 "Naar een toekomst die werkt"; advies van 16 juni 2008; www.naareentoekomstdiewerkt.nl .
7 De grootste vakcentrale blijft tegen de verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd naar 67 jaar. Zie http://www.fnv.nl/defnv/actueel/nieuws/kabinetsreactie_bakker.asp, reactie van 27 juni 2008, overigens op 7 februari 2009 door Agnes Jongerius, voorzitter van de FNV, herhaald.

oplossing voor de lasten van de toenemende vergrijzing. Voor ouderen doet het afbreuk aan opgebouwde rechten en verwachtingen die zij hun hele leven gekoesterd hebben. Bovendien wordt er in discussies vaak op gewezen dat een maatregel tot verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd ook mensen treft die al vanaf hun 14de werken.

Tussen de wens te kunnen doorwerken na het bereiken van de 65-jarige leeftijd en de wens 65 jaar als pensioengerechtigde leeftijd te behouden bestaat slechts een schijnbare tegenstelling. Niet voor niets zijn zowel de SER als de FNV voorstanders van de mogelijkheid van doorwerken, maar eveneens van het behoud van de 65-jarige leeftijd als AOW-gerechtigde leeftijd. Immers in beide gevallen gaat het om een recht, een vrijheid. Het gaat enerzijds om de vrijheid om de keuze te hebben na het 65ste levensjaar door te werken of anderzijds dat, met behulp van een te verkrijgen pensioen en/of AOW uitkering, nu juist niet te doen. In beide gevallen gaat het erom niet te worden beoordeeld en ingedeeld op basis van leeftijd maar om je leven te kunnen inrichten (werkend of niet-werkend) op basis van de eigen individuele wensen en mogelijkheden. Het gaat om de mogelijkheid om te kunnen kiezen. Verhoging van de AOW leeftijd beperkt die keuzemogelijkheden en stuit om die reden bij velen op bezwaren. Zelfontplooiing is geen voorrecht van jongeren. Talenten, eigenschappen en vaardigheden kunnen niet zonder meer aan een leeftijd worden toegeschreven. Een dergelijke gedachte berust op een vooroordeel. Aldus ook een van de kernoverwegingen van de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) in oordelen over werving en selectie van personeel.[8]

De Kring van Kantonrechters heeft in 2008 de zogenaamde kantonrechtersformule aan de hand waarvan de ontslagvergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt berekend, herzien. Zij heeft daarbij de ontslagvergoeding voor met name jongere werknemers omlaag gebracht. Dienstjaren die zijn vervuld op oudere leeftijd blijven zwaarder tellen dan dienstjaren vervuld op jongere leeftijd, maar door het minder zwaar meetellen dan voorheen van dienstjaren onder de 35, kan ook de ontslagvergoeding van oudere werknemers lager uitvallen. Het ontslag van oudere werknemers blijft dus relatief duur voor een werkgever. Dat wordt door de Kring gemotiveerd door verwijzing naar de zwakkere arbeidsmarktpositie van die oudere werknemers. Die zwakkere positie kan echter ook gelden als reden voor verlaging van de ontslaguitkering voor oudere werknemers, zeker voor gevallen waarin men deze oudere werknemers al op gevorderde leeftijd in dienst neemt. Het averechtse effect van een relatief hoge ontslaguitkering voor ouderen kan immers zijn dat ouderen die ontslagen worden moeilijker weer aan de slag komen. In geval van onverhoopt ontslag blijven zij namelijk duurder. In dat geval wordt de werkgever gestraft voor het in dienst nemen van de oudere werknemer. Indien men de zogenoemde Groenvariant,[9] waarbij voor een op latere leeftijd in dienst genomen werknemer bij ontslag in de kantonrechtersformule niet de verhoging op grond van leeftijd gaat gelden, zou hebben opgenomen in de nieuwe aanbevelingen zou dat effect zijn gematigd. In de aanbevelingen is ook opgenomen de bepaling dat voor werknemers van wie de pensioendatum in zicht komt de vergoeding in beginsel niet hoger is dan de inkomstenderving waarbij niet meer automatisch wordt uitgegaan van 65-jarige leeftijd. Per geval moet bekeken worden wat in een bepaalde branche gebruikelijk is.[10]

---

8 Zie CGB-Advies/2005/06, *Leeftijdsonderscheid in advertenties*, p. 14.

9 Zie over de Groenvariant: *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, p. 935 en C.J. Loonstra en P. Kruit, "Jaaroverzicht 2007", *Arbeidsrecht* 2008, nr. 26. Deze werd ook toegepast in Kantonrechter Amsterdam, 13 april 2007, *JAR* 2007/116.

10 Zie over dit onderwerp A.C. van de Velde, "De kantonrechtersformule bij 65-plussers", *Arbeidsrecht* 2008, afl. 4, p. 29.

Op 25 november 2008 werd het voorstel van "Wet investeren in jongeren" ingediend.[11] Deze wet regelt het werkleerrecht voor jongeren tussen de 16 en 27 jaar. De CGB heeft bij advies van 11 april 2008[12] over de werkleerplicht voor jongeren tot 27 geadviseerd en geconcludeerd dat de wetgever beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de maatregelen waarmee hij de doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid wil nastreven. De Commissie acht de leeftijdsgrenzen objectief gerechtvaardigd maar adviseerde wel de maximumleeftijdsgrens nogmaals te bezien in samenhang met de grenzen voor studiefinanciering. De regering heeft dit advies niet gevolgd omdat zij het accent wil leggen op jongeren. In het wetsvoorstel is aansluiting gezocht bij de algemene notie dat de verantwoordelijkheid van de samenleving (bedoeld zal zijn voor de opleiding en het levensonderhoud van mensen) afneemt naarmate mensen ouder worden. De leeftijd sluit aan bij ook elders gehanteerde grenzen, zoals bij jongerenloketten en in fiscale wet- en regelgeving.[13]
Ontwikkelingen in de rechtspraak buiten de oordelen van de Commissie behandelen wij in het navolgende telkens bij de diverse deelonderwerpen samen met de oordelen van de Commissie.

2 WERVING EN SELECTIE

2.1 Leeftijd en competenties

Centraal in het werk van de Commissie staat het vechten tegen vooroordelen. In 2008 heeft de Commissie, zoals hierboven weergegeven, opnieuw met zoveel woorden uitgesproken dat het niet juist is competenties te veronderstellen op basis van leeftijd. Zij deed dit onder meer in oordeel 2008-136. Dit oordeel betreft een 61-jarige man die solliciteerde naar het lidmaatschap van de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming. Hij werd afgewezen omdat de Raad tot een gevarieerde samenstelling wenste te komen en oudere autochtone mannen al zouden zijn oververtegenwoordigd. De Raad wilde af van het imago van grijze heren club. Op het eerste punt oordeelt de Commissie dat het doel van een gevarieerde samenstelling en een brede samenstelling naar inzicht en deskundigheid legitiem is, doch het middel niet geschikt nu de gewenste diversiteit in deskundigheid en inzicht niet vanzelfsprekend wordt gerealiseerd door mensen van uiteenlopende leeftijden te benoemen. Als specifieke competenties worden gezocht moet men daarop selecteren en de aan- of afwezigheid daarvan niet veronderstellen op basis van leeftijd.
Dezelfde benadering kiest de Commissie in oordeel 2008-89. Daar betreft het een werkgever die in een advertentie verzocht om een medewerker met 3-5 jaar werkervaring. Het stellen van een maximum werkervaringseis vormt naar de vaste oordelenlijn[14] van de Commissie indirect onderscheid naar leeftijd. Het verweer dat aldus richting werd gegeven aan het profiel wordt in dit oordeel op basis van de vaste toetsingsmaatstaf van de Commissie (namelijk of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn)[15], krachtig verworpen. Als het gaat om bepaalde competenties, vaardigheden en functietaken dienen die expliciet beschreven te worden en niet te worden

11 Kamerstuknr. 31 775.
12 CGB-advies/2008/05.
13 *Kamerstukken II,* 31 775, nr. 3, p. 12.
14 In het oordeel verwijst de Commissie zelf naar de volgende vindplaatsen: oordeel 2008-57, oordeel 2008-42, oordelen 2007-116 en 2007-117, oordeel 2006-1 en CGB-advies/2005/06.
15 Zie artikel 7, eerste lid, onder c, WGBL.

afgeleid uit het indirecte criterium werkervaring in maximum aantal jaren. Die methode strandt aldus op het noodzakelijkheidsvereiste. Er is immers een goed alternatief.
Heel pregnant formuleert de Commissie haar uitgangspunt in oordeel 2008-93, wellicht enigszins geïrriteerd door het simpele verweer van de betrokken werkgever dat hij zelf wel uitmaakte wie hij aannam: "De WGBL is ingevoerd om het vooroordeel te bestrijden dat bepaalde eigenschappen verbonden zijn aan een bepaalde leeftijd en om te voorkomen dat als gevolg daarvan, bij onder andere de aanbieding van een betrekking, personen op grond van hun leeftijd worden uitgesloten. Dit heeft de Commissie ook verwoord in haar advies van 1 december 2005, Leeftijdsonderscheid in advertenties (CGB-advies/2005/06)."
Ook in oordeel 2008-106 komt dit element aan de orde. Een vakbondsconsulent voor jongeren hoeft zelf niet per se een jongere te zijn. Dat jongeren zich in het algemeen beter in elkaar herkennen, brengt nog niet de noodzaak mee om voor het aanwerven van nieuwe leden ook een consulent tot een bepaalde leeftijd in dienst te nemen, aldus de Commissie. Het onderstreept hoe zwaar de eisen zijn die gesteld worden aan het aantonen van de noodzakelijkheid van het stellen van een leeftijdseis. Eventueel wil de Commissie nog wel aannemen dat het een geschikt middel is, maar het is niet noodzakelijk. Er is namelijk een alternatief in de vorm van een neutrale eis, namelijk dat de kandidaat zich moet herkennen in de belevingswereld van jongeren. Dit sluit aan bij de vaste lijn van de Commissie dat men competenties niet mag veronderstellen op basis van leeftijd, maar de vereiste competenties moet benoemen en toetsen.

2.2 Toepassingsgebied WGBL

Steeds duidelijker wordt dat het toepassingsgebied van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) moet worden bepaald aan de hand van de die van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Het hiervoor genoemde oordeel 2008-89 over het lidmaatschap van de Raad voor strafrechtstoepassing is ook van belang omdat het een ruime uitleg geeft van het begrip betrekking als bedoeld in artikel 3 van de WGBL. Er moet worden aangesloten bij het begrip arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 5 AWGB. Het gaat niet alleen om de arbeidsovereenkomst of ambtelijke aanstelling maar ook om andere vormen van arbeid waarbij op overeenkomstige wijze aan het arbeidsproces wordt deelgenomen. Voor het aanwezig achten van een arbeidsovereenkomst is het bestaan van een gezagsverhouding in een of andere vorm de beslissende factor. Dat is voor de invulling van het begrip betrekking in de WGBL echter niet beslissend. Een gezagsverhouding valt voor de werkzaamheden binnen de Raad voor de strafrechtstoepassing niet ondubbelzinnig aan te wijzen. De Commissie grijpt daarom terug op het algemene uitgangspunt van de wetgever dat de norm van de AWGB het hele terrein van de arbeid moet bestrijken en dat deze daarom onder meer ook van toepassing is op de uitoefening van het vrije beroep (artikel 6 AWGB). Het vrije beroep wordt ook niet in een gezagsverhouding uitgeoefend. Voorts overweegt de Commissie dat in artikel 5 AWGB een uitzondering is opgenomen voor eisen met betrekking tot politieke gezindheid die in redelijkheid kunnen worden gesteld in verband met de vervulling van functies in bestuursorganen en adviesorganen. Deze uitzondering impliceert dat de hoofdregels die het maken van onderscheid verbieden op dergelijke organen wel van toepassing zijn. Immers als dat niet zo zou zijn, zou deze uitzondering ook overbodig zijn.
Op grond van oordeel 2008-106 valt ook de verhouding tussen een vakbond en degene die de functie van vakbondsconsulent vervult, onder het begrip 'betrekking', dit hoewel ook een vakbondsconsulent niet op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk

recht of een ambtelijke aanstelling werkzaam is. Ook dit oordeel bevestigt dat het begrip betrekking in de WGBL ruim moet worden uitgelegd.
Deze ruime uitleg van het toepassingsgebied van de WGBL vindt men ook terug waar het gaat om de geadresseerden van de wet. Het begrip arbeidsbemiddeling in de zin van de WGBL moet ruim worden uitgelegd. Daaronder valt eenieder die werkgevers en werknemers bij elkaar brengt, ook als dat gaat via het beheer van een website waarop werkgevers en werknemers elkaar kunnen vinden. Echter een assessmentbureau, dat niet zelf bemiddelt maar slechts adviseert, valt buiten de reikwijdte van de WGBL.[16]

2.3 Toetsingsvolgorde bij advertenties

Indien advertentieteksten, waarin wordt gevraagd om medewerkers in een bepaalde leeftijdscategorie, getoetst worden, zijn vaak twee aspecten aan de orde, te weten de eis van artikel 9 WGBL dat de advertentietekst zelf het stellen van de leeftijdseis moet motiveren en de vraag of die leeftijdseis de toetsing aan artikel 7 WGBL kan doorstaan. De meest logische volgorde om die vragen te beantwoorden lijkt te zijn om eerst te bezien of de eis is gemotiveerd (d.w.z. de toets aan artikel 9 WGBL) en dan te beoordelen of de gegeven motivering van de leeftijdseis (die al dan niet in de tekst vervat kan zijn) stand houdt. De Commissie doet dat echter niet standaard in die volgorde. In oordelen 2008-33, 2008-36, 2008-62, 2008-89, 2008-93 en 2008-138 beoordeelt en verwerpt zij eerst het inhoudelijke verweer van de betrokken werkgever om vervolgens te constateren dat het niet vermelden van een reden in de advertentie in strijd komt met artikel 9. In oordeel 2008-47 wordt omgekeerd te werk gegaan. Dat oordeel heeft daardoor een logischer opbouw. Eerst wordt geconstateerd dat de in de advertentie ongemotiveerd gestelde leeftijdseis in strijd komt met de wet. Daarna wordt de feitelijke gang van zaken bij de sollicitatie beoordeeld en geconstateerd dat er in werkelijkheid niet in strijd met de wet is gehandeld aangezien de betrokken klager, hoewel hij niet in de gevraagde leeftijdscategorie viel, toch is uitgenodigd voor een gesprek en aannemelijk is dat hij is afgewezen wegens zijn persoonlijkheid. Anders dan de werkgever die betoogde dat hij zelf wel uitmaakte wie hij aannam, gaf deze werkgever aan dat hij zich van een en ander niet bewust was geweest, mensen met een bepaalde persoonlijkheid zocht en daarom vervolgens stagiaires – die wel binnen het gewenste profiel vielen - zou werven. Deze proceshouding wierp in combinatie met de nette gang van zaken bij de afhandeling van de sollicitatie vruchten af. Eenzelfde opbouw is ook gehanteerd in het hierboven al besproken oordeel 2008-106 betreffende de vakbondsconsulent die jongere vakbondsleden moest werven. In dat geval was wel een motivering voor de leeftijdseis in de advertentie opgenomen. In zoverre was er geen strijd met de wet. De gegeven motivering vond echter geen genade in ogen van de Commissie.

3 BEWIJSLAST

3.1 Algemeen

In het uiteenzetten van de manier waarop de Commissie met het verdelen van de bewijslast omgaat is dit jaar geen nieuwe tendens in de oordelen te bespeuren. De Commissie houdt strak vast aan de beproefde methodiek die gegrond is op artikel 12,

16 Zie oordeel 2008-109.

eerste lid, van de WGBL: indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.[17]

Voor Nederlandse begrippen is dit geen bijzonder stramien. Heel anders echter lag dat tot voor kort nog in de Verenigde Staten. Het Supreme Court oordeelde op 19 juni 2008 in de zaak *Meacham et al. v. Knolls atomic power laboratory*.[18] Deze zaak werd aangespannen door achtentwintig medewerkers van een federaal onderzoekslaboratorium in de staat New York. Bij een reorganisatie met als oogmerk een bezuiniging werden 31 werknemers ontslagen. Van hen waren er 30 meer dan 40 jaar oud. De toets die was aangelegd was of de betrokken werknemers 'flexible' en 'retrainable' waren. Er was aldus sprake van indirect onderscheid naar leeftijd. De procedure was gebaseerd op de Age Discrimination in Employment Act uit 1967 (ADEA), die bepaalt dat werkgevers geen maatregelen mogen treffen die een onevenredig en ongerechtvaardigd effect hebben op oudere werknemers. De wet beschermt werknemers vanaf 40 jaar. Daarbij is tevens bepaald dat het niet onrechtmatig is een dergelijke maatregel te nemen indien het onderscheid is gebaseerd op andere redelijke factoren dan leeftijd. De vraag die werd voorgelegd aan het Supreme Court in de zogenaamde Writ of Certiorari was hoe de bewijslast lag ten aanzien van de andere redelijke factoren dan leeftijd. De lagere rechter had geoordeeld dat de klagers moesten bewijzen dat de rechtvaardiging die de werkgever aanvoerde onredelijk was. Het Supreme Court echter oordeelde als volgt: "A provision of the Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), 81 Stat. 602, as amended, 29 U. S. C. §621 et seq., creates an exemption for employer actions "otherwise prohibited" by the ADEA but "based on reasonable factors other than age" (RFOA). §623(f)(1). The question is whether an employer facing a disparate-impact claim and planning to defend on the basis of RFOA must not only produce evidence raising the defense, but also persuade the factfinder of its merit. We hold that the employer must do both." De klager dient dus feiten aan te voeren die wijzen op verboden onderscheid en de verweerder moet niet alleen feiten aanvoeren die op het tegendeel wijzen maar die feiten ook bewijzen. Het Supreme Court legt aan deze verdeling van bewijslast onder meer ten grondslag dat het hier gaat om een uitzondering op iets dat normaal gesproken verboden is. Wie stelt dat er redenen zijn om iets dergelijks in een bepaalde situatie wel toe staan moet ook zelf aantonen dat hij daartoe gerechtigd is. Daarmee is de bewijslastverdeling in de Verenigde Staten dezelfde geworden als die op grond van de WGBL wordt gehanteerd.

Een van de elementen die bij de beoordeling van de weerlegging van het vermoeden een rol speelt, is of sprake is van consistentie tussen feiten en betoog. Oordeel 2008-11 geeft een duidelijk voorbeeld van een situatie waarin steeds verschillende redenen voor een afwijzing werden aangevoerd en die argumenten bovendien niet ten aanzien van alle kandidaten voor de functie werden toegepast. De criteria werden ten aanzien van jongere kandidaten soepeler toegepast dan ten aanzien van oudere. Algemeenheden als dat het voor mensen moeilijk zou zijn een stapje terug te doen en leiding te aanvaarden van mensen aan wie ze vroeger zelf leiding gaven werken ook niet. In zo'n geval moet de potentiële werkgever de werkhouding van de betrokken kandidaat concreet toetsen.

Wie achteraf bij de Commissie wil aanvoeren dat weliswaar tegen de kandidaat is

17 Zie ook hiervoor oordeel 2008-106.

18 No 06-1505; Zie hierover New York Times 20 juni 2008, http://www.nytimes.com/2008/06/20washington en LawMemo http://www.lawmemo.com/supreme/case/Meacham.

gezegd dat hij (mede) op grond van leeftijd is afgewezen, maar dat er eigenlijk een andere reden was, moet dat kunnen concretiseren. Dit komt naar voren in oordelen 2008-72 en 2008-79, waarin er naast een afwijzing op grond van leeftijd geen enkel disculperend feit was, en in oordeel 2008-99 waarin er wel extra feiten waren, te weten dat de betrokken werkgever wel degelijk sollicitanten van de betrokken leeftijd had aangenomen en aannemelijk was dat deze sollicitant niet paste binnen het bedrijf, al was het maar omdat hij de leiding van het bedrijf als "snotneuzen" had betiteld! Uit een oogpunt van bewijspositie bijzonder is oordeel 2008-99. De betrokkene (man, verloskundige al sedert 1986) had een telefoongesprek waarin hij werd geïnformeerd over selectiecriteria voor een positie als verloskundige in een ziekenhuis op band opgenomen. Hij was door dat ziekenhuis in 2003 en 2007 reeds voor een functie als verloskundige afgewezen. In het gesprek was door een afdelingsmanager gezegd dat de voorkeur werd gegeven aan een pas afgestudeerd iemand. Uit het gesprek zelf blijkt echter dat P&O diezelfde dag andere criteria had genoemd. De Commissie accepteert die bandopname onder verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad als bewijsstuk.[19] Volgens de Hoge Raad mogen bandopnames inderdaad in civiele procedures tot bewijs dienen indien zij zijn opgenomen in zakelijk verkeer en er geen bijkomende omstandigheden zijn die alsnog op onrechtmatigheid zouden wijzen. Het toelaten van de bandopname baat echter de betrokken verloskundige niet. Immers, nu blijkt dat vanuit de instelling verschillende verklaringen zijn afgegeven ten aanzien van het gevoerde beleid kan uit het gesprek niet worden afgeleid dat slechts pas afgestudeerden in aanmerking zouden komen. De Commissie constateert dat de leeftijdsopbouw van het personeelsbestand bij de betrokken werkgever overeenkomt met het landelijke beeld. Derhalve is ook dat geen aanwijzing voor verboden onderscheid. De betrokken verloskundige voldoet derhalve niet aan de eis dat hij in rechte feiten aanvoert die onderscheid kunnen doen vermoeden. Aan het tegenbewijs van de instelling wordt dan ook niet toegekomen. Wel wordt de instelling er op gewezen dat de procedure onvoldoende transparant is, ondanks het feit dat de instelling had gesteld de NVP sollicitatiecode te hanteren. Het enkele gebrek aan transparantie leidt echter niet tot gegrondverklaring van de klacht·

3.2 Maatmanmethode

Leeftijd is, anders dan geslacht, ras en nationaliteit, geen bij voorbaat verdacht criterium. Daarom accepteert de Commissie bij beweerd onderscheid in salariëring ook niet de maatmanmethode die bij onderzoek naar verboden onderscheid wegens geslacht is voorgeschreven en ten aanzien van ras, nationaliteit en handicap of chronische ziekte ook wordt gehanteerd.[20] Bij het hanteren van deze methode hoeft een klager bijvoorbeeld slechts een collega van het andere geslacht aan te wijzen die meer verdient en dan dient de werkgever aan te tonen dat zulks niet het gevolg is van het ongelijk toepassen van voor iedereen geldende beloningsmaatstaven. Een objectieve rechtvaardiging is in die gevallen niet mogelijk. Bij leeftijd kan dat wel. Daarom houdt de Commissie hier vast aan de eis van artikel 12, eerste lid, WGBL: wie meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt, moet feiten aanvoeren die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dat wil zeggen feiten waaruit zou volgen dat leeftijd een rol speelt bij het verschil in beloning. In oordeel 2008-80 gaat het om een doktersassistente die tot 1 mei 2004 was ingeschaald op basis van leeftijd en vanaf dat

19 HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988/850; HR 7 februari 1992, *NJ* 1993/78 (m.nt. HJS).
20 Zie oordelen 1997-113, 1998-120, 1999-70, 2000-03, 2001-78, 2005-132 en 2005-189 alsmede, voor de grond handicap of chronische ziekte, oordeel 2004-161.

moment op grond van een nieuwe CAO waarin leeftijd geen rol meer speelde. Desalniettemin bleven twee oudere collega's meer verdienen. De Commissie bekijkt de inschaling bij de betrokken werkgever cijfermatig. Van de 24 medewerkers verdienen er 2 meer dan klaagster. Die zijn weliswaar ouder maar van de andere 22 die hetzelfde of minder verdienen zijn er ook 7 ouder dan klaagster. Derhalve is er geen aanwijzing voor verboden onderscheid. Dat wordt niet anders omdat het hogere salaris van de twee voorvloeit uit een voor 2004 wel gemaakt onderscheid naar leeftijd.

4 RECHTVAARDIGING

De Commissie houdt in de oordelen 2008-60 en 2008-138 vast aan de lijn dat de objectieve rechtvaardiging van een leeftijdseis op zwaarwegende gronden moet berusten. Financieel-economische redenen zijn door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen al aanvaard als objectieve rechtvaardiging voor het maken van indirect onderscheid op grond van geslacht.[21] De Commissie past dit analoog toe voor leeftijd, waarbij zij aantekent dat in geval van leeftijd geen verschil gemaakt behoeft te worden tussen direct of indirect onderscheid. Echter, financieel-economische redenen voor het maken van leeftijdsonderscheid kunnen alleen dan worden aanvaard indien het financieel-economische belang van de onderneming in evenredige verhouding staat tot het nadeel dat het hanteren van een leeftijdsgrens met zich brengt voor de werknemers van die onderneming.[22] De Commissie overweegt dat de gelijke behandelingswetgeving veel van haar betekenis zou verliezen als dit anders zou zijn.

De wens te komen tot een evenwichtige personeelsopbouw wordt ook niet snel als rechtvaardiging geaccepteerd. Immers, zo oordeelt de Commissie in oordeel 2008-60, de oplossing voor een relatief groot bestand aan ouderen (dat zal uitstromen), behoeft niet te zijn het aannemen van jongeren, want die kennen een grotere arbeidsmobiliteit. Deze redenering betekent echter in feite de doodsteek voor iedere rechtvaardiging gebaseerd op de wens te komen tot een evenwichtige opbouw van het personeelsbestand. Immers een werkgever die relatief veel ouderen in zijn bestand heeft, zal op grond van deze redenering het personeelsbestand niet mogen aanvullen met jongeren. Anders echter ging de Commissie te werk in oordeel 2008-42. Daar betrof het een advocatenkantoor dat een medewerker zocht met maximaal 8 jaar werkervaring. Ook hier werd de wens te komen tot een evenwichtige samenstelling van het personeelsbestand als rechtvaardiging aangevoerd teneinde de continuïteit van het kantoor te waarborgen. In het licht van de opbouw van het kantoor, de manier waarop men kan toetreden tot en ingroeien in de maatschap, en het gehanteerde 'up or out'-systeem (wie niet toetreedt tot de maatschap wordt geacht het kantoor te verlaten) achtte de Commissie dit gerechtvaardigd. Het wordt ook proportioneel geacht omdat het niet gaat om een absolute belemmering voor toetreding tot de advocatuur. In het geval van klager zou het bewuste kantoor wel in hem geïnteresseerd geweest zijn indien hij over partnerkwaliteiten had beschikt. Met een bepaald aantal ervaringsjaren dient iemand het niveau van partner te hebben bereikt. Als dat niet zo is, is het mogelijk hem voor de functie van medewerker te weigeren. Hoewel het verband tussen ervaringsjaren en leeftijd indirect is, betekent dit praktisch gezien

21 De Commissie verwijst naar HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jenkins*, Jurispr. 1981 en HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Bilka*, Jurispr. 1986; HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Enderby*, Jurispr. 1993 en HvJ EG 26 september 2000, zaak C-322/98, *Kachelmann*, Jurispr. 2000.

22 Hier verwijst de Commissie naar oordeel 2002-165 en oordeel 2005-235.

toch dat wie langer advocaat is (en daarmee ouder) niet meer in aanmerking behoeft te worden genomen voor een medewerkerschap.

5 BEËINDIGING

5.1 Beëindiging individueel – leeftijd 65 jaar of ouder

Dit jaar zijn er geen oordelen van de Commissie waarin het gaat om de individuele beëindiging van de arbeidsverhouding wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde of een hogere leeftijd. De Kantonrechter heeft wel geoordeeld over dit vraagstuk. Wij wijzen in dit verband op twee vonnissen. Met weinig woorden komt de Kantonrechter Lelystad in zijn vonnis van 20 februari 2008 tot de conclusie dat het bereiken van de 65-jarige leeftijd een gewichtige reden in de zin van artikel 7:685 BW oplevert.[23] Het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd is echter, volgens de Kantonrechter Amsterdam, geen reden om te oordelen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op de voet van artikel 7:667 BW van rechtswege is geëindigd.[24]
De bestuursrechter (Rechtbank Den Haag)[25] heeft zich eveneens over deze kwestie uitgelaten en heeft onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 16 oktober 2007 in de zaak *Félix Palacios de la Villa*[26] geoordeeld dat ontslag wegens het bereiken van de 65 jarige leeftijd geen leeftijdsdiscriminatie oplevert. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat "voor de leeftijdsgrens van 65 jaar nog steeds een groot maatschappelijk draagvlak bestaat en dat het uitgangspunt aansluit bij de sociale zekerheidswetgeving". De argumenten die het Hof van Justitie tot zijn oordeel brachten (de 65 jarige heeft na pensionering – kort gezegd – recht op een uitkering waarvan de hoogte als niet onredelijk kan worden beschouwd en de leeftijdsgrens dient het werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid), legt de rechtbank niet expliciet ten grondslag aan haar beslissing.
Ten slotte wijzen wij in dit verband op de conclusie van A-G Mazák van 23 september 2008 in de zaak *Age Concern England*. Die zaak gaat over de vraag op welke manier de in artikel 6 van Richtlijn 2000-78[27] toegestane verschillen in behandeling op grond van leeftijd in de nationale wet mogen worden verwerkt. Dat mag aldus de A-G zonder dat in die nationale wetgeving expliciet wordt verwezen naar een legitiem doel van de soort die art. 6 lid 1 voor ogen heeft. Er moet wel zo'n doel, te weten sociaal of werkgelegenheidsbeleid, aan de in de nationale wetgeving toegestane verschillende behandeling ten grondslag liggen, zo stelt de A-G. Inmiddels heeft het HvJ EG in zijn arrest van 5 maart 2009 in deze zaak in gelijke zin geoordeeld: de pensioenleeftijd mag door de wetgever als harde grens worden gehanteerd als daarmee doelen van sociaal beleid worden gediend; te weten het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.[28] Dat brengt ons weer bij de vraag die wij vorig jaar al stelden, namelijk of artikel 7, eerste lid, aanhef en

23 *JAR* 2008/120.
24 Vonnis van 8 juli 2008, *JAR* 2008/228.
25 14 april 2008, *TAR* 2008/108.
26 HvJ EG 16 oktober 2007, C-411 /05, *Félix Palacios de la Villa PJ* 2007/143, *JAR* 2007/288 en *NJ* 2008/38; Zie ook A.G. Veldman, "Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid?", *ArA* 2008, afl. 1, p. 77.
27 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000 L 303/16).
28 Arrest van het Hof in zaak C-388/07, *Age Concern England*.

onderdeel b, WGBL zonder meer zal werken.[29] Zoals wij toen constateerden blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis dat de door het HvJ EG genoemde argumenten ten grondslag hebben gelegen aan deze bepaling.

5.2 Beëindiging individueel – leeftijd onder de 65

Ook dit jaar heeft de Commissie, aan de hand van een zaak die gaat over een medewerker van een penitentiaire inrichting, haar licht laten schijnen over de vraag of de afwijzing van het verzoek om uitstel van functioneel leeftijdsontslag een verboden onderscheid op grond van leeftijd oplevert.[30] Evenals vorig jaar blijkt dat verweerder tijdens de procedure nog al eens wisselt van argumenten. Een van de doelen die verweerder ten grondslag legt aan het ontslag (en dat overigens eerst wel, later niet en tenslotte weer wel wordt genoemd) is het voorkomen van precedentwerking. Dit argument heeft verweerder in de ogen van de Commissie niet kunnen onderbouwen en daarmee wordt het niet legitiem geacht. Dat ligt anders voor – kort gezegd – de gezondheids- en veiligheidsrisico's. De Commissie komt echter tot de conclusie dat het ingezette middel niet passend is. Dit onder meer omdat de werkgever pas in een laat stadium met een geheel nieuw en volgens hem dragend argument komt, te weten het slechte gezichtsvermogen van betrokkene. Er is geen sprake van de door de Commissie geëiste consistentie tussen feiten en betoog.[31]

5.3 Beëindiging collectief

Dit jaar is weer een aantal oordelen over collectieve beëindigingsregelingen uitgesproken; acht om precies te zijn. De in het advies van 14 september 2007[32] uitgezette lijn – kort gezegd jongeren via de Kantonrechtersformule van werk naar werk begeleiden en ouderen door suppletie van VUT-uitkering inkomenszekerheid bieden – wordt in die oordelen voortgezet. Sociale plannen waaraan een dergelijk uitgangspunt ten grondslag ligt, vinden in de ogen van de Commissie dan ook genade. Er is dan geen sprake van een verboden onderscheid.
Dat was anders bij de in de CAO Kunsteducatie 2006/2008 neergelegde regeling.[33] We lichten het verboden deel van die regeling eruit. Bij ontslag krijgt de oud-werknemer een uitkering gedurende de eerste drie maanden. Daarna is de duur van de uitkering afhankelijk van de leeftijd van de betrokkene. De werknemer jonger dan 21 jaar krijgt na afloop van de eerste drie maanden nog een uitkering met een looptijd gelijk aan 18% van zijn diensttijd. Vervolgens wordt dit percentage verhoogd met 1,5% voor ieder jaar dat de werknemer ouder is dan 21 jaar tot een maximum van 78% van de diensttijd bij een leeftijd van 60 jaar. De duur van de uitkering van werknemers geboren op of na 1 januari 1955 bedraagt ten hoogste vier jaar. De duur van de uitkering voor personen geboren op of na 1 januari 1950, maar vóór 1 januari 1955, wordt vastgesteld op het op 1 januari 2007 opgebouwde recht op uitkeringsduur, maar bedraagt ten hoogste acht jaar.
De Commissie komt tot het oordeel dat de regeling geen verboden onderscheid

---

29 Zie J.H. Gerards (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 197; het arrest van het HvJ van 16 oktober 2007 heeft overigens vele pennen in beweging gebracht; zie onder meer S. Horowitz, "Verplichte pensionering leeftijdsdiscriminatie", *Ondernemingsrecht*, afl. 3, 2008, p. 132 en de annotatie van J van der Hoeven in *NJCM-Bulletin* 2008, p. 1652.
30 Oordeel 2008-38.
31 Zie hierover het hiervoor besproken oordeel 2008-11.
32 CGB-advies/2007/05 inzake leeftijdsonderscheid in sociale plannen: hierover verscheen een artikel van de hand van M. Heemskerk onder de titel "Ouderenregeling sociaal plan: het mag weer", *SMA* 2008, afl. 5, p. 233.
33 Zie oordeel 2008-09.

oplevert voor zover van toepassing op de oudere werknemers, geboren vóór 1950, of geboren op of na 1 januari 1950 maar vóór 1955. Voor jongere werknemers is dit in de visie van de Commissie anders. Voor werknemers geboren na 1954 kan de verwijzing naar leeftijd wat de Commissie betreft niet door de beugel. Met die verwijzing worden volgens de sociale partners de volgende drie doelen gediend: het belonen van branchetrouw, het bieden van een periode van inkomenszekerheid om werknemers in de gelegenheid te stellen om ander werk te vinden en het respecteren van gewekte verwachtingen van werknemers. De Commissie meent – in onze ogen terecht – dat branchetrouw en leeftijd niets met elkaar te maken hebben. Het doel acht de Commissie legitiem maar het middel niet geschikt. Hetzelfde geldt voor het bieden van een periode van inkomenszekerheid. De Commissie is niet overtuigd van enig verschil in positie op de arbeidsmarkt tussen bijvoorbeeld 25- en 35-jarigen in het nadeel van de laatsten. Het respecteren van gewekte verwachtingen tenslotte is naar het oordeel van de Commissie in het onderhavige geval geen legitiem doel want het is niet voldoende onderbouwd. De voor na 1954 geboren werknemers in de regeling neergelegde afwijking van de Kantonrechtersformule levert in de ogen van de Commissie dus verboden onderscheid op.

6 ARBEIDSVOORWAARDEN

6.1 Harmonisering

In oordeel 2008-98 is sprake van een werkgever bij wie door fusies een situatie is ontstaan waarin vergelijkbare werknemers verschillend gehonoreerd worden. Functies zijn opnieuw gewogen en dit heeft ertoe geleid dat op grond van een nieuw tot stand gekomen CAO sommige werknemers lager zijn ingeschaald dan voorafgaand aan de diverse fusies het geval was. Deze werknemers zijn 'bovenschalig' geworden, maar behouden hun oude salaris. Wel zijn maatregelen getroffen om de groei van de salarissen van deze bovenschalige werknemers te beperken. Een van deze maatregelen is – kort gezegd – het niet toekennen van salarisverhogingen aan bovenschalige werknemers jonger dan 57 jaar. Het bevriezen van de salarissen van deze werknemers dient een tweeledig doel. Het draagt enerzijds bij aan harmonisatie van de salarissen. Daarnaast heeft de regeling tot doel interne en externe mobiliteit van bovenschaligen te stimuleren. Uitgangspunt is dat de bovenschalige medewerkers aldus worden gestimuleerd om weer een functie op hun oude niveau te bemachtigen.
Voor werknemers van 57 jaar en ouder geldt deze bevriezing niet, omdat hun positie op de arbeidsmarkt, ook de interne arbeidsmarkt, aanzienlijk slechter is. De vakbonden en werkgever hebben deze oudere medewerkers de laatste vijf jaar van hun werkzame leven – veel medewerkers gaan vanaf hun 62e jaar met prepensioen – deze bevriezing willen besparen met het oog op de hiervoor genoemde arbeidsmarktpositie. De Commissie volgt deze gedachtegang en acht het onderscheid objectief gerechtvaardigd.

6.2 Seniorenregeling

De opmerking van Dankbaar en Heemskerk in hun bijdrage in de Oordelenbundel van 2006[34] dat de verhouding tussen seniorenregelingen en de WGBL moeizaam is, is in 2008 wederom bewaarheid geworden. In geen van de drie zaken over senioren-

34 M. Heemskerk en M.J.J. Dankbaar, 'Leeftijd', in: Gerards 2007.

beleid die de CGB voorgelegd heeft gekregen in 2008, kon het daarin gemaakte leeftijdsonderscheid in de ogen van de CGB door de beugel.[35] In alle gevallen wordt het algemene soepeler beleid jegens oudere werknemers niet objectief gerechtvaardigd geacht. Er wordt in de oordelen 2008-37 en 2008-125 expliciet verwezen naar het advies van de CGB van 30 maart 2006 inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Met name wordt gewezen op het onderzoeksrapport "Regelingen voor oudere werknemers. Checklist voor de commissie gelijke behandeling". In zoverre is er wat dit betreft dus niets nieuws onder de zon.
In oordeel 2008-103 was iets anders aan de hand.[36] In die zaak wordt door een roosterwijziging het aantal te werken onregelmatige uren teruggebracht. Als gevolg hiervan raakt een aantal werknemers (boswachters) hun vaste onregelmatigheidstoeslag kwijt. Dit laatste gold niet voor 55-plussers. Die uitzondering was in het leven geroepen in verband met de pensioenopbouw. Er was vanuit gegaan dat een eindloonregeling gold. Het vervallen van de onregelmatigheidstoeslag – die kennelijk deel uitmaakte van het pensioengevend inkomen - zou bij een eindloonsysteem tot een verlaging van de pensioenuitkering leiden. Er bleek echter inmiddels een middelloonregeling te gelden, waardoor de salarisgarantie ten aanzien van deze andere werknemers zijn betekenis grotendeels had verloren. De CAO-bepaling waarin het niet-afbouwen van de onregelmatigheidstoeslag voor oudere werknemers was vastgelegd had dan ook moeten worden geschrapt. Dat was ten onrechte niet gebeurd. Er was dus geen objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid.

6.3 Pensioenen

Dit jaar gingen vijf oordelen over pensioenkwesties. Vier daarvan hebben te maken met de Wet VUT, Prepensioen & Levensloop (Wet VPL).
In oordeel 2008-24 hanteert een bedrijfstakpensioenfonds een lagere franchise en een hoger opbouwpercentage voor deelnemers die op of na 1 januari 1950 zijn geboren. Dit om te bewerkstelligen dat het wegvallen van VUT-mogelijkheden van degenen die op of na 1 januari 1950 zijn geboren wordt gecompenseerd. De Commissie oordeelt dat het doel van het onderscheid – een collectieve regeling, gebaseerd op solidariteit, die aansluit op de Wet VPL en die voor alle deelnemers een vergelijkbaar pensioenresultaat oplevert zonder dat dit leidt tot een algehele stijging van de pensioenlasten binnen de bedrijfstak – legitiem is. Het heeft geen discriminatoir oogmerk en het is eigen aan een pensioenfonds dat wordt gestreefd naar een collectieve regeling gebaseerd op solidariteit. Verder acht de Commissie het middel passend en acht het dit noodzakelijk.
De casus die tot oordeel 2008-100 en het vergelijkbare oordeel 2008-101 heeft geleid was als volgt. De werkgever had ervoor gekozen slechts oudere werknemers die niet meer in aanmerking komen voor de VUT sinds de introductie van de Wet VPL te compenseren. De grens was gelegd bij werknemers die in 2005 48 jaar werden, dus die geboren zijn in of voor 1957. Die grens hing samen met het feit dat voor die categorie werknemers op grond van fiscale- en boekhoudregels gereserveerd was en mocht worden voor hun aanstaande VUT-uitkering. De Commissie oordeelt – kort gezegd – dat deze fiscale boekhoudkundige grens niet relevant is voor de beantwoording van de vraag hoe de gereserveerde bedragen verdeeld worden over de werknemers. De werkgever had ook een andere compensatiemethode kunnen kiezen. Zo had ook gekozen kunnen worden voor compensatie van de gehele groep werknemers

35 Oordeel 2008-37, oordeel 2008-103 en oordeel 2008-125
36 Verwezen zij ook naar de noot van Tobler bij dit oordeel, verderop in deze Oordelenbundel.

voor wie de VUT-regeling per 1 januari 2006 is vervallen. De Commissie komt op basis hiervan tot de conclusie dat het doel niet legitiem is.
De anti-cumulatiemaatregel die een gemeente had toegepast in de zaak die heeft geleid tot oordeel 2008-46, acht de Commissie objectief gerechtvaardigd. De regeling gold voor werknemers die geboren zijn in 1950 en die in 2005 kozen voor een deeltijd-FPU. Deze groep kwam niet in aanmerking voor de werkgeversbijdrage in de levensloop. Deze uitsluiting was in het leven geroepen om te voorkomen dat deze categorie werknemers recht kreeg op twee regelingen die beide konden worden ingezet om eerder te stoppen met werken. Dit is in de visie van de Commissie een legitiem doel. Ook is de regeling, ofschoon grofmazig, passend en noodzakelijk.
Oordeel 2008-70 is een tweelingbroertje van oordeel 2007-146. Ook hier geldt voor alle deelnemers een leeftijdsonafhankelijke beschikbare premieregeling. Slechts de categorie 21 tot 25-jarigen krijgt een lagere premie, namelijk 8,1% van de pensioengrondslag in plaats van 9,8%. Dit omdat de pensioenpremie voor die categorie boven de 8,1% als fiscaal bovenmatig wordt aangemerkt. De Commissie vindt het gehanteerde middel ook in deze zaak niet noodzakelijk. De premie kan worden gesplitst in een fiscaal zuiver gedeelte à 8,1% en een fiscaal onzuiver gedeelte van 1,7%. Dat dit extra kosten met zich brengt, leidt de Commissie niet tot een ander oordeel.

7 TOT SLOT

De CGB bestrijdt vooroordelen gebaseerd op leeftijd consequent. Dat is te prijzen, want vooroordelen kunnen niet hard genoeg worden bestreden. Het leidt soms echter wel tot ingewikkelde en soms enigszins virtuele discussies. Voor een deel zal het probleem van potentiële leeftijdsdiscriminatie namelijk vermeden kunnen worden door het kiezen van de goede (in de praktijk vaak: handige) formulering van bijvoorbeeld een afwijzing.
Zo lijkt het toch wel voor de hand te liggen dat in het algemeen een jongere sneller in staat zal zijn een leeftijdsgenoot aan te spreken en enthousiast te maken voor het lidmaatschap van een vakbond dan een oudere en rijst de vraag hoe de oudere zou moeten aantonen zich te kunnen herkennen in de belevingswereld van jongeren. Wezenlijker is nog dat een 'handige' werkgever klachten kan omzeilen. Wie eerlijk zegt een leeftijdsgenoot gezelliger te vinden, handelt niet juist.[37] Wie geen eis stelt in de advertentie, stilzwijgend aldus selecteert en afwijzingen motiveert met een perceptie van competenties, ontspringt de dans.
Daarmee willen we niet zeggen dat het niet goed is dat er kritisch wordt beoordeeld of er al of niet sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Integendeel. Juist dit kritische oordeel zal ertoe leiden dat er vaker dan voorheen nagedacht wordt over de vraag of het hanteren van leeftijdsgrenzen wel aangewezen is. Dat alleen al is winst.

37 Oordeel 2008-36.

Overzicht van oordelen 2008 over de grond leeftijd

2008-3

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden doordat een ministerie een 62-jarige medewerker niet heeft geplaatst in een functie in het buitenland of op het departement omdat hij niet kan voldoen aan het bij het ministerie vigerende vierjarenbeleid.

Een ambtenaar is in dienst bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Het ministerie hanteert het beleid dat plaatsingen in functies in het binnen- en buitenland doorgaans voor vier jaar geschieden. Alleen in bijzondere gevallen wordt hiervan afgeweken. Het ministerie heeft de ambtenaar in de zomerronde van 2006 niet geplaatst in een nieuwe functie in het buitenland, omdat hij vanwege zijn leeftijd (62 jaar) niet kan voldoen aan de volledige plaatsingstermijn.
De Commissie constateert dat het ministerie door het hanteren van het vierjarenbeleid indirect onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt, nu door dit beleid met name ambtenaren van 61 jaar en ouder worden getroffen. De doelen van het onderscheid, te weten het handhaven van de continuïteit en stabiliteit op de posten in het buitenland en het vermijden van onevenredige kosten en inspanningen die zijn verbonden aan een plaatsing in het buitenland, zijn naar het oordeel van de Commissie legitiem. De Commissie is ten aanzien van het eerste doel – het voeren van een efficiënt personeelsbeleid – niet overtuigd van de passendheid van het middel, nu niet ten volle is getoetst of dit roulatiesysteem met betrekking tot alle functies en locaties daadwerkelijk zo efficiënt is. Zelfs al zou middel geschikt zijn om het doel te bereiken, dan nog is de Commissie van oordeel dat het Ministerie de noodzakelijkheid van het middel niet heeft aangetoond. Het hanteren van het vierjarenbeleid, waardoor een groep oudere ambtenaren, behoudens uitzonderingen, per definitie wordt buitengesloten, staat in een disproportionele verhouding tot het effectiviteitsdoel. Bovendien is door een flexibelere opstelling met betrekking tot de plaatsingsduur een minder onderscheidmakend alternatief voorhanden.
De Commissie oordeelt ten slotte dat het middel tevens niet geschikt is om het tweede doel – kostenbesparing – te bereiken. De extra kosten van een overplaatsing naar het buitenland wegen niet op tegen het thuis laten zitten van een hoog ingeschaalde ambtenaar.
Verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-9

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Bovenwettelijke uitkeringsregeling in de CAO Kunsteducatie 2006/2008 heeft, voor zover deze afhankelijk is gesteld van leeftijd, verboden onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg.

De bovenwettelijke uitkeringsregeling in de CAO Kunsteducatie 2006/2008 heeft, voor zover deze afhankelijk is gesteld van leeftijd, verboden onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg. Voor zover deze afhankelijk is gesteld van dienstjaren, heeft zij geen verboden onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg. De overgangsbepalingen voor personen geboren voor 1 januari 1950 en die voor personen geboren op of na 1 januari 1950 maar voor 1 januari 1955 hebben geen verboden onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg. Ook de suppletieregeling in de cao heeft geen verboden onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg.

2008-11

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Vermoeden van onderscheid niet weer-

legd door het stellen van eis dat ervaring actueel moet zijn nu deze eis niet strikt wordt gehanteerd. Verboden onderscheid.

Een werknemer die ongeveer zes jaar geleden met functioneel leeftijdsontslag is gegaan, solliciteert bij zijn oude werkgever. Hij wordt afgewezen en niet uitgenodigd voor een gesprek. Aan de telefoon wordt hem medegedeeld dat het profiel ziet op jonge werknemers. Ter zitting blijkt dat hiermee bedoeld wordt dat er vanuit gegaan wordt dat iemand in een leidinggevende functie niet kan functioneren als ondergeschikte van degenen waaraan hij heeft leidinggegeven. Daarnaast stelt de werkgever dat er een strikte eis geldt dat er vijf jaar actuele ervaring moet zijn en deze werknemer is al zes jaar geleden uit dienst getreden. De Commissie constateert echter dat de werkgever deze eis ten aanzien van twee van de zes aangenomen sollicitanten heeft laten varen. Het vermoeden van onderscheid op grond van leeftijd heeft de werkgever niet kunnen weerleggen. Het hanteren van deze eis van actuele werkervaring, die mogelijk indirect benadelend is voor ouderen bij deze werkgever is bovendien niet objectief gerechtvaardigd. Verboden onderscheid.

2008-21

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Het als eerste vereiste hanteren van een maximum leeftijd van 26 jaar voor toelating voor opleiding luchtverkeersleider is niet objectief gerechtvaardigd.

Een organisatie voor de luchtverkeersdienstverlening stelt als eerste vereiste voor de toelating tot de opleiding luchtverkeersleider een maximum leeftijdsgrens van 26 jaar. Hiermee beoogt de organisatie de slagingskans voor de opleiding zo groot mogelijk te maken zodat er continue voldoende luchtverkeerleiders zijn om een veilige verkeersafhandeling te kunnen garanderen. Daarnaast streeft de organisaties naar een zo hoog mogelijk financieel economisch rendement van de vier jarige opleiding. Hoewel beide doelen op zich legitiem zijn is het op voorhand uitsluiten van personen ouder dan 26 jaar van de opleiding luchtverkeersleider niet geschikt om deze doelen te bereiken. Bovendien acht de Commissie de maximum toelatingsleeftijd niet in een evenredige verhouding staan tot het rendementsdoel.

2008-24

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Bedrijfstakpensioenfonds maakt bij de toekenning van het nabestaandenpensioen geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door bij de pensioenopbouw verschillende regelingen te hanteren die te maken hebben met de geboortedatum van de deelnemers. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd.

Een bedrijfstakpensioenfonds kent een pensioenreglement waarin bij de pensioenopbouw voor deelnemers die op of na 1 januari 1950 zijn geboren een lagere franchise en een hoger opbouwpercentage wordt gehanteerd dan voor deelnemers die vóór 1950 zijn geboren. De 55-minners bouwen hierdoor een hoger ouderdomspensioen op dan de 55-plussers. Een weduwe van een gewezen deelnemer van het pensioenfonds die voor 1950 was geboren, klaagt erover dat zij hierdoor bij de uitkering van het nabestaandenpensioen, dat gerelateerd is aan het ouderdomspensioen, financieel nadeel ondervindt.

De Commissie stelt vast dat sprake is van direct onderscheid door het geboortejaar van een deelnemer als onderscheidmakend criterium te hanteren. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft aangevoerd dat met de pensioenregeling wordt beoogd een collectieve regeling te creëren, gebaseerd op solidariteit, die aansluit op de Wet VPL en voor alle deelnemers een vergelijkbaar pensioenresultaat oplevert zonder dat dit leidt tot een algehele stijging van de pensioenlasten binnen de bedrijfstak. De Commissie overweegt dat dit doel legitiem is. Met betrekking tot het middel - hanteren van geboortedatumcriterium (wel of niet geboren voor 1950) bij de deelnemers - concludeert de Commissie dat het middel passend en noodzakelijk is om het doel te bereiken. Met dit middel wordt een totale pensioenbeloning bereikt die voor elke leeftijdsgroep nagenoeg gelijk is en van een alternatief middel is niet gebleken. Het bedrijfstakpensioenfonds maakt derhalve geen verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-27

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van Sociaal Plan voor werknemers tot 57,5 jaar andere aanvullingsregeling te treffen dan voor werknemers vanaf die leeftijd.

Een werkgever heeft in verband met een reorganisatie de arbeidsovereenkomst met een werknemer, die jonger is dan 57,5 jaar, opgezegd. Op de arbeidsovereenkomst van de werknemer is een Sociaal Plan van toepassing, dat voorziet in een aanvulling op lagere inkomsten of een uitkering. Voor wat betreft de duur van de aanvulling is sprake van onderscheid op grond van leeftijd ten nadele van de werknemers jonger dan 57,5 jaar nu zij een aanvulling ontvangen voor de duur van maximaal 130 weken en werknemers van 57,5 jaar en ouder recht hebben op een aanvulling tot het 65ste jaar. De Commissie is van oordeel dat dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd. Hierbij heeft de Commissie betrokken dat volgens de gegevens van het Grafische Bedrijfsfonds de kans op nieuw werk voor werknemers jonger dan 57,5 jaar veel groter is, dan voor werknemers vanaf 57,5. Het verschil in de duur van de aanvulling is dan ook geschikt om het doel van het onderscheid, namelijk de bescherming van de inkomenspositie van oudere werknemers naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van de verschillende leeftijdsgroepen, te bereiken.

2008-33

Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbieding door vermelding leeftijdsindicatie in advertentie. Geen onderscheid bij de behandeling bij de vervulling. Strijd met de wet door leeftijdsindicatie in vacaturetekst niet te motiveren.

Een uitzendbureau heeft voor een opdrachtgever een medewerker geworven. Het uitzendbureau heeft in de personeelsadvertentie gevraagd om een 'jonge' medewerker. Daarmee heeft het uitzendbureau onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de aanbieding van een betrekking. Het uitzendbureau heeft geen onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van de betrekking.
Omdat het uitzendbureau in de advertentie niet heeft gemotiveerd waarom werd gevraagd om een jonge werknemer, heeft hij in strijd met de wet, meer in het bijzonder in strijd met artikel 9 WGBL, gehandeld.

2008-34

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Bedrijf heeft geen opdracht gegeven aan het uitzendbureau tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de werving en selectie.

Een bedrijf heeft aan een uitzendbureau de opdracht gegeven om een medewerker te werven. Volgens een sollicitante heeft het bedrif aan het uitzendbureau de opdracht gegeven om een 'jonge' medewerker te werven. Zowel het bedrijf als het uitzendbureau stellen dat het uitzendbureau uit zichzelf, en niet in opdracht van het bedrijf, in de personeelsadvertentie heeft opgenomen dat werd gezocht om een 'jonge' medewerker. De sollicitante heeft daarom geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het bedrijf de opdracht heeft gegeven tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd.

2008-36

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Verboden onderscheid bij aanbieden van een betrekking door hanteren ongemotiveerde leeftijdseis. Tevens strijd met artikel 9 WGBL.

Een ondernemer vraagt in een advertentietekst een sales representative in de leeftijd 20 tot 45 jaar. De leeftijdseis is niet gemotiveerd, zodat de advertentie in strijd is met artikel 9 WGBL. De ondernemer zocht iemand van gelijke leeftijd omwille van de gezelligheid. Dit kan niet gelden als een objectieve rechtvaardig voor het gemaakte onderscheid. De WGBL is juist gegeven om het vooroordeel te bestrijden dat bepaalde eigenschappen - zoals gezellig zijn - per definitie samenhangen met een bepaalde leeftijd.

2008-37

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid naar leeftijd bij toekenning van twintig extra verlofuren per jaar aan docenten tussen de 45 en 52 jaar.

De directie en het personeelsdeel van de medezeggenschapraad van een scholengemeenschap hebben de Commissie verzocht om te beoordelen of een regeling, waarin docenten tussen de 45 en 52 jaar recht hebben op twintig uur extra verlof per jaar, in overeenstemming is met de WGBL. De Commissie concludeert dat de regeling niet is ingebed in een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid, zodat er geen aanleiding bestaat voor een contextuele beoordeling en de regeling afzonderlijk dient te worden beoordeeld.
Het in de regeling gemaakte onderscheid op grond van leeftijd is niet objectief gerechtvaardigd, omdat het doel van het onderscheid, de bescherming van de gezondheid van en het voorkomen van stress bij oudere werknemers, ook kan worden bereikt op een manier die niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is. De Commissie acht aannemelijk dat het binnen de scholengemeenschap ontwikkelde en op het individu toegespitste pakket van maatregelen, zoals roosterwensen, coaching, vermindering van lessen en taken, eveneens geschikt is om een bijdrage te leveren aan de gezondheid van oudere werknemers.

2008-38

Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd door penitentiair verpleegkundige functioneel leeftijdsontslag te verlenen en zijn verzoek om verlenging van het dienstverband met één jaar niet te honoreren.

Een penitentiair verpleegkundige heeft om uitstel van het functioneel leeftijdsontslag gevraagd. Dit verzoek werd afgewezen. De Commissie oordeelt dat door de afwijzing van het verzoek om uitstel onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt.
Het eerste doel voor het onderscheid (het voorkomen van precedentwerking) kan, vanwege het ontbreken van een werkelijke behoefte, niet worden aangemerkt als legitiem doel. Voorts is het afwijzen van het verzoek om uitstel is geen passend middel om het tweede doel te bereiken, te weten het beschermen van de gezondheid van de betrokken ambtenaar en derden, het voorkomen van veiligheidsrisico's voor de betrokken ambtenaar en derden en het voorkomen van schade als gevolg van een verminderd functioneren van de betrokken ambtenaar. Het gemaakte leeftijdsonderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd. Aanbeveling.

2008-42

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd door stellen van maximumervaringseis is objectief gerechtvaardigd.

Een man heeft gesolliciteerd naar de functie van advocaat-medewerker bij een advocatenkantoor. Het advocatenkantoor hanteerde voor de functie de eis dat de kandidaat maximaal acht jaar ervaring mocht hebben in het arbeidsrecht. De man had vijftien jaar ervaring en is daarom afgewezen.
Het advocatenkantoor heeft met de maximumervaringseis onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd, omdat de maximumervaringseis passend en noodzakelijk is om het doel van het onderscheid te bereiken, te weten het waarborgen van de continuïteit van het kantoor.

2008-46

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Voorkomen van cumulatie van FPU-regeling en levensloopregeling voor een bepaalde leeftijdsgroep is objectief gerechtvaardigd.

Een gemeente sluit medewerkers die zijn geboren in 1950 en in 2005 met deeltijd FPU zijn gegaan uit van de werkgeversbijdrage in de levensloopbijdrage. De bepaling in de arbeidsvoorwaarden op grond waarvan de uitsluiting geschiedt, komt overeen met de bepaling die door sociale partners in de sector gemeenten is overeengekomen. Een medewerker die in 2005 55 jaar is geworden en met deeltijd FPU is gegaan klaagt over onderscheid op grond van leeftijd, aangezien hij niet in aanmerking komt voor de werkgeversbijdrage in de levensloopbijdrage

De Commissie oordeelt dat sprake is van direct onderscheid op grond van leeftijd dat objectief is gerechtvaardigd. De betreffende anticumulatiebepaling voorkomt dat medewerkers in een bepaalde leeftijdsgroep voor twee regelingen in aanmerking komen en voorkomt daarmee discriminatie van jongere medewerkers.

2008-47

Terrein: arbeid
Dictum: strijd met de wet; onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Een bedrijf handelt in strijd met de wet en maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht bij de aanbieding van en de vervulling van een vacature.

Een bedrijf plaatst een advertentie met daar in de tekst: "Onze voorkeur gaat uit naar een mannelijke kandidaat tussen de 20 en 25 jaar met een diploma op MBO niveau." Een kandidaat van 39 jaar solliciteert desalniettemin. Na het sollicitatiegesprek dat plaatsvindt, wordt de kandidaat alsnog afgewezen. De Commissie oordeelt dat de tekst van de advertentie in strijd is met de wet. De kandidaat heeft echter onvoldoende feiten gesteld die onderscheid op grond van leeftijd doen vermoeden bij de behandeling van de vervulling van een vacature. Het bedrijf was op de hoogte van de leeftijd van de kandidaat, waaruit blijkt dat het leeftijdscriterium niet als zodanig wordt toegepast, nu zij de kandidaat heeft uitgenodigd voor een gesprek. Ambtshalve oordeelt de Commissie dat het bedrijf in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving door ongemotiveerd in de tekst van de advertentie te vermelden dat zij de voorkeur geeft aan een mannelijke kandidaat.

2008-57

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd door een sollicitant af te wijzen, omdat hij volgens het uitzendbureau is overgekwalificeerd voor de functie.

Een uitzendbureau heeft een sollicitant afgewezen voor de functie van medewerker bewindvoering meerderjarigen. De opdrachtgever had een maximum salarisindicatie gesteld, waaruit het uitzendbureau de conclusie had getrokken dat het om een startersfunctie ging. Het uitzendbureau wees de sollicitant af voor de functie, omdat zij de man gezien zijn CV overgekwalificeerd achtte voor de functie. De Commissie oordeelt dat geen sprake is van direct onderscheid. Door de man af te wijzen, omdat hij geen starter is, heeft het uitzendbureau wel indirect onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Nu geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is voor het onderscheid heeft het uitzendbureau in strijd gehandeld met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

2008-59

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Gymnasium maakt verboden leeftijdsonderscheid door docent af te wijzen vanwege leeftijd. Financieel economische argumenten vormen geen objectieve rechtvaardiging.

Een man solliciteerde bij een gymnasium voor de functie van docent Duits en werd afgewezen vanwege zijn leeftijd.
Beheersing van de loonkosten vormt geen objectieve rechtvaardiging voor dit leeftijdsonderscheid. Het gymnasium heeft weliswaar aangetoond dat de wijzigingen in het bekostigingssysteem voor dit gymnasium met relatief veel oudere docenten nadelig uitvalt, maar het gymnasium heeft onvoldoende concreet aangetoond dat dit het gymnasium noodzaakt bij de sollicitatie leeftijdsonderscheid te maken.
Ook de overige argumenten van de school - evenwichtige personeelsopbouw en waarborgen van continuïteit - vormen geen objectieve rechtvaardiging.
Naast leeftijd klaagde de man ook over onderscheid op grond van geslacht. Aangezien het gymnasium een voorkeur had uitgesproken voor een man, concludeert de Commissie dat met dit selectiecriterium geen onderscheid ten nadele van de man wordt gemaakt.

2008-60

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Gymnasium maakt verboden leeftijdsonderscheid door docent af te wijzen vanwege leeftijd. Financieel economische argumenten vormen geen objectieve rechtvaardiging.

Een man solliciteerde bij een gymnasium voor de functie van docent Duits en werd afgewezen vanwege zijn leeftijd.
Beheersing van de loonkosten vormt geen objectieve rechtvaardiging voor dit leeftijdsonderscheid. Het gymnasium heeft weliswaar aangetoond dat de wijzigingen in het bekostigingssysteem voor
dit gymnasium met relatief veel oudere docenten nadelig uitvalt, maar het gymnasium heeft onvoldoende concreet aangetoond dat dit het gymnasium noodzaakt bij de sollicitatie leeftijdsonderscheid te maken.
Ook de overige argumenten van de school - evenwichtige personeelsopbouw en waarborgen van continuïteit - vormen geen objectieve rechtvaardiging.

2008-62

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; strijd met de wet**

Samenvatting:
Restaurant maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd bij aanbieding betrekking door in advertentietekst een leeftijdsgrens te vermelden. Strijd met de wet door de leeftijdsgrens niet te motiveren.

Een restaurant heeft in een personeelsadvertentie gevraagd om een hulp in de spoelkeuken van ongeveer 18 jaar. Daarmee wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Het restaurant heeft geen objectieve rechtvaardiging aangevoerd. Het gemaakte onderscheid is derhalve verboden.
Tevens is in strijd met artikel 9 WGBL gehandeld, omdat de leeftijdsgrens in de personeelsadvertentie niet is gemotiveerd.

2008-65

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van een Sociaal Plan werknemers vanaf 60-jaar niet in aanmerking te laten komen voor vergoeding op basis van kantonrechtersformule.

Een uitgeversbedrijf past in het kader van een reorganisatie een Sociaal Plan toe. Als gevolg van de reorganisatie ontvangt een man op basis van de ouderenregeling in het Sociaal Plan bij beëindiging van zijn dienstverband een VUT-uitkering, waarbij zijn pensioenopbouw wordt voortgezet. Jongere werknemers kunnen onder voorwaarden gebruik maken van een vertrekstimuleringsregeling, gebaseerd op de kantonrechtersformule.
Aangezien het verschil in behandeling rechtstreeks gebaseerd is op het geboortejaar van de werknemer, is sprake van onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Het doel van het Sociaal Plan is om de werknemers waar nodig en in redelijke mate te compenseren voor de gevolgen van ontslag als gevolg van de reorganisatie. Voor de werknemers die gebruik kunnen maken van de VUT ligt de nadruk op het bieden van inkomenszekerheid in verband met hun arbeidsmarktpositie. De vakbonden hebben ingestemd met deze regeling. Mede hierom biedt het Sociaal Plan een passend en noodzakelijk middel en is er geen sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-66

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van een Sociaal Plan werknemers vanaf 60-jaar niet in aanmerking te laten komen voor vergoeding op basis van kantonrechtersformule.

Een uitgeversbedrijf past in het kader van een reorganisatie een Sociaal Plan toe. Als gevolg van de reorganisatie ontvangt een man op basis van de ouderenregeling in het Sociaal Plan bij beëindiging van zijn dienstverband een VUT-uitkering, waarbij zijn pensioenopbouw wordt voortgezet. Jongere werknemers kunnen onder voorwaarden gebruik maken van een vertrekstimuleringsregeling, gebaseerd op de kantonrechtersformule.
Aangezien het verschil in behandeling rechtstreeks gebaseerd is op het geboortejaar van de werknemer, is sprake van onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Het doel van het Sociaal Plan is om de werknemers waar nodig en in redelijke mate te compenseren voor de gevolgen van ontslag als gevolg van de reorganisatie. Voor de werknemers die gebruik kunnen maken van de VUT ligt de nadruk op het bieden van inkomenszekerheid in verband met hun arbeidsmarktpositie. De vakbonden hebben ingestemd met deze regeling. Mede hierom biedt het Sociaal Plan een passend en noodzakelijk middel en is er geen sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-67

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van een Sociaal Plan werknemers vanaf 60-jaar niet in aanmerking te laten komen voor vergoeding op basis van kantonrechtersformule.

Een uitgeversbedrijf past in het kader van een reorganisatie een Sociaal Plan toe. Als gevolg van de reorganisatie ontvangt een man op basis van de ouderenregeling in het Sociaal Plan bij beëindiging van zijn dienstverband een VUT-uitkering, waarbij zijn pensioenopbouw wordt voortgezet. Jongere werknemers kunnen onder voorwaarden gebruik maken van een vertrekstimuleringsregeling, gebaseerd op de kantonrechtersformule.
Aangezien het verschil in behandeling rechtstreeks gebaseerd is op het geboortejaar van de werknemer, is sprake van onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Het doel van het Sociaal Plan is om de werknemers waar nodig en in redelijke mate te compenseren voor de gevolgen van ontslag als gevolg van de reorganisatie. Voor de werknemers die gebruik kunnen maken van de VUT ligt de nadruk op het bieden van inkomenszekerheid in verband met hun arbeidsmarktpositie. De vakbonden hebben ingestemd met deze regeling. Mede hierom biedt het Sociaal Plan een passend en noodzakelijk middel en is er geen sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-68

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van een Sociaal Plan werknemers vanaf 60-jaar niet in aanmerking te laten komen voor vergoeding op basis van kantonrechtersformule.

Een uitgeversbedrijf past in het kader van een reorganisatie een Sociaal Plan toe. Als gevolg van de reorganisatie ontvangt een man op basis van de ouderenregeling in het Sociaal Plan bij beëindiging van zijn dienstverband een VUT-uitkering, waarbij zijn pensioenopbouw wordt voortgezet. Jongere werknemers kunnen onder voorwaarden gebruik maken van een vertrekstimuleringsregeling, gebaseerd op de kantonrechtersformule.
Aangezien het verschil in behandeling rechtstreeks gebaseerd is op het geboortejaar van de werknemer, is sprake van onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Het doel van het Sociaal Plan is om de werknemers waar nodig en in redelijke mate te compenseren voor de gevolgen van ontslag als gevolg van de reorganisatie. Voor de werknemers die gebruik kunnen maken van de VUT ligt de nadruk op het bieden van inkomenszekerheid in verband met hun arbeidsmarktpositie. De vakbonden hebben ingestemd met deze regeling. Mede hierom biedt het Sociaal Plan een passend en noodzakelijk middel en is er geen sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-69

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van een Sociaal Plan werknemers vanaf 60-jaar niet in aanmerking te laten komen voor vergoeding op basis van kantonrechtersformule.

Een uitgeversbedrijf past in het kader van een reorganisatie een Sociaal Plan toe. Als gevolg van de reorganisatie ontvangen twee werknemers van het bedrijf op basis van de ouderenregeling in het Sociaal Plan bij beëindiging van hun dienstverband VUT-uitkeringen, waarbij hun pensioenopbouw wordt voortgezet. Jongere werknemers kunnen onder voorwaarden gebruik maken van een vertrekstimuleringsregeling, gebaseerd op de kantonrechtersformule.
Aangezien het verschil in behandeling rechtstreeks gebaseerd is op het geboortejaar van de werknemer, is sprake van onderscheid op grond van leeftijd.
Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Het doel van het Sociaal Plan is om de werknemers waar nodig en in redelijke mate te compenseren voor de gevolgen van ontslag als gevolg van de reorganisatie. Voor de werknemers die gebruik kunnen maken van de VUT ligt de nadruk op het bieden van inkomenszekerheid in verband met hun arbeidsmarktpositie.
De vakbonden hebben ingestemd met deze regeling. Mede hierom biedt het Sociaal Plan een passend en noodzakelijk middel en is er geen sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-70

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Conceptpensioenregeling met 21 jaar als toetredingsleeftijd is in strijd met de wet.

Een werkgever heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of de voorgenomen uitbreiding van haar pensioenregeling strijd oplevert met de wet gelijke behandeling op grond van leeftijd. De werkgever is voornemens de toetredingsleeftijd te verlagen van 25 naar 21 jaar.
De werkgever wil voor de leeftijdscategorie van 21 tot 25 jaar een percentage van 8,1 % van de pensioengrondslag hanteren, voor de werknemers van 25 jaar en ouder wil zij het huidige percentage van 9,8 % blijven hanteren. De Commissie vindt het leeftijdsonderscheid dat op deze wijze wordt gemakt niet objectief gerechtvaardigd omdat de werkgever er ook voor zou kunnen kiezen het percentage van 9,8 % voor alle leeftijden (dus ook voor 21tot 25-jarigen) te hanteren. Het argument van de werkgever dat het hanteren van een percentage van 9,8 % voor 21 tot 25-jarigen bezwaarlijk is vanwege fiscale bovenmatigheid, slaagt niet.

2008-72

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid naar leeftijd bij behandeling van vervulling betrekking dierenartsassistent

Een vrouw van 49 jaar stuurt een open sollicitatiebrief voor de functie van dierenartsassistent naar een dierenartspraktijk. In de afwijzingsbrief is opgenomen dat zij vanwege haar leeftijd geen dierenartsassistent meer kan worden. De dierenartspraktijk slaagt er niet in te bewijzen dat de vrouw niet (mede) vanwege haar leeftijd is afgewezen. Daarom is sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-77

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Niet is gebleken dat een bedrijf onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door een man niet in aanmerking te laten komen voor een functie op de IT-afdeling.

Een man heeft op basis van een arbeidsovereenkomst met een detacheringsbureau werkzaamheden verricht voor een autoleasemaatschappij op de IT-afdeling. Het was de bedoeling dat de man na afloop van de detacheringsperiode bij het bedrijf in dienst zou treden. De man stelt dat hij niet is aangenomen vanwege zijn leeftijd. Het bedrijf heeft gemotiveerd betwist dat zijn leeftijd de reden is dat hij niet is geselecteerd voor de functie van java-ontwikkelaar. De Commissie oordeelt dat de man er niet in is geslaagd het vermoeden aannemelijk te maken dat het bedrijf jegens hem onderscheid op grond van zijn leeftijd heeft gemaakt.

2008-79

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij afwijzing sollicitant voor de functie van verkoopmedewerker. Het bedrijf heeft het vermoeden dat leeftijd (mede) een rol heeft gespeeld bij de afwijzing van de sollicitant niet weerlegd.
Een vrouw wordt afgewezen voor de functie van verkoopmedewerker bij een kledingwinkel. Een medewerker van de kledingwinkel verklaart per e-mail dat haar leeftijd de reden is van de afwijzing. Hiermee is het vermoeden gevestigd dat onderscheid is gemaakt op grond van leeftijd. De kledingwinkel stelt dat gebrek aan ervaring de werkelijke reden was om de vrouw af te wijzen. De medewerker wilde de vrouw echter niet kwetsen en heeft daarom de suggestie van de vrouw dat haar leeftijd de reden zou zijn, bevestigd. De Commissie overweegt dat de kledingwinkel hiermee nog niet heeft bewezen dat leeftijd geen rol speelde bij de afwijzing en oordeelt dat jegens de vrouw verboden onderscheid op grond van leeftijd is gemaakt. Aanbeveling om selectieprocedure en selectiecriteria beter inzichtelijk te maken voor sollicitanten en de sollicitatieprocedure schriftelijk vast te leggen.

2008-80

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Rechtsgevolgen van voor 1 mei 2004 gemaakt onderscheid op grond van leeftijd leven niet voort.

Een werkneemster wordt aanvankelijk op grond van leeftijd ingeschaald. Met het inwerking treden van de WGBL wordt ook een nieuwe cao met een nieuw functiewaarderingssysteem ingevoerd. In het nieuwe systeem speelt leeftijd geen rol meer. Alle werknemers worden volgens het nieuwe systeem ingeschaald.
De Commissie oordeelt dat in zaken waarbij beloningsverschillen op grond van leeftijd een rol spelen, de zogenoemde 'maatmanmethode' in beginsel niet zal worden toegepast. Een partij die om een oordeel verzoekt zal, zoals gebruikelijk in de gelijkebehandelingswetgeving, feiten aan moeten voeren die onderscheid op grond van leeftijd doen vermoeden. Nu in het nieuwe systeem leeftijd geen rol meer speelt en alle werknemers opnieuw zijn in geschaald, heeft de werkneemster in dit geval onvoldoende feiten aangevoerd die onderscheid op grond van leeftijd doen vermoeden.

2008-83

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsbemiddeling.

Een man maakt bij een arbeidsbemiddelende instelling kenbaar belangstelling te hebben voor de functie van logistiek manager bij een opdrachtgever. De arbeidsbemiddelende instelling deelt de man per e-mail mee, dat zij hem niet in de procedure zal betrekken "vanwege leeftijdscriteria".

De Commissie oordeelt dat sprake is van vermoeden van leeftijdsonderscheid. De instelling is er niet in geslaagd dit vermoeden te weerleggen. De Commissie concludeert dat sprake is geweest is geweest van verboden onderscheid bij de arbeidsbemiddeling.

2008-88

Terrein: arbeid
Dictum: strijd met de wet

Samenvatting:
Strijd met de wet door leeftijdgrenzen in de personeelsadvertentie niet te motiveren.

Een bedrijf heeft een personeelsadvertentie geplaatst in een lokaal weekblad voor verschillende functies. In de advertentie is - voor zover relevant- de volgende tekst opgenomen. "Projectmanager, leeftijd 20-30 jaar, Partymanager, leeftijd 25-35 jaar en afwasser, leeftijd vanaf 18 jaar". Omdat het bedrijf de leeftijdgrenzen in de personeelsadvertentie niet heeft gemotiveerd, heeft het bedrijf in strijd met artikel 9 WGBL gehandeld.

2008-89

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbieding van een betrekking, door te vragen naar kandidaten met drie tot vijf jaar werkervaring. Strijd met de WGBL door de reden van het onderscheid niet te vermelden in de advertentietekst.

Een werving- en selectiebureau heeft een advertentie geplaatst voor één van zijn opdrachtgevers waarin wordt gevraagd naar kandidaten met drie tot vijf jaar werkervaring. De Commissie oordeelt dat hierdoor indirect onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, omdat door het stellen van deze eis met name oudere kandidaten worden uitgesloten. Het bedrijf heeft de ervaringseis opgenomen met als doel enige richting te geven aan het profiel. De Commissie oordeelt dat dit doel ook kan worden bereikt door uitgebreider te beschrijven welke competenties en vaardigheden vereist zijn voor de functie en/of nog specifieker te beschrijven welke functietaken de werknemer dient uit te voeren. Dit betekent dat er geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is voor het gemaakte leeftijdsonderscheid. Het bedrijf heeft tevens in strijd gehandeld met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid door de reden van het onderscheid niet te vermelden in de advertentietekst.

2008-90

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:
Een bedrijf maakt onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbieding van een betrekking en handelt in strijd met de WGBL door in een personeelsadvertentie een ongemotiveerde leeftijdseis op te nemen.

Een bedrijf heeft in een weekblad een personeelsadvertentie geplaatst, waarin zij vraagt naar personeel tussen de 20 en 30 jaar. Desgevraagd is geen rechtvaardiging gegeven voor het gemaakte onderscheid op grond van leeftijd. De Commissie oordeelt dat het bedrijf verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de aanbieding van een betrekking. Voorts handelt het bedrijf in strijd met de WGBL, door in de advertentietekst niet de grond te vermelden van de gestelde leeftijdseis.

2008-93

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Bedrijf maakt onderscheid op grond van leeftijd door te vragen naar kandidaten tussen de 30 en 45 jaar.

Een anti-discriminatiebureau wijst een bedrijf erop dat zij een ongemotiveerde leeftijdseis stellen. Desgevraagd deelt de directeur het bureau mede dat hij "zelf wel bepaalt welke mensen hij in dienst neemt". Het anti-discriminatiebureau dient vervolgens een verzoek in bij de Commissie. Het bedrijf wil echter niet op het verzoek reageren binnen de door de Commissie gestelde termijnen. De Commissie oordeelt dat zowel het bedrijf verboden onderscheid maakt op grond van leeftijd door deze leeftijdsgrenzen te stellen en tevens dat de advertentietekst in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.

2008-96

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Niet is gebleken dat pensioenfonds onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt bij vaststelling van hoogte van vervroegd ouderdomspensioen van WAO-gerechtigde deelnemer.

In een pensioenregeling is bepaald dat de uitkering voor vervroegd ouderdomspensioen van een deelnemer die zijn uitkering na de uittredingsrichtdatum laat ingaan, actuarieel wordt verhoogd. Ook een deelnemer die recht heeft op WAO–uitkering, heeft aanspraak op actuariële verhoging, echter uitsluitend over het vervroegd ouderdomspensioen, verminderd met de WAO-uitkering. Hierdoor ontvangt een deelnemer met een WAO-uitkering een lager percentage van het pensioengevend loon aan vervroegd ouderdomspensioen dan een niet arbeidsongeschikte deelnemer. De Commissie is van oordeel dat niet is gebleken dat het pensioenfonds onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte jegens een deelnemer die recht heeft op een WAO-uitkering. Hiertoe is overwogen dat de situatie van de deelnemer niet als een gelijk geval kan worden aangemerkt in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving in vergelijking met deelnemers die geen recht hebben op een WAO-uitkering voor wat betreft de hoogte van het vervroegd ouderdomspensioen bij uittreden na de uittredingsrichtdatum.

2008-98

Terrein: arbeid
Dictum: niet-ontvankelijk; geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Verzoek afgewezen door ontbreken belang. Geen verboden onderscheid bij bevriezing salaris vanwege harmonisering arbeidsvoorwaarden na fusies.

Twee medewerkers stellen dat sprake is van ongelijke behandeling op grond van leeftijd. Hun werkgever is ontstaan uit een aantal fusies en in overleg met vakbonden is een cao tot stand gekomen waarin getracht is de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren. De functies zijn opnieuw gewogen en de medewerkers zijn opnieuw ingeschaald. Dit heeft tot gevolg gehad dat sommige medewerkers lager werden ingeschaald dan voorheen en dat zij 'bovenschalig' zijn geworden. Wel behouden deze bovenschalige medewerkers hun oude salaris. Daarnaast zijn maatregelen getroffen om de groei van de salarissen van medewerkers die bovenschalig zijn te beperken. Eén van die maatregelen is de bevriezing van het salaris met betrekking tot de algemene cao-aanpassingen indien het salaris van een bovenschalige medewerker hoger

ligt dan het maximum van de naasthogere functieschaal. Deze bevriezing geldt echter niet voor medewerkers vanaf 55 jaar. De twee medewerkers stellen dat er sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd.
De Commissie oordeelt dat één van de twee geen belang heeft, omdat hij bij het inwerking treden van deze maatregel reeds de leeftijd van 58 jaar heeft en dus geen nadeel zal ondervinden. Ten aanzien van de tweede medewerker constateert de Commissie dat de werkgever en de vakbonden die betrokken waren uitgebreid gemotiveerd hebben waarom zij voor deze leeftijdsgrens hebben gekozen. Het beschermen van de arbeidsmarktpositie van de oudere medewerker, in het licht van alle andere maatregelen die de cao-partijen overeengekomen zijn, acht de Commissie in dit geval een voldoende objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Geen verboden onderscheid.

2008-99

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen vermoeden van direct onderscheid op grond van geslacht en/of indirect onderscheid op grond van leeftijd bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking en bij de sollicitatieprocedure.

Een man heeft in 2003 en 2007 gesolliciteerd naar de functie van verloskundige bij een ziekenhuis. Het ziekenhuis heeft de man beide keren schriftelijk afgewezen. In 2008 heeft de man, na telefonische informatie van een medewerker van het ziekenhuis, ervan afgezien om te solliciteren naar de openstaande functie van verloskundige. De man heeft dit gesprek zonder medeweten van zijn gesprekspartner opgenomen.
De man is er niet in geslaagd feiten naar voren te brengen die onderscheid op grond van geslacht en/of leeftijd kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid.

2008-100

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een werkgever maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door een werknemer compensatie te weigeren voor het vervallen van de VUT-regeling.

Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet VPL zijn de fiscale faciliteiten voor VUT-regeling en prepensioen vervallen. Voor het vervallen van het recht op vutuitkering heeft de werkgever voor werknemers die geboren zijn in 1950 en later, een compensatieregeling getroffen. Hierin is bepaald dat alleen werknemers die op 1 januari 2005 47 jaar waren, recht hebben op een compensatie. Reden daarvoor is dat alleen voor deze leeftijdsgroep een vutvoorziening kon worden gereserveerd op grond van de Richtlijnen voor de Jaarverslaglegging en de fiscaal toegestane reserveringstermijn van maximaal 15 jaar. Bij een langere reservering zou vennootschapbelasting verschuldigd zijn.
De Commissie oordeelt dat de werkgever met de keuze voor deze compensatieregeling heeft beoogd een financieringsmethode te gebruiken waartoe geen verplichting bestond en waarmee ook geen enkele relatie is met de compensatieregeling. Het doel voldoet derhalve niet aan de werkelijke behoefte en is dan ook niet legitiem. De werkgever maakt verboden onderscheid.

2008-101

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
CAO-partijen maken verboden onderscheid op grond van leeftijd bij het overeenkomen van een compensatieregeling voor het vervallen van de VUT-regeling.

Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet VPL zijn de fiscale faciliteiten voor VUT-regeling en prepensioen vervallen. CAO-partijen zijn een compensatieregeling overeengekomen voor het vervallen van het recht op een vut-uitkering voor werknemers die geboren zijn in 1950 en later. Ingevolge deze compensatieregeling wordt alleen aan werknemers die op 1 januari 2005 47 jaar waren een compensatie verstrekt. Reden daarvoor is dat volgens de CAO-partijen alleen voor deze groep een vut-voorziening kon worden gereserveerd op grond van de Richtlijnen voor de Jaarverslaglegging en de fiscaal toegestane reserveringstermijn van maximaal 15 jaar. Bij een langere reservering zou vennootschapbelasting verschuldigd zijn.
De Commissie oordeelt dat de CAO-partijen met de keuze voor deze compensatieregeling hebben beoogd een financieringsmethode te gebruiken waartoe geen verplichting bestond en waarmee ook geen enkele relatie is met de compensatieregeling. Het doel voldoet derhalve niet aan de werkelijke behoefte en is dan

ook niet legitiem. CAO-partijen maken verboden onderscheid.

2008-103

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd jegens boswachters bij toepassing salarisgarantie aan 55-plussers.

Als gevolg van een roosterwijziging wordt het aantal te werken onregelmatige uren teruggebracht, waardoor een aantal boswachters een deel van hun vaste onregelmatigheidstoeslag kwijtraakt. De cao voorziet in een afbouwregeling in drie periodes. De cao bevat een uitzondering voor ambtenaren van 55 jaar en ouder. Zij behouden hun volledige toeslag. De boswachters jonger dan 55 jaar stellen dat er sprake is van ongelijke behandeling op grond van leeftijd. De gemeente verweert zich door aan te voeren dat de garantieregeling voor 55-plussers eigenlijk met de invoering van de middelloonregeling voor pensioenen, had moeten worden geschrapt en niet had mogen worden toegepast, maar dat zij niet verplicht is een gemaakte fout opnieuw te maken. De Commissie oordeelt dat de regeling is toegepast en dat de toepassing ook niet op een fout berust. Er is sprake van onderscheid op grond van leeftijd. De gemeente zelf heeft aangegeven dat er voor de regeling geen objectieve rechtvaardiging meer bestaat, zodat de Commissie aan een beoordeling daarvan niet toekomt. Verboden onderscheid. De Commissie constateert dat dit onderscheid ertoe leidt dat de betreffende bepaling nietig is. De gevolgen van nietigheid zijn niet op voorhand duidelijk. Per geval moet naar een oplossing worden gezocht. De Commissie beveelt de gemeente aan een oplossing te zoeken die de eisen van de redelijkheid en billijkheid het dichtst benaderd en het verschil tussen de oudere en jongere boswachters zo veel mogelijk opheft.

2008-105

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een bemiddelingsbureau maakt onderscheid op grond van leeftijd door te weigeren een cv op de site te plaatsen.

Een leraar in het openbaar primair onderwijs stuurt een open sollicitatie naar een bemiddelingsbureau. Het bemiddelingsbureau faciliteert werknemers en werkgevers in het onderwijs door de vraag naar en het aanbod van arbeid bij elkaar te brengen op een website. De leraar krijgt een e-mail met daarin de mededeling dat het cv niet op de site zal worden geplaatst omdat oudere leerkrachten moeilijk bemiddelbaar zijn. Het bemiddelingsbureau maakt daarmee onderscheid op grond van leeftijd.

2008-106

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een vakorganisatie maakt verboden onderscheid naar leeftijd bij de aanbieding van een betrekking door in een advertentie voor een beginnersconsulent een leeftijdsindicatie op te nemen.

In de advertentie van een vakorganisatie voor de functie Beginnersconsulent is een leeftijdsindicatie opgenomen, te weten dat met name jongeren onder de 35 jaar worden uitgenodigd om te solliciteren, omdat zij zich beter kunnen herkennen in de belevingswereld van jongeren in het onderwijs. Een man, 50 jaar, heeft vanwege deze leeftijdsindicatie in de advertentietekst niet gesolliciteerd naar de functie Beginnersconsulent.
De Commissie oordeelt dat de vakorganisatie niet in strijd heeft gehandeld met artikel 9 WGB, omdat de reden voor het gemaakte leeftijdsonderscheid in de advertentie is genoemd. Naar het oordeel van de Commissie is het gemaakte leeftijdsonderscheid in de advertentie niet objectief gerechtvaardigd. Het aantrekken van jonge leden is noodzakelijk voor de continuïteit van de vakorganisatie en derhalve voldoende zwaarwegend. Het doel is niet discriminerend. Het middel, een leeftijdsindicatie in de advertentietekst, is volgens de Commissie niet noodzakelijk om dit doel te bereiken. De stelling van de vakorganisatie dat jongeren zich in het algemeen beter in elkaar herkennen, brengt nog niet de noodzaak mee om voor het werven van nieuwe leden ook een consulent tot een bepaalde leeftijd in dienst te nemen. Bovendien zijn er alternatieven.
Verboden onderscheid.

2008-107

Terrein: sociale bescherming
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij ondersteuning bijstandsgerechtigde bij opzetten eigen bedrijf.

Een bijstandsgerechtigde vrouw doet zij een beroep op een regeling (Bbz) die voorziet in de ondersteuning van bijstandsgerechtigden bij het opzetten van een eigen bedrijf. De gemeente geeft uitvoering aan de regeling. De vrouw meent dat de gemeente haar tegenwerkt, althans te weinig ondersteuning biedt bij het opzetten van een eigen bedrijf omdat zij een zestigjarige, zwarte vrouw is van Surinaamse afkomst. Zij stelt dat de gemeente jegens haar onderscheid maakt op grond van haar ras, geslacht en/of leeftijd bij de uitvoering van de regeling, in het bijzonder met betrekking tot de (financiële) begeleiding bij het opzetten van haar eigen onderneming. De AWGB verbiedt onderscheid bij de sociale bescherming alleen met betrekking tot de grond ras. De Commissie is daarom niet bevoegd te beoordelen of onderscheid is gemaakt op grond van geslacht en/of leeftijd. Dat neemt niet weg dat sekse en leeftijd wel van invloed kunnen zijn op het al dan niet voorkomen van onderscheid op grond van ras en dat daarmee bij de beoordeling rekening kan worden gehouden. De gemeente betwist gemotiveerd alle stellingen van de vrouw. Er zijn dan ook geen feiten die kunnen doen vermoeden dat bij de uitvoering van de Bbz jegens de vrouw onderscheid is gemaakt op grond van ras. De Commissie oordeelt dat niet is gebleken dat de gemeente jegens de vrouw in strijd heeft gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van ras.

2008-108

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij assessment.

Een man van Surinaams-Javaanse afkomst solliciteert bij een bouwonderneming. Na vijf gesprekken en een assessment wordt de man afgewezen. In het assessmentrapport wordt onder meer geopperd dat mogelijk sprake is van een 'cultuurverschil'. De man meent dat uit het rapport blijkt dat de assessoren zich bij hun beoordeling van zijn geschiktheid hebben laten beïnvloeden door cultuurgerelateerde vooroordelen over allochtonen, meer in het bijzonder over Surinamers.
Het assessmentbureau bestrijdt deze lezing en licht toe dat 'cultuurverschil' in dit verband moet worden begrepen als een verwijzing naar een verschil in opvatting over hetgeen werkgevers van werknemers mogen verwachten.
De man meent dat ook zijn leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing, aangezien in het assessmentrapport expliciet naar zijn leeftijd wordt verwezen in relatie tot de suggestie dat hij beter naar een andere functie kon zoeken.
De bouwonderneming wijst dat de afkomst en leeftijd van de man haar al duidelijk waren uit zijn brief en na het eerste gesprek. Als zij dat een probleem had gevonden had zij niet vijf gesprekken met hem gevoerd en een assessment laten afnemen.
De Commissie overweegt dat de bouwonderneming gemotiveerd de stellingen van de man heeft weerlegd en hij er niet in is geslaagd feiten naar voren te brengen die kunnen doen vermoeden dat zijn afkomst en of leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. De Commissie oordeelt daarom dat er geen feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat de bouwonderneming jegens de man onderscheid heeft gemaakt op grond van ras en of leeftijd. Geen onderscheid.

2008-113

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Een bedrijf maakt jegens een sollicitant geen verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de vervulling van de openstaande betrekking.

Een bedrijf dat op zoek was naar serveersters en kelners, wijst een man, die geboren is op 11 oktober 1947, af voor de functie van kelner. Uit de overgelegde arbeidsovereenkomsten van medewerkers die in de zomer van 2007 zijn aangenomen, blijkt dat het bedrijf niet heeft geselecteerd op leeftijd. Immers voor dezelfde functie waarnaar de man had gesolliciteerd, heeft het bedrijf personen van verschillende leeftijden aangenomen. Van belang is voorts dat het bedrijf medewerkers van 30 jaar of ouder in dienst heeft, van wie vijf ouder zijn dan 48 jaar. Het bedrijf is erin is geslaagd te bewijzen dat de leeftijd van de man geen rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Geen onderscheid.

2008-117

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; strijd met de wet**

Samenvatting:
Aanbieding vacatures aan dames van dertig jaar of ouder: verboden onderscheid en strijd met de wet .

Een bedrijf heeft in een weekblad een personeelsadvertentie geplaatst, waarin zij vraagt naar dames die dertig jaar of ouder zijn voor functies in de horeca. Desgevraagd is geen rechtvaardiging gegeven voor het gemaakte onderscheid op grond van geslacht en leeftijd. De Commissie oordeelt dat het bedrijf in strijd met de wet heeft gehandeld en verboden onderscheid heeft gemaakt bij de aanbieding van een betrekking. Voorts handelt het bedrijf in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving, door in de advertentietekst niet de grond te vermelden van de gestelde leeftijdseis.

2008-118

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; strijd met de wet**

Samenvatting:
Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht bij de aanbieding van betrekking en handelt in strijd met de wet.

Een bedrijf plaatst een advertentie met daarin de tekst: "Wij vragen met spoed voor ons filiaal in X zaterdaghulpen voor in de winkel en een jonge man voor diverse schoonmaakwerkzaamheden op zaterdag."
Bij het gebruik van het criterium "jong" wordt rechtstreeks verwezen naar leeftijd. Door het stellen van een dergelijke leeftijdseis maakt het bedrijf direct onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbieding van een betrekking. Door expliciet te vragen naar een man, maakt het bedrijf tevens direct onderscheid op grond van geslacht bij de aanbieding van een betrekking. Daarnaast handelt het bedrijf in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, door in de personeelsadvertentie een ongemotiveerde leeftijdseis te stellen. Tevens handelt het bedrijf in strijd met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, door in de personeelsadvertentie te vragen naar een man.
Verboden onderscheid en in strijd met de wet.

2008-125 tussenoordeel

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid;oordeel aangehouden**

Samenvatting:
Uitsluiting deelname aan seniorenregeling leidt tot verboden onderscheid vanwege tijdelijke karakter van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten. Oordeel over leeftijdsonderscheid in seniorenregeling aangehouden.

CAO-partijen bij een bedrijfstak-CAO vragen de Commissie te beoordelen of een vakantieregeling en een afbouwregeling in strijd zijn met de WGBL.
Aangezien deze regelingen alleen van toepassing zijn op werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is de rechtsvraag uitgebreid met de vraag of deze in strijd zijn met het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De CAO-partijen zijn het erover eens dat voor het onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst geen argumenten zijn. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op deze grond.
CAO-partijen hebben de doelstelling van het leeftijdsonderscheid niet kunnen achterhalen. Bij CAO-partijen bestaat de behoefte om beleid te voeren om uitval van (oudere) werknemers, vanwege afnemende belastbaarheid en toenemende belasting van hun functies, tegen te gaan. In afwachting van de vaststelling van een leeftijdsbewust personeelsbeleid, houdt de Commissie haar oordeel over het leeftijdsonderscheid bij de vakantieregeling en de afbouwregeling aan.

2008-132

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid**

Samenvatting:
64-jarige man mede op grond van leeftijd afgewezen als bedrijfsadviseur.

Een 64-jarige man solliciteert naar de functie van bedrijfsadviseur, inhoudende dat hij startende ondernemers in achterstandswijken moet begeleiden. Als hij afgewezen wordt, stuurt hij een mail naar verweerster met de tekst: 'Wellicht de leeftijd?', waarop hij als antwoord krijgt: 'Helaas moeten wij toegeven dat uw leeftijd bij uw afwijzing een rol heeft gespeeld.' Hoewel de werkgever stelt dat het hierbij om een fout ging en dat de man om andere re-

denen is afgewezen, overweegt de Commissie dat dit soort fouten aan de werkgever moeten worden toegerekend. Verboden onderscheid. Aangezien voorts ter zitting naar voren is gekomen dat de werkgever een afspiegelingsbeleid voert dat geënt is op de bevolkingssamenstelling van de desbetreffende achterstandswijken, doet de Commissie een aanbeveling dit duidelijk te maken door een wettelijk toegestaan voorkeursbeleid toe te passen en door zodanige, kenbare functie-eisen te stellen, dat de kandidaten die de werkgever graag wil aantrekken op de vacature solliciteren.

2008-136

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Minister maakt verboden leeftijdsonderscheid door een 61-jarige man af te wijzen als lid adviesorgaan.

Een 61-jarige man van Nederlandse afkomst solliciteert naar het lidmaatschap van een raad die de Minister van Justitie adviseert. Bij het besluit om hem af te wijzen betrekt de Minister de leeftijd van de sollicitant. Oudere autochtone mannen zijn oververtegenwoordigd in de raad. De Minister wil dat veranderen omdat hij verwacht dat een gevarieerd samengestelde raad diversiteit in deskundigheid en inzicht zal bevorderen en herkenning en daarmee draagvlak bij de doelgroep zal bevorderen. De Commissie acht beide doelen legitiem, mede vanwege de maatschappelijke functie van de raad. De Commissie acht selectie (mede) op grond van leeftijd echter geen geschikt middel om brede deskundigheid te bevorderen, omdat er tussen leeftijd en deskundigheid geen rechtstreeks verband bestaat. Omdat verweerder niet heeft onderzocht in hoeverre de raad inderdaad kampt met een imagoprobleem en in welke mate dat afbreuk doet aan het draagvlak voor zijn werk, oordeelt de Commissie dat de maatregel niet proportioneel is.

2008-137

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van hulpkracht in modezaak niet verlengd vanwege leeftijd.

Een vrouw van 21 jaar heeft drie opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gehad, aanvankelijk als parttimer, laatstelijk als hulpkracht in een modezaak. Ondanks goed functioneren krijgt zij hierna geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als reden daarvoor heeft haar leidinggevende haar per abuis medegedeeld dat het met haar leeftijd te maken heeft. De exploitant van de modezaak stelt echter dat de reden hiervoor is gelegen in een bezuinigingsoperatie, waarbij hulpkrachten op elk moment van de week beschikbaar moeten zijn, om zo flexibel te worden ingezet. De Commissie oordeelt dat het handelen van de leidinggevende exploitant wordt aangerekend, al was dat gebaseerd op een verkeerde interpretatie van haar bezuinigingsoperatie. De vrouw in kwestie volgde een studie. Haar is niet gevraagd of ze flexibel inzetbaar was. Bovendien blijkt uit cijfers van de exploitant dat hij onlangs 183 hulpkrachten heeft aangenomen, van wie de gemiddelde leeftijd 17 jaar is. Hij verklaart deze relatief lage leeftijd als volgt. Vooral scholieren en studenten solliciteren op de vacatures van hulpkracht. De Commissie kan niet volgen waarin deze groep zich qua beschikbaarheid van de vrouw, die ook studeert, gunstig onderscheidt. Verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2008-138

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Verboden onderscheid bij aanbieden van een betrekking door formuleren ongemotiveerde leeftijdseis. Tevens strijd met artikel 9 WGBL.

Een ondernemer vraagt in een advertentietekst een haarstylist in de leeftijd 20 tot 25 jaar. De leeftijdseis is niet gemotiveerd, zodat de advertentie in strijd is met artikel 9 WGBL. De ondernemer zocht iemand van 20 tot 25 jaar uit budgettaire overwegingen, maar ook omdat de functie van haarstylist doorgaans wordt uitgeoefend door 20 tot 25-jarigen en oudere kappers in de regel recente ervaring en kennis missen. Daarnaast heeft de ondernemer een praktisch bezwaar tegen werknemers die ouder zijn dan de bedrijfsleider: uit ervaring weet hij dat dit tot problemen leidt. De argumenten van de ondernemer kunnen niet gelden als een objectieve rechtvaardig voor het gemaakte onderscheid. De WGBL is juist gegeven om het vooroordeel te bestrijden dat bepaalde eigenschappen - zoals het beschikken over kennis van de laatste trends - per definitie samenhangen met een bepaalde leeftijd.

2008-139

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
ROC maakt geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte en/of leeftijd.

Een man heeft een BOL-opleiding, niveau 2, gevolgd bij een ROC. De man lijdt aan het syndroom van Asperger en is 29 jaar oud. De man is er niet in geslaagd de opleiding met goed gevolg af te ronden. Voor het schooljaar 2008-2009 heeft hij zich opnieuw ingeschreven voor deze opleiding op niveau 2 en 3. Daarnaast heeft de man zich ingeschreven voor andere opleidingen bij het ROC. De man stelt dat het ROC onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn handicap of chronische ziekte door onvoldoende aanpassingen te doen gedurende de periode dat hij onderwijs volgde aan het ROC. Daarnaast is de man van mening dat het ROC onderscheid op grond van zijn handicap of chronische ziekte en/of zijn leeftijd heeft gemaakt bij de toelating tot het beroepsonderwijs. Het ROC stelt zich op het standpunt dat de man ongeschikt is voor de opleidingen en betwist dat zij onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd bij het verlenen van toegang tot het beroepsonderwijs. De Commissie concludeert dat het ROC in redelijkheid heeft kunnen concluderen dat verzoeker niet geschikt is voor de opleidingen. Geen onderscheid. Voorts heeft de man geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van zijn leeftijd kunnen doen vermoeden bij de toelating tot het beroepsonderwijs. Geen vermoeden van leeftijdsonderscheid.

2008-140

Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
ROC maakt geen onderscheid bij het verlenen van toegang tot beroepsonderwijs.

Een man heeft zich ingeschreven voor een BOL-opleiding bij een ROC. Hij is 29 jaar oud en lijdt aan het syndroom van Asperger. De man stelt dat hij is afgewezen voor de opleiding vanwege zijn leeftijd en zijn handicap of chronische ziekte. Het ROC betwist dit. De Commissie overweegt dat in een gesprek met een docent en in een brief van het ROC wordt verwezen naar de leeftijd van de man. Het ROC heeft overtuigend verklaard dat de uitlatingen zijn gedaan uit didactisch pedagogische overwegingen, in de zin dat de man gezien zijn leeftijd beter aansluiting zal vinden bij de studentenpopulatie die een BBL-opleiding volgt. Geen feiten die onderscheid op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden bij het verlenen van toegang tot het beroepsonderwijs. De man heeft eveneens geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van zijn handicap of chronische ziekte kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid.

2008-141

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Niet gebleken van onderscheid op grond van leeftijd bij afwijzing 54-jarige man.

Een man van 54 solliciteert naar de functie van instructeur. Hij wordt uitgenodigd voor een gesprek en daarna afgewezen. De man stelt dat hem in het telefoongesprek dat hij daarna heeft gevoerd met de werkgever is gezegd dat hij te oud is. De werkgever betwist dat dit is gezegd en stelt dat de man niet vanwege zijn leeftijd is afgewezen, maar omdat tijdens het sollicitatiegesprek is gebleken dat hij niet aan de gevraagde competenties voldoet. De werkgever heeft een kandidaat aangenomen van 49 jaar. De Commissie concludeert dat geen feiten zijn aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de werkgever onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de afwijzing van de man.

2008-147

Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Opgegeven reden voor afwijzing sollicitant zou smoes zijn maar werkgever slaagt niet in bewijs van die stelling.

Een lid van een sollicitatiecommissie meldt een afgewezen sollicitant dat leeftijd de reden was voor de afwijzing. Tegen de Commissie verklaart de werkgever dat dit slechts een smoesje was. Hij vond de werkelijke reden, 'geen goed gevoel' te subjectief om aan de sollicitant te vertellen en koos daarom voor het naar zijn idee objectievere criterium 'te oud'. De werkgever betreurt achteraf dit overhaaste handelen. De werkgever slaagt er niet in nader te onderbouwen waaruit de negatieve indruk bestond of aan te geven waardoor die indruk was ontstaan. Het risico dat door een ondoorzichtige

procedure een verkeerde indruk wordt gewekt die moeilijk is weg te nemen - zoals de werkgever stelt - is voor zijn rekening. Vermoeden niet weerlegd. Verboden onderscheid.

2008-148

Terrein: **arbeid**
Dictum: **verboden onderscheid; geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Man wordt door uitzendbureau afgewezen voor functie casebehandelaar op grond van leeftijd, maar niet op grond van geslacht.

Een man, 54 jaar oud, solliciteert via een uitzendbureau op de functie casebehandelaar bij een verzekeringsmaatschappij. Het uitzendbureau wijst de man af, omdat hij overgekwalificeerd zou zijn. De man voert aan dat zijn leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing, wat ten stelligste door het uitzendbureau wordt ontkend. De Commissie overweegt dat het uitzendbureau, door het negatieve selectiecriterium overkwalificatie toe te passen, relatief meer ouderen dan jongeren treft en daarmee indirect onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt. Het uitzendbureau verweert zich door te stellen dat overgekwalificeerde werknemers te snel op een functie uitgekeken zijn, waardoor de continuïteit van het werk niet is gewaarborgd. De man meent dat hij zelf het beste kan beoordelen hoe lang hij het in een functie kan uithouden. Ook de Commissie oordeelt dat uitsluiting op grond van overkwalificatie geen geschikt middel is om continuïteit te waarborgen. Verboden onderscheid. De man voert voorts aan dat vooral vrouwen voor de functie casebehandelaar worden aangenomen. Dit is inderdaad het geval, maar het is een algemeen bekend feit dat op de arbeidsmarkt vooral vrouwen in dit soort functies werkzaam zijn. De sollicitant heeft onvoldoende feiten aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid op grond van geslacht.

2008-149

Terrein: **arbeid**
Dictum: **geen opdracht tot het maken van onderscheid**

Samenvatting:
Verzekeringsmaatschappij geeft geen opdracht tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd en geslacht.

Een man, 54 jaar oud, solliciteert via een uitzendbureau op de functie casebehandelaar bij een verzekeringsmaatschappij. De man voert aan dat de verzekeringsmaatschappij opdracht heeft gegeven om hem af te wijzen voor de functie op grond van leeftijd en geslacht, omdat voornamelijk jongere vrouwen de functie bij de verzekeringsmaatschappij bekleden. De verzekeringsmaatschappij voert aan dat zij een op deze punten neutrale functiebeschrijving aan het uitzendbureau heeft doen toekomen en dat zij geen enkele bemoeienis heeft met de werving en selectie zoals uitgevoerd door het uitzendbureau. Dit wordt bevestigd door het uitzendbureau. Dat er meer vrouwen dan mannen in administratieve functies zoals de onderhavige werken, is voorts een algemeen bekend maatschappelijk feit. Geen feiten die kunnen doen vermoeden dat de verzekeringsmaatschappij een opdracht heeft gegeven tot het maken van onderscheid op grond van leeftijd of geslacht.

2008-151

Terrein: **arbeid/beëindiing arbeidsovereenkomst**
Dictum: **geen verboden onderscheid**

Samenvatting:
Beveiligingsbedrijf maakt geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door de datum van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst samen te laten vallen met de tachtigste verjaardag van een werknemer.

Een man werkt tot na zijn AOW-gerechtigde leeftijd bij een beveiligingsbedrijf als beveiligingsbeambte. Tijdens een gesprek stelt zijn leidinggevende voor de einddatum van zijn arbeidsovereenkomst samen te laten vallen met zijn tachtigste verjaardag. De man ondertekent het veslag dat wordt gemaakt van het gesprek. Hoewel de man daarna bezwaar heeft gemaakt omdat hij zijn arbeidsovereenkomst liever op een andere datum had willen beëindigen, concludeert de Commissie dat hier sprake is van een gezamenlijk overeengekomen einddatum van de arbeidsovereenkomst in de zin van de uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van leeftijd in artikel 7, eerste lid, onderdeel b WGBL.

2008-155

Terrein: arbeid/aanbieding van een betrekking
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht in een personeelsadvertentie en handelt in strijd met de wet.

Een bedrijf heeft in een personeelsadvertentie gevraagd naar een handige jongedame voor lichte catering werkzaamheden, minimumleeftijd achttien jaar. Door het stellen van een minimumleeftijd van achttien jaar in de personeelsadvertentie heeft het bedrijf direct onderscheid op grond leeftijd gemaakt. Het bedrijf heeft de handelwijze niet objectief kunnen rechtvaardigen. Daarnaast handelt het bedrijf in strijd met artikel 9 WGBL omdat het de leeftijdseis in de advertentie niet heeft gemotiveerd. Tevens maakt het bedrijf verboden onderscheid op grond van geslacht door in de advertentie om een jongedame te vragen. Het bedrijf heeft geen beroep gedaan op een wettelijke uitzondering. Het bedrijf handelt ook in strijd met de WGB door in de personeelsadvertentie te vragen naar een vrouw en niet te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen.

2008-156

Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het kader van een Sociaal Plan voor werknemers tot 57,5 jaar een andere aanvullingsregeling te treffen dan voor werknemers vanaf die leeftijd.

Een werkgever heeft in verband met een reorganisatie de arbeidsovereenkomst met een werknemer, die jonger is dan 57,5 jaar, opgezegd. Op de arbeidsovereenkomst van de werknemer is een Sociaal Plan van toepassing, dat voorziet in een aanvulling op lagere inkomsten of een uitkering. Voor wat betreft de duur van de aanvulling is sprake van onderscheid op grond van leeftijd ten nadele van de werknemers jonger dan 57,5 jaar nu zij een aanvulling ontvangen voor de duur van maximaal 130 weken en werknemers van 57,5 jaar en ouder recht hebben op een aanvulling tot het 65ste jaar. De Commissie is van oordeel dat dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd. Hierbij heeft de Commissie betrokken dat volgens de gegevens van het Grafische Bedrijfsfonds de kans op nieuw werk voor werknemers jonger dan 57,5 jaar veel groter is, dan voor werknemers vanaf 57,5. Het verschil in de duur van de aanvulling is dan ook geschikt om het doel van het onderscheid, namelijk de bescherming van de inkomenspositie van oudere werknemers naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van de verschillende leeftijdsgroepen, te bereiken.

2008-160

Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Gemeente mag trouwambtenaar ontslaan op 65 jarige leeftijd.

Een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is eervol ontslag verleend, omdat hij de ouderdomspensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. De gemeente stelt zich op het standpunt dat uit de Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling en Uitwerkingsovereenkomst (CAR/UWO) volgt dat zij verplicht was de arbeidsverhouding met de ambtenaar te beëindigen nu hij 65 jaar is. De Commissie oordeelt dat de gemeente onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt, maar geen verboden leeftijdsonderscheid. In de WGBL is immers een uitzondering opgenomen, waaruit volgt dat het verbod op leeftijdsonderscheid bij beëindiging van een arbeidsverhouding niet geldt op het moment dat een werknemer de AOW gerechtigde leeftijd (65 jaar) heeft bereikt. Om die reden mocht de gemeente de arbeidsverhouding met de ambtenaar beëindigen. De gemeente was hiertoe echter niet verplicht. Uit de rechtspositieregeling voor de buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente volgt dat ontslag weliswaar kan worden verleend op de leeftijd van 65 jaar, maar dat de gemeenten hiertoe niet verplicht is. De WGBL voorziet bovendien in de mogelijkheid om een hogere ontslagleeftijd overeen te komen, hetzij bij de CAO, hetzij bij individuele overeenkomst. Dit is in meerdere gemeenten het geval.

Themabijdragen

Sport en gelijke behandeling: kunnen mensen zich zonder onderscheid onderscheiden?

Frank Hendrickx

1 INLEIDING

Sport is een belangrijke motor van maatschappelijke integratie en sociale inclusie. Tegelijkertijd staat de sportsector bol van, vaak hardnekkige, tradities en specifieke, eigen waarden. Zogeheten 'traditionele waarden' in de sport zorgen er zelfs voor dat het maken van een bepaald onderscheid hetzij niet als problematisch wordt beschouwd, hetzij moeilijk uit de wereld te helpen is. Sommige dingen lijken evident, maar zijn het daarom nog niet.

Men neme bijvoorbeeld het Olympisch Charter, dat de grondslag vormt van de Olympische beweging en de moderne Olympische Spelen. Hierin leest men de volgende fundamentele beginselen: "Het beoefenen van sport is een mensenrecht. Elk individu moet de mogelijkheid hebben om aan sport te doen, zonder discriminatie op welke grond dan ook en in de Olympische geest, hetgeen wederzijds begrip vereist in een sfeer van vriendschap, solidariteit en fair play. (…) Elke vorm van discriminatie met betrekking tot een land of een persoon op grond van ras, religie, politiek, gender of op welke andere grond dan ook, is onverenigbaar met het behoren tot de Olympische Beweging."

Op zich lijkt deze basisfilosofie een vertolker van universele waarden, en aldus een breed gedeeld gedachtegoed te weerspiegelen. Toch kan men zich afvragen of de Olympische Spelen, zoals deze in hun organisatie tot uitdrukking komen, effectief vrij zijn van enige discriminatie. Van een aantal onderscheidingen die in vele juridische documenten als onwenselijk worden beschouwd, maakt de Olympische Beweging, en bij uitbreiding de gehele sportsector, veelvuldig gebruik. Ligt het voor de hand dat de meeste sporten een onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke competities kennen? Gaat het in sport niet om een (pre-)selectie, minstens indirect, op basis van gezondheid? En is de nationaliteit van de atleet niet zeer diep geworteld in de maatschappelijke inbedding van sportieve prestaties? Ondanks het feit dat ingevolge artikel 6, eerste lid, van het Olympisch Charter de Olympische Spelen competities zijn "tussen individuele atleten of teams van atleten en niet tussen landen", staat de realiteit en de beeldvorming vol van wapperende nationale vlaggen rond vierende atleten en wordt goud tegen de achtergrond van volksliederen uitgereikt. Nationale volksliederen zijn veel belangrijker dan het "Olympisch volkslied".[1]

Met andere woorden, sport is vervuld van waarden. Sport zit boordevol tradities. Juridische maatregelen inzake gelijke behandeling en non-discriminatie hebben pre-

1 Het Olympisch volkslied werd officieel ingesteld door het Internationaal Olympisch Comité in 1958 en voor het eerst als officieel Olympisch Volkslied opgevoerd op de Spelen van 1960.

cies op het oog om waarden en tradities, waarvan wordt aangenomen dat ze ongewenst zijn, in beweging te brengen. In de sport is dat niet anders.

In deze bijdrage wordt niet gekozen voor een uitputtende bespreking van de problematiek van de gelijke behandeling in de sport. Wel wordt, op een beschouwende wijze, de spanning tussen waarden in de sport en gelijke behandeling aan het licht gebracht door middel van een aantal relevante probleemvelden. Hierbij gaat aandacht uit naar de rol van nationaliteit en afkomst, geslacht en seksuele geaardheid in de sport. Daarbij wordt een voor sportkwesties noodzakelijke, internationale blik op de verschillende gebieden gegeven.

2 NATIONALITEIT EN AFKOMST

Nationaliteit en afkomst behoren tot de oudste relevante ingrediënten van sportbeoefening. Het is algemeen bekend dat het behoren tot een bepaalde natie een prominente plaats heeft in de appreciatie van sportieve prestaties. Maar het is evenzeer van belang ten aanzien van de mogelijkheid van sporters om deel te nemen aan sportcompetities.

Men herinnert zich wellicht nog goed de situatie van Salomon Kalou, een voetbalspeler die geboren werd in Ivoorkust en die op 17-jarige leeftijd naar Nederland verhuisde alwaar hij om een (versnelde) naturalisatie als Nederlands staatsburger verzocht. Het stond bekend dat het verzoek vooral ingegeven was om Kalou in het Nederlandse voetbalelftal te kunnen opnemen (Oranje speelde tijdens het WK 2006 overigens tegen Ivoorkust). Dergelijke fenomenen zijn schering en inslag in de sport. Maar het toont wel de problematische verhouding aan tussen de nationaliteit van een atleet en diens kansen om zich in het kader van een vrij gekozen sport, competitie of team, met anderen te meten. Dat deze laatste, individuele dimensie, ook juridisch voor de hand ligt, hebben verschillende rechtszaken[2] van het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJ EG of: Hof), in het kader van het vrij verkeer van werknemers, aangetoond. Artikel 39 van het EG-Verdrag bevat immers een verbod op grond van nationaliteit bij tewerkstelling. Deze bepaling ondersteunt de gedachte dat een eengemaakte Europese markt geen nationaliteit kent en dat het Europa van de toekomst ook moet bestaan uit een Europees burgerschap.

Regelmatig krijgt nationaliteit een wrang tintje. Zeker wanneer het omslaat in radicaal nationalisme, intolerantie of racisme. Een veel beschreven voorval is dat van Eric Cantona. In het recente verleden wist deze voetbalster, van Franse origine een grote populariteit te vergaren in het Engelse professionele voetbal, met name bij de club *Manchester United*. Het Cantona-incident deed zich voor in Zuid-Londen, in 1995. Toen Cantona werd uitgesloten van verdere deelname aan de wedstrijd, nadat hij een schop verkocht aan een tegenstander, liep hij langs de zijlijn in de richting van de kleedkamers. Nog lopend langs het veld, uitte een supporter van de tegenstander kwetsende woorden in de richting van de speler, waarop die laatste aan de eerste met de beide voeten een opdoffer uitdeelde.[3] De nare beelden gingen de wereld rond. Er kwam een rechtszaak van in Engeland waarbij, tot verrassing van sommigen, de uit-

2 HvJ EG 12 december 1974, zaak C-36/74, *Walrave/Koch*, *Jur.* 1974, p. 1405; HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, p. I-4921.

3 De supporter in kwestie zou geroepen hebben: "Fucking, cheating French cunt. Fuck off back to France, you mother fucker", cf.: S. Gardiner e.a, *Sports law,* 3e druk, Londen: Cavendish Publishing 2006, p. 132.

dagende supporter strafrechtelijk werd veroordeeld voor het uiten van bedreigingen, bovenop een stadionverbod. Deze zaak ging om meer dan geweldpleging. Het was een uiting van nationaliteitsgevoelens in een negatieve, kwetsende en intolerante context. Dit is zeer nauw verwant met de problematiek van racisme. Op het punt van racisme en beledigingen ten aanzien van bepaalde bevolkingsgroepen wordt verderop in deze bijdrage nog dieper ingegaan. Vooreerst wordt stilgestaan bij de rol van nationaliteit in de sport en de spanning die dit oplevert in het licht van het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie op basis van nationaliteit.

2.1. Discriminatie en nationaliteit in de rechtspraak van het Hof van Justitie

In het Europees betaald voetbal is nationaliteit een kwestie die een heftig debat losmaakt. Het verbaast dan ook niet dat vooral voetbalzaken, zoals de zaak *Dona v. Mantero*[4] waarin het HvJ EG uitspraak deed, de problematiek van de nationaliteitsdiscriminatie in de sport in beeld hebben gebracht en op de proef hebben gesteld. In de zaak *Dona v. Mantero* stond het reglement van de Italiaanse Voetbalbond ter discussie. Volgens dat reglement konden alleen spelers die lid waren van deze bond als beroeps- of semi-beroepsspelers aan wedstrijden deelnemen. Dit lidmaatschap stond echter slechts open voor spelers van Italiaanse nationaliteit. In deze zaak refereerde de advocaat-generaal naar eerdere uitspraken van het Hof in *Walrave en Koch*[5], waar het ging om de samenstelling van nationale sportploegen, maar het Hof de hete aardappel eigenlijk weer naar de nationale rechter doorspeelde. In *Dona v. Mantero* voelde de advocaat-generaal enigszins voor beperkingen op buitenlandse spelers in voetbalcompetities, zodat er een band kan worden gecreëerd tussen een voetbalclub en het land van de competitie waarin deze aantreedt. Hoewel het Hof niet helemaal meeging in deze redenering, stelde het wel dat het discriminatieverbod, zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag, zich niet verzet tegen een regeling of praktijk waarbij buitenlandse spelers van deelneming aan bepaalde wedstrijden worden uitgesloten om niet-economische redenen die verband houden met het specifieke karakter en kader van deze wedstrijden en waarbij het dus uitsluitend om de sport als zodanig gaat. Dit was volgens het Hof bijvoorbeeld het geval bij wedstrijden tussen nationale ploegen van verschillende landen.[6]

Verder dan de uitzondering van de 'nationale ploegen', is het Hof tot op heden niet willen gaan. In de zaak *Bosman*[7] moest het Hof opnieuw uitspraak doen over een discriminatie op grond van nationaliteit in het betaald voetbal. Dit keer betrof het de zogenaamde '3+2' regel.[8] Uit het *Bosman*-arrest blijkt dat van de strikte lijn die in *Dona v. Mantero* werd gevolgd, niet werd afgeweken. In de zaak *Bosman* stelde het Hof namelijk dat artikel 39 van het EG-Verdrag uitdrukkelijk bepaalt dat het vrije verkeer van werknemers de afschaffing inhoudt van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Dit uitgangspunt verzet zich tegen clausules in de reglementen van sportverenigingen om het recht van onderdanen van andere lidstaten om als beroepsspelers deel te nemen aan voetbalwedstrijden te beperken.

---

4 HvJ EG 14 juli 1976, zaak C-13/76, *Dona/Montero*, *Jur.* 1976, 1333.
5 HvJ EG 12 december 1974, zaak C-36/74, *Walrave/Koch*, *Jur.* 1974, 1405.
6 Vgl. punt 14.
7 HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, I-4921.
8 Volgens deze 3+2 regel werd het aantal buitenlandse spelers dat een eerste divisie club mocht opstellen, beperkt tot drie. Daarnaast mocht die club nog twee buitenlandse spelers opstellen die gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar in het land van de betrokken nationale bond hebben gespeeld.

Ondanks deze rechtspraak van het Hof van Justitie, blijft de nationaliteitskwestie de gemoederen beheersen. Op haar congres, gehouden te Sydney op 29 en 30 mei 2008, aanvaardde de Wereldvoetbalbond FIFA de 6+5 regel, die zegt dat een voetbalploeg in elke officiële wedstrijd minstens 6 spelers moet opstellen die in aanmerking komen voor het nationaal elftal van het land waarin de club gevestigd is. Het Europees Parlement stemde echter dit voorstel weg en gaf in de plaats daarvan steun aan de zogenaamde "*home grown player*"-regel, die hieronder aan bod komt.

2.2. *Discriminatie en nationaliteit in de zich ontwikkelende voetbalwereld en politieke context: de "home grown player"*

Op grond van de *Bosman*-zaak is het nooit helemaal duidelijk geweest hoe de verhouding tussen toegelaten en verboden onderscheiden op grond van nationaliteit in de sport, precies gelegen is. Dit heeft te maken met het vermelde in de overwegingen 131 tot en met 133 van het *Bosman*-arrest, waarin het Hof stelt dat, ofschoon in nationale kampioenschappen clubs van verschillende streken, steden of wijken tegen elkaar spelen, er geen enkele regel is volgens welke de clubs voor die wedstrijden slechts een beperkt aantal spelers uit andere streken, steden of wijken mogen opstellen. Verder, aldus het Hof, moeten de nationale ploegen weliswaar bestaan uit spelers die de nationaliteit van het betrokken land bezitten, maar hoeven die spelers niet noodzakelijk te zijn gekwalificeerd voor clubs van dat land. De reglementen van de sportverenigingen bepalen trouwens dat clubs die buitenlandse spelers in dienst hebben, die spelers in de gelegenheid moeten stellen deel te nemen aan bepaalde wedstrijden van de nationale ploeg van hun land. Hier lijkt het Hof de deur op een kier te zetten voor een binding met een streek, stad of wijk en zo voor "een regel volgens dewelke de clubs voor die wedstrijden slechts een beperkt aantal spelers uit andere streken, steden of wijken mogen opstellen".

Dit moet aangevuld worden met de vaststelling dat, in de sport, een aantal specifieke waarden de ronde doet. Zo wordt de bescherming van de (eigen) voetbaljeugd als een belangrijk goed beschouwd, evenals de identificatie van (lokale of nationale) supporters met (lokale of nationale) sporthelden of teams. Dit aspect staat uiteraard met de nationaliteitskwestie in verband. Op deze gronden heeft de UEFA een "*home grown player*" regeling uitgewerkt, die erin voorziet dat een beperkt aantal plaatsen in de selectie van voetbalclubs moet voorbehouden worden aan spelers die opgeleid zijn bij de eigen (lokale) voetbalschool van de betrokken club of binnen de (nationale) voetbalbond waarbij de club is aangesloten. De UEFA is van mening dat deze maatregel geen schending inhoudt van het Europees Gemeenschapsrecht. Maar wellicht is dat een onderschatting van het belang van het discriminatieverbod dat het Hof van Justitie in het kader van artikel 39 van het EG-Verdrag afdwingt. Het toont alleszins aan dat de kwestie van de "nationaliteit" en de "eigen jongeren" nog steeds niet van de baan is.

3 RACISME EN VREEMDELINGENHAAT

Waar er voor de legitimiteit van onderscheid op basis van nationaliteit nog ruimte is voor debat, blijkt het racisme in de sport een groeiend probleem. In het Witboek Sport van 11 juli 2007, veroordeelt de Europese Commissie elke manifestatie van racisme en xenofobie, die in strijd worden geacht met de waarden van de Europese Unie.[9]

Racisme en xenofobie zijn fenomenen die een sterke band vertonen met de problematiek van het supportersgeweld. Dit is ook de opvatting van de Raad van Europa, die reeds lange tijd terug de Conventie betreffende supportersgeweld (19 augustus 1985) aannam.[10] In de praktijk wordt er vrij veel aandacht besteed aan het (betaald) voetbal, omdat daar het wangedrag van supporters een centraal thema is. In de aanpak van allerlei uitingen van racisme of vreemdelingenhaat is de Europese Unie echter een steeds belangrijkere rol gaan opeisen.

3.1. De rol van de Europese Unie

Nadat de Europese Raad in 1996 een resolutie aannam over het vrij verkeer van voetbalsupporters, waarbij ook aandacht uitging naar racisme in de sport, en vervolgens het jaar 1997 als "Europees Jaar tegen Racisme" werd uitgeroepen, begon de Europese Commissie tal van projecten tegen racisme in de sport te ondersteunen.[11] Zo werd in 1999 onder meer het FARE project in het leven geroepen door private groeperingen, dat onmiddellijk steun kreeg van de Europese Commissie. De afkorting "FARE" staat voor "Football Against Racism in Europe".[12] Elke voetbalseizoen verzorgt deze organisatie sensibiliseringscampagnes tegen racisme in de sport.

De Europese Commissie stelde tevens een voorstel voor een Kaderbesluit op betreffende de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat.[13] Het oogmerk van dit kaderbesluit is er voor te zorgen dat binnen de Europese Unie racisme en vreemdelingenhaat in aanmerking komen voor doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties die aanleiding kunnen geven tot uitwijzing en uitlevering van de personen die racistische of xenofobe handelingen hebben gepleegd en het verbeteren en aanmoedigen van de justitiële samenwerking. Het Europese Parlement aanvaardde dit kaderbesluit op 21 juni 2007.[14] Het document werd tenslotte goedgekeurd als het Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.[15]

Het Kaderbesluit legt de lidstaten onder meer de verplichting op om ervoor te zorgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld:[16]

---

9 COM/2007/0391 def.
10 Op de Europese top, van de Raad van Europa, van 30 en 31 mei 2000 van de ministers verantwoordelijk voor de sport volgde er een Resolutie inzake de preventie van racisme, xenofobie en intolerantie in de sport (Nr. 4/2000). Op 18 juli 2001 aanvaardde de Raad van Ministers van de Raad van Europa een Resolutie inzake de preventie van racisme, xenofobie en raciale intolerantie in de sport – Rec (2006)1.
11 Resolutie over het vandalisme en het vrije verkeer van voetbalsupporters (*PbEG* 1996, C 166).
12 Zie www.farenet.org.
13 COM/2001/0664 def.
14 *Pb EG* 2008 C 146 E.
15 *Pb EG* 2008 L 328/55.
16 Artikel 1 Kaderbesluit 2008/913/JBZ.

- het publiekelijk aanzetten tot geweld of haat jegens een groep personen, of een lid van die groep, die op basis van ras, huidskleur, godsdienst, afstamming, dan wel nationale of etnische afkomst wordt gedefinieerd;
- het aanzetten tot geweld of haat door het publiekelijk verspreiden of uitdelen van geschriften, afbeeldingen of ander materiaal;
- het publiekelijk ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden, gericht tegen welbepaalde (groepen van) personen.

Aan de lidstaten wordt eveneens voorgeschreven dat zij de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat gestelde gedragingen kunnen worden bestraft met doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties.

Het Kaderbesluit trad in werking op de dag van zijn bekendmaking (met name 6 december 2008) en vraagt de lidstaten om tegen 28 november 2010 aan de bepalingen van ervan te voldoen. Het lijkt dan ook nog wat vroeg om de waarde van dit initiatief in te schatten.

3.2. De rol van de sportorganisaties

In het licht van het voorgaande, dient ook gewezen te worden op de rol van zelfregulering of zelfsturing door verschillende sportorganisaties, zoals voetbalorganisaties. Terwijl de Europese Unie zwaar inzet op strafrechtelijke sanctionering via het overheidsapparaat, toont het disciplinaire sportrecht, en dan met name het 'voetbalrecht', aan dat sportieve sancties soms efficiënter werken.

Ook het Europees Parlement merkte reeds op dat de strijd tegen racisme in de sport alleen maar kans op slagen heeft, indien ook de betrokken actoren hieraan hun volle medewerking verlenen en er ook effectief de nodige consequenties uit trekken. In dit kader, bracht het Europees Parlement op 14 maart 2006 een verklaring uit inzake "De aanpak van racisme in het voetbal".[17] Hierbij werd erop gewezen dat er zich ernstige racistische incidenten bij voetbalwedstrijden in heel Europa hadden voorgedaan, terwijl een van de doelstellingen van de Europese Unie is het beschermen tegen discriminatie op grond van etnische afstamming en nationaliteit. Voetballers hebben volgens de verklaring, net als andere werknemers, recht op een racismevrije werkomgeving. De EP verklaring:

- veroordeelt met kracht elke vorm van racisme tijdens voetbalwedstrijden, zowel op als buiten het veld;
- spreekt zijn lof uit over het uitstekende werk dat organisaties als de UEFA en het netwerk Football against Racism in Europe (FARE) hebben verricht bij de aanpak van deze problemen;
- doet een beroep op allen die in de voetbalwereld een vooraanstaande positie innemen, zich regelmatig tegen racisme uit te spreken;
- verzoekt de nationale voetbalbonden, competities, clubs, spelersvakbonden en supportersverenigingen de beste praktijken van de UEFA toe te passen, zoals het tienpuntenplan van de UEFA;
- verzoekt de UEFA en alle andere organisatoren van voetbalcompetities in Europa

17 Schriftelijke Verklaring 69/2005 van het Europees Parlement over de aanpak van racisme in het voetbal, P6_TA(2006)0080, *(Pb EG* 2006 C 291 E).

de scheidsrechters op basis van duidelijke, strikte richtsnoeren in staat te stellen een wedstrijd in geval van ernstige racistische incidenten stil te leggen of af te breken;
- verzoekt de UEFA en alle andere organisatoren van voetbalcompetities in Europa de mogelijkheid te overwegen om sportsancties op te leggen aan nationale voetbalbonden en clubs waarvan de supporters of spelers ernstige racistische overtredingen begaan, waaronder de mogelijkheid deze bij aanhoudende overtredingen van hun competities uit te sluiten.

Dat sportieve sanctionering inderdaad effectief kan zijn, toont het voorbeeld aan van voetbalclub *Atlético de Madrid*. Deze club werd op 31 oktober 2008 door het UEFA Beroepsorgaan gesanctioneerd, naar aanleiding van incidenten tijdens een Europese wedstrijd tegen *Olympique de Marseille* op 1 oktober 2008. Zo werden er tegenover niet-blanke spelers oerwoudgeluiden geproduceerd. *Atlético de Madrid* werd hiervoor veroordeeld tot het spelen van enkele Europese wedstrijden zonder toeschouwers en op neutraal terrein. Dat de Spaanse voetbalclub zich vervolgens de moeite getroostte om bij het Internationaal Sporttribunaal (*Court of Arbitration for Sport*, Lausanne) beroep aan te tekeken, dat overigens werd verworpen, bevestigt de effectiviteit van dergelijke sportieve veroordelingen op dit niveau. Dergelijke maatregelen hebben dan ook een niet geringe impact op de financiële situatie van clubs.

4 MAN/VROUW DISCRIMINATIE

Het is bekend dat Pierre de Coubertin, bij de invoering van de "Moderne" Olympische Spelen in 1896, vrouwen categorisch uitsloot en hen de rol van het "bekronen van de winnaars" toebedacht. Dit neemt niet weg dat vanaf het begin van de 20ste eeuw vrouwen tot bepaalde takken van sport toegelaten werden, zoals golf, tennis, boogschieten, zeilen en schaatsen. In 1928 werd de beslissing genomen om vrouwen tot de Spelen toe te laten, en vanaf dat moment hebben steeds meer vrouwen deelgenomen.[18] Niettemin lijkt de doorbraak van vrouwen in de sport nog tamelijk recent. Pas sinds de Verklaring van Brighton, uitgebracht naar aanleiding van een congres georganiseerd door de Britse Sportraad en het IOC in 1994, kwam er een breed politiek en sportief draagvlak op gang om de betrokkenheid van vrouwen in de sport te verbeteren. Toch blijven in de sportbeoefening, mannen en vrouwen grotendeels gescheiden. Dit betekent echter niet dat men er niet op vooruit gaat. Er zijn namelijk tal van wegen om tot meer gelijkheid tussen vrouwen en mannen in de sport te komen.

De kwestie werd grondig bekeken op het niveau van de Europese Unie, en met name door het Europees Parlement, dat op 5 juni 2003 een Resolutie heeft aangenomen over vrouwen en sport.[19] De volgende aanbevelingen worden hierin gedaan voor wat betreft het waarborgen van gelijke rechten in de topsport.

Het Europees Parlement:

- roept de lidstaten en de sportwereld ertoe op om bij de erkenningsprocedures voor de topsportdisciplines het onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke sportbeoefening op te heffen;

---

18 Verslag van 21 mei 2003 over vrouwen en sport (2002/2280 (INI)) door de Commissie rechten van de vrouw en gelijke kansen (Rapporteur Geneviève Fraisse), cf. toelichting, p.14.
19 Resolutie 2002/2280 (INI), (*PbEG* 2004, C 68 E).

- verzoekt de nationale sportverbonden en hun toezichthoudende autoriteiten ervoor te zorgen dat mannen en vrouwen gelijke toegang tot het statuut van topatleet hebben met dezelfde rechten op het gebied van inkomen, voorwaarden inzake begeleiding en training, medische begeleiding, toegang tot wedstrijdsport, sociale bescherming, beroepsopleiding en actieve sociale herïntegratie aan het einde van de sportcarrière;
- verzoekt de regeringsinstanties en de autoriteiten van de sportwereld te waarborgen dat een einde wordt gemaakt aan de directe en indirecte discriminatie waarvan vrouwelijke atleten bij de uitoefening van hun sportactiviteiten het slachtoffer zijn;
- verzoekt het bedrijfsleven zich veel meer in te zetten voor partnerschapsacties met beoefenaarsters van topsporten, door de beeldvorming daarvan naar een hoger plan te tillen en alle sportbeoefening door vrouwen zonder onderscheid te stimuleren;
- vraagt de media erop toe te zien dat sportbeoefening door mannen en vrouwen op evenwichtige wijze wordt verslagen en dat vrouwen in de sport op een niet-discriminerende wijze worden voorgesteld;
- stelt voor om bij de herziening van Richtlijn 89/552/EEG inzake "televisie zonder grenzen", de lidstaten de mogelijkheid te geven bij het uitzenden van sportwedstrijden de genderdimensie in te voeren;
- moedigt sportvrouwen ertoe aan zich te organiseren om voor hun sportieve, economische en sociale rechten op te komen, en gevallen van discriminatie en intimidatie bij de bevoegde autoriteiten of het gerecht aan te geven;
- spreekt de wens uit dat de komende Olympische Spelen van Athene een voorbeeldfunctie zullen hebben, en vraagt het IOC ervoor te zorgen dat alle nationale delegaties gemengd zullen zijn.

Dit zijn tamelijk sterke en concrete aanbevelingen in de richting van de lidstaten en de verantwoordelijke sportieve autoriteiten. De onderliggende problematiek blijkt complex te zijn. Zo wijzen onderzoekers erop dat het vrouw-zijn in de sport gewrongen zit tussen sportieve en maatschappelijke waarden. De stelling daarbij is dat sportief actieve vrouwen tegen een paradox aankijken die erin bestaat dat de Westerse cultuur, in de ruimere sociale betekenis, veel nadruk legt op een welbepaald ideaalbeeld van het vrouwelijke lichaam, terwijl het beeld dat de sportieve realiteit tot stand brengt, weer anders ligt.[20]

Daarbij komt nog de overtuiging dat een sportieve gelijke behandeling van vrouwen en mannen niet voor de hand ligt. Zo ligt het vermengen van sporters van een verschillend geslacht in eenzelfde sportcompetitie of eenzelfde sportwedstrijd, niet voor de hand en wordt doorgaans een beredeneerde oplossing voorgestaan. Onderzoek naar meisjes- en jongensvoetbal in Nederland en de Verenigde Staten heeft uitgewezen dat een 'unisex'-benadering ook tot moeilijkheden leidt. Zo draaide een Amerikaans experiment, waarbij een meisjes-voetbalploeg (min-10 jarigen) mocht deelnemen aan de jongenscompetitie, en daarbij meteen alle wedstrijden won, uit op frustratie en protest van zowel de voetballende jongens als hun ouders.[21]

De overwegingen van het Europees Parlement ter zake, zijn de volgende: "Wij mogen immers er niet net zo makkelijk van uitgaan dat man-zijn of vrouw-zijn er niet toe

20 V. Krane e.a., 'Living the Paradox: Female athletes negotiate femininity and muscularity' *Sex Roles* (Vol. 50) 2004, p. 315.
21 A. Knoppers & A. Anthonissen, 'Women's Soccer in the United States and the Netherlands: Differences and Similarities in Regimes of Inequalities', *Sociology of Sport Journal* (Vol. 20) 2003, p. 364.

doen, zoals dat wel kan bij de toegang tot intellectuele of wiskundige disciplines of de studie van de eigen taal of van vreemde talen. Van meet af aan roept de seksueel verschillende geaardheid ongelijkheid en dualiteit tussen jongens of meisjes op. Gemengdheid is een oplossing, maar lost niet alle problemen op. Men kan immers stellen dat bij lichamelijke opvoeding gelijkheid moet worden teweeggebracht met lichamelijke verschillen als uitgangspunt, en dat is moeilijker dan het teweegbrengen van gelijkheid op basis van geestelijke gelijkgestemdheid. Vanuit dit perspectief mag men de opdeling van de sportdisciplines over de geslachten niet voor altijd vastleggen en moet men ruimte laten voor de evolutie van de zeden op het gebied van de openstelling van alle sporten voor beide seksen."[22]

In Nederland werd in de Algemene wet gelijke behandeling een specifieke uitzondering opgenomen ten aanzien van man/vrouw gelijkheid in de sport. Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van geslacht geldt niet in gevallen waarin het geslacht bepalend is. De door de wetgever geformuleerde uitzondering in de sport, betreft dan ook de deelname aan activiteiten op het terrein van spel of sport, voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen, dan wel voor zover het de toelating tot voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband betreft en in internationaal verband afspraken zijn gemaakt of regels gelden die meebrengen dat eisen worden gesteld aan het geslacht van de deelnemers.[23]

In de nota van toelichting staat te lezen dat een onderscheid op grond van geslacht in de sport kan worden gerechtvaardigd door bij voorbeeld een verschil in fysieke kracht, uithoudingsvermogen of lichaamsbouw. De nota van toelichting verduidelijkt tevens dat de gemiddelde prestaties van de personen van een verschillend geslacht een significant verschil moeten vertonen, vooraleer het bepalend zijn van het geslacht kan worden aangenomen. Naast deze meer 'meetbare' verschillen tussen mannen en vrouwen, heeft de wetgever ook oog gehad voor traditie, historiek en culturele elementen in de sport. Dit komt tot uiting in de mate dat men refereert naar het bestaan van onderscheiden op grond van geslacht in de internationale context van sportbeoefening. Volgens de nota van toelichting kunnen bij wedstrijden in internationaal verband waar de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen niet verschillen, bijvoorbeeld op historische of culturele gronden, door de organisatie van die wedstrijden verschillende competities worden opgezet voor mannen en vrouwen. Het geslacht wordt in die gevallen bepalend geacht, omdat het onderscheid zijn oorsprong vindt buiten de Nederlandse rechtsorde. De benadering lijkt echter vooral pragmatisch en neemt volgens de wetgever niet weg dat men op het internationale niveau moet blijven ijveren voor het verdwijnen van het onderscheid op grond van geslacht, in de mate dat er tussen mannen en vrouwen geen verschil in prestaties bestaat.[24] Dit lijkt goed aan te sluiten bij datgene wat, zoals hierboven aangehaald, door het Europees Parlement ter zake werd gesteld.

---

22 Verslag van 21 mei 2003 over vrouwen en sport (2002/2280 (INI)) door de Commissie rechten van de vrouw en gelijke kansen (Rapporteur Geneviève Fraisse), cf. toelichting, p.15.
23 Koninklijk Besluit van 18 augustus 1994 (Besluit gelijke behandeling), *Stb.* 1994, 657 (artikel 1 sub g).
24 Nota van toelichting, bij het Besluit gelijke behandeling, *Stb.* 1994, 657.

5 SEKSUELE GEAARDHEID

In de meest bekende sportrecht-handboeken lijkt het thema seksuele geaardheid nog niet helemaal te zijn doorgedrongen. Het onderzoek dat aan de onderhavige bijdrage ten grondslag ligt, heeft een te kort bestek om hier verklaringen voor te vinden. Het is nochtans duidelijk dat deze problematiek niet te onderschatten valt. In de wetenschappelijke literatuur wordt gewezen op het feit dat cultureel bepaalde heterosexistische normen als predominante redenen gelden voor homofobe reacties ten aanzien van homoseksuele deelnemers aan sport.[25] Dit komt duidelijk tot uiting in de zaken die in Nederland voor de Commissie Gelijke Behandeling zijn verschenen betreffende de danssport.

In 2004 (oordeel 2004-116) kwam de Commissie tot de conclusie dat het uitsluiten van ongemengde paren van deelname aan danswedstrijden een direct onderscheid uitmaakt op basis van homoseksuele gerichtheid en geslacht. In 1997 kwam de Commissie Gelijke Behandeling reeds tot de bevinding dat de weigering om ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving (oordeel 1997-29). Met name werd geoordeeld dat de uitsluiting van ongemengde paren een *indirect* onderscheid op grond van seksuele geaardheid oplevert.

De nieuwe zaak voor de Commissie kwam er naar aanleiding van de organisatie van de *Grand Prix Amsterdam*, een danswedstrijd, waarbij twee mannelijke dansers aan de vertegenwoordiger van de danssport in de sportkoepel NOC*NSF, om ontheffing vroegen van het verbod van deelname door ongemengde paren, dat echter niet werd ingewilligd. In deze zaak lag de vraag voor of de uitsluiting van ongemengde paren een *direct* onderscheid op grond van seksuele geaardheid en geslacht oplevert.

Dat stereotypering en hardnekkige dominante normen in de sport tot problemen kunnen leiden, wordt met deze zaak goed aangetoond. Volgens verzoekers was er sprake van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid omdat de bescherming van de homoseksuele identiteit niet alleen het homoseksueel zijn omvat, maar ook het daaraan uiting kunnen geven. Met andere woorden, het willen dansen met een partner van hetzelfde geslacht kan een uiting van een homoseksuele gerichtheid zijn, net als hand in hand lopen of samenwonen met een partner van hetzelfde geslacht, zodat het voorschrift dat paren uit een dame en een heer moeten bestaan te begrijpen is tegen de achtergrond van traditionele opvattingen over man-vrouwverhoudingen, waarin de heteroseksuele norm wordt weerspiegeld. Verzoekers stelden voorts dat sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht. In het wedstrijdreglement wordt immers een onderscheid gemaakt naar geslacht bij de keuze van de danspartner. Wil een man kunnen meedoen aan wedstrijden, dan is hij reglementair verplicht dit met een vrouw te doen en andersom. Het directe onderscheid bestaat onafhankelijk van de voorgeschreven rolverdeling tussen de beide partners.

Verweerders betoogden dat het bij wedstrijddansen niet goed mogelijk is om gemengde en ongemengde paren tegelijkertijd te laten dansen en (vergelijkbaar) te beoordelen en dat het verschil in spierkracht tussen mannen en vrouwen een eerlijke competitie tussen gemengde en ongemengde paren in de weg staat. Voorts stelden verweerders dat de danssport een technische en fysiek veeleisende sport is, die weinig

25 Michael Price & Andrew Parker, 'Sport, Sexuality, and the Gender Order: Amateur Rugby Union, Gay Men, and Social Exclusion', *Sociology of Sport* Journal (Vol. 20) 2003, p. 108.

tot niets met enige directe dan wel indirecte seksuele beleving te maken heeft, zoals de verzoekers beweerden.

De Commissie Gelijke Behandeling kwam tot de bevinding dat niet weersproken wordt dat de totstandkoming van de standaard-dansen een reflectie is van wat eind 18e en in de 19e eeuw gold als de dominante heteroseksuele moraal. Ook de Latijns-Amerikaanse dansen zijn gestoeld op deze norm. Er wordt tevens onderkend dat de weigering op internationaal niveau om ongemengde paren te laten participeren mede het gevolg is van een afkeer van homoseksuele gerichtheid als zodanig en zeker van zichtbare uitingen van homoseksuele identiteit, ook al zijn er onder de dansers veel homoseksuelen. Tenslotte is van belang dat verzoekers de deelname aan danswedstrijden zien als mogelijkheid om de homoseksuele gerichtheid te uiten. Aldus vloeit de weigering ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden rechtstreeks voort uit de dominante heteroseksuele norm en bestaat er een direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid.

Tot slot is er de vraag naar discriminatie op basis van geslacht. In de danssport zou een vaste man-vrouw verhouding per danspaar kunnen gezien worden als een beperking van de mogelijkheden om aan wedstrijden deel te nemen op grond van iemands geslacht. Er mogen dan immers nooit meer vrouwen dan mannen deelnemen en andersom. De verhouding ligt vast. Een vaste verdeling van het aantal mannen en vrouwen in een groep behelst dan ook een rechtstreekse verwijzing naar geslacht. Weliswaar geldt dit zowel voor mannen als vrouwen, maar op het moment dat bijvoorbeeld meer vrouwen dan mannen willen wedstrijddansen, zullen vrouwen uitsluitend vanwege hun geslacht van deelname worden uitgesloten. Deze redenering wordt gevolgd door de Commissie Gelijke Behandeling, die aldus tot het oordeel kwam dat er in dit geval sprake is van onderscheid op grond van geslacht.

Deze zaak kreeg gevolg bij de burgerlijke rechter. Het mannendanspaar vorderde in kort geding voor de Rechtbank te 's-Gravenhage[26] dat het als regulier wedstrijdpaar op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden als de andere deelnemers zou worden toegelaten. De rechter stelde evenwel dat zowel heteroseksuele als homoseksuele personen deel kunnen nemen aan de wedstrijden mits zij dat doen met iemand van het andere geslacht. Dat hieraan een 'dominante heteroseksuele norm' ten grondslag zou liggen, is volgens de rechter vooralsnog niet aannemelijk geworden.

In de kortgedingprocedure werd opnieuw ingegaan op de vraag of er in de kwestieuze situatie inderdaad sprake kan zijn van geslachtsdiscriminatie, gelet op het feit dat het Besluit Gelijke Behandeling (zie hoger) onderscheid op grond van geslacht toestaat voor zover, ingeval van deelname aan activiteiten op het terrein van sport, een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen. De dansbond stelde zich voor de Voorzieningenrechter op het standpunt dat het uithoudingsvermogen van een gemengd paar significant afwijkt van dat van een ongemengd mannelijk of vrouwelijk paar. Op zichzelf werd niet betwist dat er krachtsverschillen in voormelde zin tussen mannen en vrouwen bestaan (en daarmee tussen gemengde en ongemengde paren) maar de vraag was of dat zou niet leiden tot een verschil in prestatie van het danspaar en daarmee tot relevante verschillen bij de jurering. Over het juiste standpunt in deze zaak was volgens de voorzieningenrechter nog teveel onduidelijkheid en op die gronden werd de vordering tevens afgewezen.

---

26 Rb.'s- Gravenhage (vzr) 26 juli 2006, *LJN* AY5005, *KG* 06/767.

Het meest bedenkelijke aan de uitspraak van de voorzieningenrechter is wellicht dat deze ervan uitgaat dat er geen 'dominante heteroseksuele norm' ten grondslag zou liggen aan het tegenhouden van gemengde dansparen. Een ander standpunt, met name dat van de Commissie Gelijke Behandeling ter zake, ligt meer voor de hand.

Deze uitspraken tonen de belangrijke uitdagingen waarvoor de sport staat. Immers, ook buiten de danssport ontstaat de vraag wat te doen met gemengde opstellingen, zoals bijvoorbeeld in het korfbal, of bij gemengde paren in het dubbeltennis? Ook hier zullen argumenten zoals spierkracht of de eigenheden van deze sportieve wedstrijden naar voren komen in het verdedigen van de bestaande situaties. De toets van de vergelijkbaarheid bij de beoordeling van de sportieve prestaties lijkt hier een belangrijke rol toe te komen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van discriminatie op grond van geslacht of seksuele geaardheid.

7 BESLUIT

Sport is een belangrijk sociaal en cultureel fenomeen en speelt een niet te onderschatten rol in onze samenleving. Met een boutade zou kunnen gesteld worden dat sport de potentie heeft om al het goede van de mensheid in zich te verenigen, maar ook al het slechte ervan. Zowel gezondheid, eerlijkheid, vreugde, vriendschap als samenhorigheid zijn belangrijke kenmerken van de sport. Maar sport kan iemands gezondheid ook schaden, net zoals sport ook vals spelen kent, verdriet, rivaliteit en uitsluiting. Uit de thema's en voorbeelden die hoger aan bod zijn gekomen, valt af te leiden dat sport te kampen heeft met een spanning tussen tradities en discriminaties, of nog, tussen sportieve waarden en maatschappelijke gevaren.

Een uitdagende vraag is welke plaats het recht hierin heeft. Is het recht bij machte om onwenselijke waarden of praktijken te doorbreken of uit de wereld te helpen? Of sterker nog, kan het recht een realiteit van gelijkheid of gelijkwaardigheid in de sport bewerkstelligen? Met wat hierboven is beschreven, wordt aangetoond dat vooruitgang op dit vlak een langzaam proces is. Het kan ermee te maken hebben dat in de beoefening van sport intrinsiek besloten ligt dat het 'zich onderscheiden van anderen' een waarde op zich is. In de wereld van de sport wordt men daarenboven in categorieën gedwongen, vaak op grond van aanvaardbare gronden van bescherming, vergelijkbaarheid of sportieve eerlijkheid. Het organiseren van afzonderlijke sportwedstrijden voor mannen en vrouwen bevindt zich zeker in dit waardenveld.

Het bovenstaande verhaal leert ook dat niet alleen de overheid, via wetgeving, maar ook de sportieve autoriteiten een grote verantwoordelijkheid dragen in het bestrijden van discriminaties en het realiseren van gelijke behandeling in de sport. Informatie- en sensibiliseringcampanges, maar ook eigen sportieve disciplinaire mechanisme, kunnen tot de realisatie van het gelijke behandelingsbeginsel bijdragen. Dit lijkt te pleiten voor een gediversifieerd 'regulatief' model ten aanzien van gelijke behandeling in de sport: een combinatie van harde en zachte maatregelen, en een combinatie van overheid en privaat initiatief.

Tot slot kan gesteld worden dat sport weliswaar bevrijdend kan werken, maar tegelijkertijd ook conservatieve trekken heeft. De uitdaging voor het recht lijkt er niet in te bestaan om de sport radicaal te veranderen door middel van gelijkebehandelingsconcepten of -regels, maar wel om de sport geleidelijk mee te sturen met gewijzigde

maatschappelijke opvattingen zodat men er de meest onwenselijke denkbeelden en praktijken uit weg kan halen.

De twee gezichten van de gelijkheid in de verlichting

Siep Stuurman

Aangezien het hedendaagse debat over gelijkheid in een globaliserende wereld voortbouwt op ideeën uit de Verlichting, kan een ideeënhistorische analyse van de spanningen in het gelijkheidsdiscours van de Verlichting wellicht bijdragen aan een beter begrip van de huidige controverses over gelijkheid, universalisme en cultuurrelativisme. In het publieke debat wordt niet zelden verwezen naar "de" Verlichting, alsof de Verlichting gereduceerd zou kunnen worden tot een eenduidig en monolithische doctrine. Historici zien de Verlichting tegenwoordig eerder als een serie debatten en controverses dan als een afgeronde theorie.[1] Hieronder zal ik dat laten zien aan de hand van het voorbeeld van de gelijkheid. Het zal blijken dat de "moderne gelijkheid" in de Verlichting twee gezichten heeft: een homogeniserend gezicht waarin gelijkheid de betekenis krijgt van "worden zoals degenen die al gelijk zijn", maar ook een pluralistisch gezicht waarin gelijkheid ook de vrijheid omvat om te kiezen voor een andere manier van leven dan het dominante cultuurmodel van de gevestigden die "al gelijk zijn".

Een methodische opmerking vooraf: ik beschouw gelijkheid niet als de constatering van een feit maar als de introductie van een nieuwe manier van kijken naar de menselijke verhoudingen. Historisch gezien is gelijkheid niet de ontdekking van een feit dat er altijd al was, maar eerder een *uitvinding*. Mensen zijn in de samenlevingen die wij kennen niet gelijk. Het "ruwe materiaal" van de geschiedenis is de ongelijkheid. Gelijkheid abstraheert van de gegeven ongelijkheden en introduceert vervolgens nieuwe manieren van zien en spreken, en nieuwe denkmogelijkheden. Mensen kunnen elkaar zien als gelijken en elkaar behandelen als gelijken. Waar het om gaat is in welke opzichten, in hoeverre, in welke talen en termen, en onder welke historische omstandigheden dat gebeurt.

De Verlichting is niet het eerste of enige gelijkheidsvertoog in de geschiedenis van de mensheid. Gelijkheid kan eveneens gevonden worden in een religieus scheppingsverhaal waar we lezen dat alle mensen geschapen zijn "naar Gods evenbeeld." De Verlichting is een etappe in een langere geschiedenis, de geschiedenis van de heruitvindingen van de gelijkheid. Het is een belangrijke etappe, en bovendien leven wij nog altijd in de filosofische en politieke nasleep van de Verlichting. Het historische tijdperk van de Verlichting loopt ruwweg van het midden van de zeventiende eeuw tot aan het einde van de achttiende eeuw. Dat is geschiedenis. Maar de Verlichting als voorraad denkbeelden, discours en controverses is niet historisch afgesloten, net zo min als het Christendom, de Islam of het Confucianisme. De denkvormen die zij hebben nagelaten maken een integraal deel uit van onze "moderne" wereld. Ideeënhistorisch beschouwd is de moderniteit per definitie meervoudig en heterogeen, wat natuurlijk niet betekent dat alle denkbeelden evenveel intellectuele en politieke macht vertegenwoordigen.

---

1 Zie Dorinda Outram, *The Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, p. 3; Jonathan I. Israel, *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 23-26.

De menselijke natuur als ultiem fundament van ware kennis

De wereldbeschouwing van de Europese middeleeuwen ging er vanuit dat God de mensen twee bronnen van ware kennis had geschonken, het boek van de openbaring en het boek van de natuur. De mens kon kennis en inzicht verkrijgen door de studie van Gods woord en door het onderzoek van Gods schepping. De twee "boeken" werden geacht elkaar niet tegen te spreken. De Verlichting begon als een amendering van dit denkschema. Zij verleende de kennis van de natuur de eerste plaats, en legde de tekst van de Bijbel allegorisch uit wanneer hij niet overeenstemde met de bevindingen van het nieuwe natuuronderzoek. De meeste woordvoerders van de Verlichting bleven de natuur als Gods schepping zien, hoewel een groeiende minderheid de natuur zelf een goddelijke status toekende of de natuur als enige werkelijkheid beschouwde en God als een overbodige hypothese. In alle drie de gevallen werden de kennis en het begrip van de "natuur der dingen" het fundament van alle ware kennis over de mens.

Moderne gelijkheid en moderne ongelijkheid

Wanneer men de nadruk legde op de gemeenschappelijke natuur van alle mensen kon dat resulteren in een universeel gelijkheidsbegrip. Ieder menselijk individu, zo luidde de redenering, heeft dezelfde natuurlijke behoeften en capaciteiten, waaronder de vaardigheid gereedschappen te gebruiken, het taalvermogen en, het belangrijkste van alles, het denkvermogen. In die zin zijn alle mensen van nature gelijk, ongeacht afkomst, etniciteit, stand, sekse, godsdienst of uiterlijk voorkomen. De ware menselijke natuur gaat vooraf aan al deze verschillen. Om haar te ontdekken moet men dus abstraheren van die verschillen, dat wil zeggen: abstraheren van alle vormen van sociale ongelijkheid. Wat overblijft is de gemeenschappelijke natuur van alle mensen. In dat opzicht zijn allen gelijkaardig en gelijkwaardig. Dit noem ik het discours van de *moderne gelijkheid*.

Het was echter ook mogelijk moderne theorieën over de natuur van de mens te ontwikkelen die bepaalde vormen van ongelijkheid als natuurlijk en onvermijdelijk voorstelden. Voorbeelden daarvan zijn de politieke economie, die een zekere mate van economische ongelijkheid als nuttig en productief rechtvaardigt, en de bio-psychologische theorieën van het sekseverschil, die verklaren dat vrouwen niet inferieur aan mannen zijn maar wel van nature "anders". Dit soort discours vat ik samen onder de noemer van de *moderne ongelijkheid* die we scherp moeten onderscheiden van de traditionele ongelijkheid die gebaseerd was op eenieders plaats in een goddelijk gesanctioneerde en functionele hiërarchische orde.

Een modern discours dat van grote betekenis geweest is voor het denken over gelijkheid en ongelijkheid op wereldschaal is de indeling van de mensheid in "rassen". De radicale, materialistische Verlichting beschouwde de mens als een onderdeel van het dierenrijk. Het lag vervolgens in de rede de classificatiemethoden van de nieuwe biologische wetenschap (de "natuurlijke historie") ook op de mens toe te passen. Net als de dieren konden de mensen ingedeeld worden op grond van anatomische, fysiologische en uiterlijke kenmerken. De natuuronderzoekers in de Verlichting stelden vast dat mensen in sommige opzichten op de hogere apensoorten leken, maar velen van hen meenden ook dat sommige mensentypen – vaak zijn dat de zwarte Afrikanen – dichter bij de apen stonden dan anderen. Een invloedrijk voorbeeld is de eerste biologische classificatie van Linnaeus (1735), waarin de volgorde liep van "witte Europeanen" via "roodachtige Amerikanen", "donkere Aziaten", en "zwarte Afrikanen"

naar de hogere apen.[2] De eerste aanzetten van de raciale theorieën zijn te vinden in de zeventiende eeuw, ze groeiden uit tot een systematisch geheel in de achttiende eeuw en werden de dominante vorm van wereldverklaring in de negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw.[3] Rond 1900 kunnen we spreken van een "wetenschappelijk racisme" dat aanzien en gezag genoot in het merendeel van de Westerse academische wereld.[4] In de late negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw kwam er al veel kritiek op het racisme, vaak van vertegenwoordigers van anti-koloniale bewegingen, van onderzoekers die zelf tot minderheidsgroepen behoorden, en ook van kritische antropologen. Maar pas na de Tweede Wereldoorlog verloor het racisme definitief zijn respectabiliteit.[5]

Het moderne discours van de ongelijkheid dat op wereldschaal het meest blijvende effect heeft gehad, en nog steeds heeft, is echter geheel anders van aard. Niet het statische biologische begrip "ras" maar een dynamisch begrip van de menselijke geschiedenis als "ontwikkeling" ligt eraan ten grondslag. De menselijke natuur wordt erin geconcipieerd als in abstracte zin gelijk in allen – daarin stemt dit discours overeen met de moderne gelijkheid – maar vervolgens ligt alle nadruk op het vermogen van de mensen om zich, door middel van hun sociale organisatie en hun georganiseerde collectieve geheugen, van generatie op generatie verder te ontwikkelen. Alle mensen hebben dus wel een gemeenschappelijk natuurlijk potentieel, maar waar het op aan komt is niet dat potentieel *in abstracto*, maar de historische realisatie ervan in de loop van de geschiedenis van de mensheid. Sommige volkeren zijn daarin "verder" dan andere. Dat geeft ze niet het recht die anderen te onderdrukken maar wel de bevoegdheid de "achtergebleven" volkeren op te voeden en zo vooruit te brengen. Deze manier van denken werd in de achttiende eeuw gangbaar als *histoire philosophique* of *conjectural history*.

De filosofische geschiedenis introduceerde een nieuw type geschiedbeschouwing. Ten eerste wordt het traditionele object van de geschiedschrijving, waarvan de politieke en kerkelijke geschiedenis de kern vormde, verbreed naar zeden en gewoonten, productiewijzen en eigendomsvormen, verwantschapssystemen en de positie van vrouwen, de civiele maatschappij en de voortgang van de menselijke geest (esprit humain). De politiek wordt niet langer gereduceerd tot het relaas van dynastieën en veldslagen, maar omvat nu de dimensie van staatsvorming. Ten tweede wilde de filosofische geschiedenis niet alleen beschrijvend maar ook verklarend te werk gaan. Het doel was een rationeel begrip en een theoretische analyse van de geschiedenis van de mensheid – dat was precies het "filosofische" eraan.

Ten derde werd de tijdruimtelijke horizon enorm uitgebreid. In plaats van de traditionele chronologie, die niet verder terug ging dan de vroegste schriftculturen, kwam een mensheidsgeschiedenis die van de oude steentijd tot het moderne Europa liep. De expansie in de ruimte was net zo spectaculair. De oude Hellenistische Orbis Terrarum, het gebied tussen de Zuilen van Hercules en de Indus, werd vervangen door een in aanleg wereldhistorisch en comparatief intellectueel project. Voor het eerst brak de Europese historische verbeeldingskracht uit de oude wereld van Europa, Noord-Afrika en West-Azië, symbolisch verbeeld door Athene, Rome en Jeruzalem.

---

2 Zie Philip Sloan, 'The Gaze of Natural History', in: Christopher Fox, Roy Porter, & Robert Wokler (red.), *Inventing Human Science: Eighteenth-Century Domains*, Berkeley: University of California Press 1995, p. 122.

3 Zie Siep Stuurman, 'François Bernier and the Invention of Racial Classification', *History Workshop Journal* (50) 2000, p. 1-21; Nicholas Hudson, 'From "Nation" to "Race": The Origin of Racial Classification in Eighteenth-Century Thought', *Eighteenth-Century Studies* (29) 1996, p. 247-264.

4 Seymour Drescher, 'The Ending of the Slave Trade and the Evolution of European Scientific Racism', *Social Science History* (14) 1990, p. 415-450.

5 Zie Elazar Barkan, *The Retreat of Scientific Racism: Changing Concepts of Race in Britain and the United States between the World Wars*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, p. 341-346.

In de regel onderscheidden de beoefenaars van de filosofische geschiedenis vier grote stadia: ten eerste de samenlevingen van jagers en verzamelaars, levend in kleine staatloze gemeenschappen (de "wilden"); ten tweede de nomadische veehouders in woestijnen en steppen, die grotere politieke verbanden vormden (de "barbaren"); ten derde de grote agrarische samenlevingen en imperia, met steden en een schriftcultuur (de "beschavingen"); en ten vierde de "commerciële maatschappij" waarin de markt naast de staat het voornaamste organisatiepatroon werd. Europa was vooralsnog het enige voorbeeld van het vierde stadium. De tijd wordt in de filosofische geschiedenis gedacht als "ontwikkeling", en Europa vertegenwoordigt het voorlopige "eindpunt" van de geschiedenis en de voorhoede van de mensheid.[6]
De moderne gelijkheid maakte het mogelijk alle traditionele rechtvaardigingen van de ongelijkheid onder kritiek te stellen, maar met de moderne ongelijkheid ging dat minder gemakkelijk. In zo'n geval stonden twee discours tegenover elkaar die beide pretendeerden een fundamentele waarheid over de menselijke natuur te vertegenwoordigen. Welke van deze waarheden het meest "fundamenteel" was, viel niet gemakkelijk uit te maken. Ik zal hieronder laten zien dat we de Verlichting het beste kunnen begrijpen als een combinatie van moderne gelijkheid en moderne ongelijkheid. De visies van Verlichtingsdenkers op de gelijkheid, vooral de gelijkheid op wereldschaal, waren ambivalent en polyinterpretabel.

De secularisering van de deugd

De Verlichting begon in het midden van de zeventiende eeuw, toen Europa terugblikte op meer dan een eeuw godsdienstoorlogen. Het christendom was door de protestantse reformatie veranderd van het voornaamste maatschappelijke bindmiddel in een bron van bloedige burgeroorlogen. De vrede kon slechts bewaard blijven, meenden de woordvoerders van de vroege Verlichting, als het staatsgezag niet gebruikt werd om deze of gene leerstellige variant van het christelijk geloof op te leggen. Tolerantie was dus de oplossing, maar dat riep onvermijdelijk de vraag op naar de grenzen van de tolerantie. Als katholieken en protestanten in één staatsverband konden samenleven, hoe zat het dan met Joden, moslims, of atheïsten? In zijn invloedrijke *Letter Concerning Toleration* (1690) verklaarde John Locke dat iedere religieuze groep die de wetten eerbiedigde getolereerd kon worden, dus ook de Joden en de moslims, maar hij trok een grens bij het atheïsme omdat hij meende dat de samenleving op een contract gegrondvest was en dat mensen die in geen enkele god geloofden geen betrouwbare contractpartners konden zijn.[7] Zijn tijdgenoot Pierre Bayle, een Franse protestant die naar de Nederlandse Republiek was uitgeweken, meende echter dat een samenleving van deugdzame atheïsten heel goed bestaanbaar was.[8] Natuurlijk waren er in zo'n atheïstisch gemenebest strenge strafwetten nodig, maar in de praktijk stond toch als een paal boven water dat geen enkele christelijke samenleving het zonder zulke wetten kon stellen. Natuurlijk, verklaarde Bayle later, is het voor een christen schokkend dat ook godloochenaars deugdzaam kunnen zijn. Maar, vervolgde hij, is het eigenlijk niet veel schokkender dat er gelovige christenen bestaan die niet deugdzaam zijn?[9]

---

6 Uitvoeriger hierover: Siep Stuurman, "Tijd en Ruimte in de Verlichting: De uitvinding van de *filosofische geschiedenis*", in Maria Grever & Harry Jansen (red.), *De Ongrijpbare Tijd: Temporaliteit en de Constructie van het Verleden* (Hilversum: Verloren, 2001), 79-96.
7 John Locke, *A Letter Concerning Toleration*, ed. John Horton & Susan Mendus, London & New York: Routledge 1991, p. 47.
8 Pierre Bayle, *Pensées diverses sur la comète*, Paris: Société des textes françaises modernes 1994, II, p. 77-78.
9 Pierre Bayle, *Historical and Critical Dictionary*, ed. Richard H. Popkin, Indianapolis & Cambridge: Hackett Publishing Cy. 1991, p. 400.

De tolerantie opende nieuwe denkmogelijkheden. De betekenis van religieuze verschillen bleef groot, maar de blik werd nu ook gericht op de overeenkomsten. De rechtvaardiging van de tolerantie moest op den duur wel consequenties hebben voor de visie op niet-christelijke en buiten-Europese culturen. Iedere opvatting over tolerantie impliceert een bepaalde kijk op cultuurverschillen. De Europese tolerantie begon als een intern christelijke aangelegenheid, maar dat hoefde niet zo te blijven. Als katholieken en verschillende protestantse stromingen vreedzaam in één staat konden samenleven, waarom zouden bijvoorbeeld Joden daar dan niet als ingezetenen of medeburgers kunnen worden toegelaten? De Joden waren de belangrijkste niet-christelijke minderheid in grote delen van Europa. De gangbare praktijk was dat ze op zijn best gedoogd werden, veelvuldig extra belasting moesten betalen, regelmatig vervolgd werden, en in grote delen van Europa in het geheel niet werden toegelaten. Burgers op gelijke voet met christenen waren ze nergens. Vanaf het midden van de zeventiende eeuw begonnen sommige denkers daar voorzichtig vraagtekens bij te zetten. In de radicale fase van de Engelse Revolutie gingen er bijvoorbeeld al stemmen op om de tolerantie uit te breiden tot joden en moslims. In 1648 stemde een raad van ambachtslieden in Whitehall voor "a toleration of all religions whatsoever, not excepting Turks nor Papists nor Jews."[10]

Richard Simon, een Franse katholiek en één van de grondleggers van de historische bijbelkritiek, publiceerde in 1681 een vertaling van de *Historia de gli riti hebraici* ("Geschiedenis van de Joodse riten") van de Venetiaanse rabbijn Léon de Modena. Simon voegde aan de vertaling een vergelijkende beschouwing over het ceremonieel van de Joden en de leefregels van de katholieke kerk toe, waarin hij een groot aantal gangbare anti-joodse vooroordelen weerlegde. Dit was waarschijnlijk de eerste publicatie van een christelijke auteur waarin het Jodendom op een open en niet veroordelende manier besproken werd. Simon was door zijn studie van de Hebreeuwse Bijbel in contact gekomen de Joodse koopman Jona Salvador, met wie hij langdurige gesprekken over de verschillen tussen het Jodendom en het christendom voerde.[11] Salvador bewoog Simon er toe een *factum* (pamflet) te publiceren ter verdediging van de Joden van Metz die van een rituele moord op christenkinderen beschuldigd werden. De hoofdverdachte, Raphael Levi, eindigde op de brandstapel, maar Simon's pamflet droeg er toe bij dat het proces tegen Levi niet in een grootscheepse pogrom overging.[12] Veel van de zogenaamde slechte eigenschappen van de Joden waren volgens Simon het gevolg van hun onderdrukking door de christelijke meerderheid.[13]

Een halve eeuw later stelde de Ierse vrijdenker John Toland voor de Joden burgerrechten te verlenen. In zijn *Reasons for Naturalizing the Jews* (London, 1714) schreef Toland dat er zeker uitzuigers en oplichters onder de Joden waren, maar dat hetzelfde van iedere natie en van ieder kerkgenootschap gezegd kon worden. De Joden waren, kortom, geen betere of slechtere burgers dan anderen.[14] Wat Simon en Toland gemeen hebben, is dat ze de fixatie op het anderszijn van de Joden vervangen door een redenering die naar de overeenkomsten zoekt.

De confrontatie met de grote Aziatische civilisaties dwong de Europeanen eveneens tot een heroverweging van hun traditionele manier van denken over religieuze ver-

---

10 A. S. P. Woodhouse, ed., *Puritanism and Liberty: Being the Army Debates (1647-1649) from the Clarke Manuscripts*, London & Melbourne: Dent 1986, p. 170, noot 1.

11 Zie Jean Steinmann, *Richard Simon et les origines de l'exégèse biblique*, Paris: Desclée de Brouwer 1960, p. 58-63.

12 Zie Joseph Reinach, *Une Erreur judiciaire sous Louis XIV: Raphaël Lévi*, Paris: Delagrave 1898, waarin de tekst van Simon's *factum* is afgedrukt.

13 Richard Simon, *Comparaison des ceremonies des Juifs et de la discipline de l'Église*, in *Les Juifs prédentés aux Chrétiens par Léon de Modène*, red. Jacques Le Brun & Guy G. Stroumsa, Paris: Les Belles Lettres 1998, p. 157.

14 John Toland, *Raisons de naturaliser les Juifs en Grande Bretagne et en Irlande*, red. Pierre Lurbe, Paris: Presses Universitaires de France 1998, p. 117.

schillen. Een interessant geval is het bezoek van de Franse ambassadeurs aan Siam in 1687. De bekering van koning Phra Naraï was één van de doeleinden van deze diplomatieke onderneming. De ambassadeurs overhandigden de koning een door Lodewijk XIV persoonlijk getekende brief, waarin deze zijn erkentelijkheid uitsprak voor de grootmoedigheid waarmee Phra Naraï de Franse jezuïeten in zijn land had toegelaten. De brief moedigde de Siamese koning in voorzichtige bewoordingen aan om nu ook zelf tot het christelijk geloof over te gaan. Daarvan was de vorst echter niet gediend. Hij begreep niet waarom de Franse koning hem een religie wilde doen afleggen die in Siam al meer dan tweeduizend jaar gevestigd was. Vervolgens legde hij de beduusde ambassadeurs uit dat als God overal ter wereld op dezelfde manier geëerd wenste te worden, hij de zaken ongetwijfeld op die manier geregeld zou hebben. Dat was echter niet het geval zoals iedereen die goed geïnformeerd was, behoorde te weten, want God "had sinds mensenheugenis in de wereld een groot aantal religies laten ontstaan."[15] Koning Phra Naraï was er, evenals de Fransen, van overtuigd dat er maar één god was, maar daar volgde volgens hem niet uit dat er ook maar één godsdienst behoorde te zijn. De Franse gezanten hadden daar niet meteen een overtuigend weerwoord op.

Het gemeenschappelijke element in dit type redenering is dat de ethiek belangrijker wordt dan de godsdienst. Religieuze riten en dogma's zijn bij ieder volk weer anders, terwijl de ethiek universeel is. Aanhangers van verschillende religies kunnen vreedzaam samenleven als ze het eens zijn over een aantal ethische grondregels. In Europa was het moderne natuurrecht, waarvan Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke en Samuel Pufendorf de invloedrijkste zeventiende-eeuwse vertegenwoordigers waren, de filosofische taal waarin een dergelijke ethiek gestalte kreeg. De grondslag ervan was het axioma dat ieder menselijk individu naar zelfbehoud, veiligheid en vrijheid streefde. Dat was een feit, maar het fundeerde ook het recht, en zelfs de plicht, naar zelfbehoud te streven. Mensen waren dientengevolge elkaars rivalen, maar ze hadden juist daardoor belang bij een stabiele, vreedzame onderlinge omgang. Het politieke contract waarin alle deelnemers hun vrijheid beperkten mits de anderen dat ook deden, was de oplossing.

In een befaamde – en beruchte – passage in *De Jure Belli ac Pacis* stelde Hugo de Groot dat de natuurwet van het menselijk zelfbehoud zelfs geldig bleef "indien wij zouden toegeven, wat zonder de opperste slechtheid niet toegegeven kan worden, dat God niet bestaat, of dat Hij zich niet bekommert om de aangelegenheden van de mensen."[16] De morele natuurwet dat ieder mens het eigen zelfbehoud mag en moet nastreven, werd op deze manier volstrekt losgekoppeld van iedere bijzondere religie, en feitelijk ook van het godsgeloof als zodanig. Rationele argumenten namen de plaats van het goddelijke gezag in. De redenering van De Groot impliceert dat de morele natuurwet haar geldigheid altijd behoudt, zelfs voor een atheïst. In de praktijk bleef De Groot een gelovige christen, maar in theorie had hij de deugd geseculariseerd.

Kracht en zwakte van de moderne gelijkheid

Van het moderne natuurrecht ging een onmiskenbaar gelijkheidseffect uit. Voordat het politieke contract afgesloten werd, was iedereen gelijk. In de prepolitieke "natuurtoestand" waren er geen standen en bestond er geen legitiem gezag. Met de vestiging

15 Zie Dirk van der Cruysse, *Louis XIV et le Siam*, Paris: Fayard 1991, p. 359-360.
16 Geciteerd in Richard Tuck, 'Grotius and Selden', in J. H. Burns, red., *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge: Cambridge University Press 1991, p. 515.

van het staatsgezag moesten de individuen een deel van hun natuurlijke vrijheid en gelijkheid inleveren. De vraag was uiteraard wat en hoeveel er moest worden opgeofferd. De figuur van het politieke contract opende als het ware een permanente discussie over de vraag welke vormen van ongelijkheid redelijk en legitiem waren en welke niet. De zekerheid van het natuurrecht berustte op een minimalisering van de ethiek. Daardoor bleef er veel open.

Het politieke contract werd gesloten tussen vrije en gelijke individuen. De vrijheid en de gelijkheid hadden voortaan het voordeel van de twijfel, terwijl voor alle vormen van ongelijkheid argumenten moesten worden geleverd. De traditionele manier van denken over gezag en vrijheid was precies omgekeerd geweest. Daarin had de ongelijkheid, belichaamd in het patriarchale gezin, de standenmaatschappij en de uitsluiting van "vreemdelingen", het voordeel van de twijfel. Het moderne natuurrecht plaatste de traditionele instituties onder een legitimatiedruk die voordien niet had bestaan. Andere discours van de moderne gelijkheid, zoals bijvoorbeeld de Cartesiaanse autonomie van het denkende individu, hadden een soortgelijk effect. Zoals het natuurrecht de standen uit de politieke legitimiteit verbande, zo verwijderde Descartes' *cogito* de standen uit het rijk van de geest.[17]

De moderne gelijkheid is een abstract concept. De menselijke natuur wordt erin opgevat als de harde kern die overblijft wanneer men van alle historisch gegroeide sociale conventies abstraheert. Op basis van het politieke contract kunnen de mensen afspreken bepaalde vormen van ongelijkheid wettelijk te sanctioneren. Van het recht om aan zulke afspraken deel te hebben, kan niemand zonder goede gronden worden uitgesloten. In de praktijk komt het echter vaak voor dat auteurs bepaalde vormen van ongelijkheid zo vanzelfsprekend vinden dat ze stilzwijgend geaccepteerd worden. Een treffend voorbeeld is het lemma É*galité (droit naturel)* in de grote *Encyclopédie* van Diderot en d'Alembert, een omvangrijk werk, waarvan het eerste deel in 1751 verscheen, en dat we kunnen beschouwen als het meest omvattende ontwerp van een canon van de Europese Verlichting. Louis de Jaucourt, de auteur van het lemma over de gelijkheid, was bovendien het werkpaard van Diderot. Hij schreef bijna een kwart van de tekst van de *Encyclopédie*.[18] De natuurlijke gelijkheid, stelt Jaucourt aan het begin van het artikel, "is diegene die onder alle mensen bestaat op grond van hun natuurlijke gesteldheid alleen; zij is het principe & het fundament van de vrijheid." Ieder mens is verplicht anderen "te beschouwen en te behandelen als even zovele wezens die van nature zijn gelijken zijn." Jaucourt merkt verder op dat de slavernij strijdig is met de natuurlijke gelijkheid. Ook zegt hij dat de aanzienlijken in een land dat geregeerd wordt door een "pouvoir arbitraire" in de regel alle rijkdommen van de natie aan zich trekken, terwijl de rest van de burgers zich tevreden moet stellen met het allernodigste en de grote massa van het volk in armoede zucht. Ook dat is in strijd met de natuurlijke gelijkheid (hij laat het aan de lezer over om uit te maken of deze observatie op het Franse absolutisme van toepassing is).

Aan het slot van zijn betoog verzekert Jaucourt zijn lezers echter dat hij geen fanatieke verdediger van een "absolute gelijkheid" is, en dat hij maar al te goed doordrongen is van de noodzaak van verschillen in vermogen en aanzien ("conditions" en "honneurs"), die onder ieder politiek regime moeten bestaan. In een pre-sociale "natuurlijke toestand", legt hij uit, zijn de mensen werkelijk gelijk, maar in die primitieve gelijkheid kunnen zij niet blijven: "de vorming van de maatschappij doet hen haar verliezen, & het is uitsluitend door de wetten dat zij wederom gelijken worden." Jaucourt verwijst

17 Zie Siep Stuurman, *François Poulain de la Barre and the Invention of Modern Equality*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 2004, p. 88-117.

18 Zie Richard N. Schwab, 'The Extent of the Chévalier de Jaucourt's Contribution to Diderot's *Encyclopédie*', *Modern Language Notes* (72) 1957, p. 507-508.

naar Aristoteles' bespreking van Phaleas van Chalcedonië die probeerde een absolute economische gelijkheid tot stand te brengen. Volgens Jaucourt is zoiets onbestaanbaar. Hij neemt daarmee afstand van iedere notie van een radicale nivellering van rijkdommen.[19] In het lemma *Démocratie* waarschuwt Jaucourt eveneens tegen een "extreme gelijkheid" die de democratie zou doen verworden tot een ochlocratie (heerschappij van het gepeupel).[20] Tenslotte is het interessant dat Jaucourt de gelijkheid associeert met de levenswijze van de "wilden" waarvan de "natuurlijke vrijheid" van allen de enige grondslag is.[21] Hij beschouwt volledige gelijkheid dus als een teken van primitiviteit.
Jaucourt levert geen harde argumenten voor de noodzaak van sociale en politieke ongelijkheid. Hij vertrouwt er op dat zijn lezers aan een half woord genoeg hebben. Velen hadden dat waarschijnlijk ook. Er bestond een stilzwijgende consensus dat natuurlijke gelijkheid niet impliceerde dat de particuliere eigendom en de duizendvoudige gradaties van inkomen, status en comfort die ermee verbonden waren, illegitiem zouden zijn. Nu is het zo dat een stilzwijgende consensus bestaat bij de gratie van de stilte. In het onderhavige geval werd de stilte luidruchtig verbroken door Jean-Jacques Rousseau die in zijn beroemde verhandeling over de ongelijkheid (*Discours sur l'inégalité*, 1755) betoogde dat de "morele en politieke ongelijkheid" op niets anders dan menselijke conventies berustte.[22] Daaruit volgde dat ook de eigendom geen natuurlijk recht was, maar een conventie. Volgens Rousseau konden er, uitgaande van de natuurlijke vrijheid en gelijkheid, geen goede argumenten voor eigendom en sociale ongelijkheid worden aangevoerd.
Het moderne antwoord op Rousseau was de nieuwe wetenschap van de politieke economie, die liet zien dat economische ongelijkheid in een markteconomie noodzakelijk en productief was. Het aantal economische publicaties nam na 1750 explosief toe, met de grote synthese van Adam Smith's *Wealth of Nations* (1776) als voorlopig hoogtepunt. De moderne gelijkheid vernietigde de legitimiteit van de standen, en volgens Rousseau's *Discours sur l'inégalité* ook die van de particuliere eigendom, maar de moderne ongelijkheid legitimeerde de eigendom en de door de markt voortgebrachte inkomensverschillen met behulp van een doctrine van individuele productiviteitsverschillen, competitie en economische groei.
Het voorbeeld van de economische ongelijkheid is geschikt om de kracht en de zwakte van de moderne gelijkheid te demonstreren. Stilzwijgende aanvaarding kan lang standhouden, maar niet onbeperkt. De effectiviteit ervan houdt op wanneer er genoeg mensen zijn die een van de bestaande vormen van ongelijkheid ter discussie stellen. Uitgaande van de natuurlijke gelijkheid zijn alle maatschappelijke instellingen kunstmatig en derhalve veranderbaar. Bovendien kan men verlangen dat ze zo worden ingericht dat *alle* mensen die eraan onderworpen worden er bij gebaat zijn. Daarmee is de grondslag gelegd voor een radicale egalitaire kritiek op de economische en politieke inrichting van de samenleving. Het antwoord van de politieke economie bestaat uit drie stappen. De eerste stap accepteert de vrijheid en de rechtsgelijkheid, en concludeert daaruit dat de markt, waar individuen vrijwillige ruilovereenkomsten sluiten, de meest "natuurlijke" vorm van economische organisatie is die "spontaan" opbloeit zodra de standsvoorrechten en overheidsmonopolies geslecht zijn (Adam Smith noemde dit "the natural propensity to truck, barter and exchange"). De tweede stap behelst de theorie dat de markt slechts efficiënt kan functioneren bij een zekere mate van ongelijkheid in eigendom en inkomen. De derde stap is de stel-

19 *Encyclopédie*, V, p. 381; de verwijzing is naar Aristoteles, *Politica*: 1266 b.
20 *Encyclopédie*, IV, p. 745-747.
21 Lemma *Sauvages*: *Encyclopédie*, XIV, p. 729.
22 Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur les sciences et les arts - Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les homes*, Paris: Flammarion 1971, p. 157.

ling dat iedereen, ook de minst bedeelden, op de lange termijn zal profiteren van de grotere productiviteit die daardoor mogelijk wordt.
De laatste stelling kan ook internationaal worden geformuleerd. In de *Wealth of Nations* evoceert Smith het contrast tussen de nijvere en sobere boer in Europa die er materieel beter aan toe zou zijn dan "many an African king, the absolute master of the lives and liberties of ten thousand naked savages."[23] Smith projecteert zijn theorie over de vergroting van de productiviteit door de markt en de arbeidsdeling op de hele wereld.[24] Een volgende stap in deze redenering is dat de productieve Europeanen het recht hebben zich land dat niet productief benut wordt toe te eigenen, bijvoorbeeld in Amerika, of later in Australië.
De politieke economie maakt geen einde aan de discussie over de ongelijkheid, maar schept een nieuw discours waarin die discussie gevoerd kan worden. Het blijft bijvoorbeeld mogelijk de vraag te stellen *hoeveel* economische ongelijkheid nodig is om de markt optimaal te laten functioneren (maar het antwoord "nul" zal weinig kans maken). Met andere woorden, de moderne gelijkheid behoudt het voordeel van de twijfel, maar de moderne ongelijkheid kan niet zo gemakkelijk als "achterhaald" of "irrationeel" worden afgedaan. We zullen nu zien dat het met de discussie over de ongelijkheid tussen culturen en civilisaties *mutatis mutandis* net zo gesteld is.

Diderot op Tahiti: moderne gelijkheid tegen cultureel imperialisme

De exploratie van de eilanden in de zuidelijke Stille Oceaan en de kolonisatie van Australië vormden de laatste fase van de Europese exploratie van de wereld. In de tweede helft van de achttiende eeuw werd de cirkel gesloten. In de jaren 1766-79 maakte de Franse onderzoeker Louis-Antoine de Bougainville een reis om de wereld, waarbij hij onder andere tien dagen op Tahiti verbleef. Zijn reisverslag, waarin hij berichtte over de "vrije" seksuele moraal van de Tahitianen, trok in geheel Europa de aandacht. Diderot schreef er een fictief commentaar op, het *Supplément au voyage de Bougainville* dat in de jaren 1770 in beperkte kring circuleerde, maar pas na de Franse Revolutie gepubliceerd werd.
De meest dramatische scène in Diderot's fictieve vertelling is het afscheid van Bougainville. De Tahitianen zijn bedroefd over het vertrek van de Fransen. Maar dan neemt een oude Tahitiaan het woord. Zijn boodschap is somber en ontluisterend:

> Weent, ongelukkige bewoners van Tahiti, weent. Maar laat het zijn vanwege de komst en niet vanwege het vertrek van deze eerzuchtige en kwaadaardige mensen: Eens zullen jullie ze beter leren kennen. Eens zullen ze terugkomen, met het stuk hout dat jullie aan de riem van de een ziet hangen in de ene hand, en het ijzer dat aan de zijde van de ander hangt in de andere hand. Zo zullen ze jullie ketenen, onthalzen, of jullie onderwerpen aan hun buitensporigheden en aan hun ondeugden; eens zullen jullie onder hun bewind gesteld worden, net zo gecorrumpeerd, net zo laaghartig en net zo ongelukkig als zij.[25]

De oude man noemt Bougainville een "vergiftiger van volkeren".[26] De Fransen, roept hij uit, hebben ons bloed besmet. Het beeld van de besmetting kunnen we zowel

23 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 2 dln, London: Dent 1964, I, p. 11.
24 Smith overschatte het productiviteitsverschil tussen Europa en de "rest" enorm. In werkelijkheid was een Afrikaanse vorst veel rijker dan een Europese boer, zie Paul Bairoch, *Economics and World History: Myths and Paradoxes*, Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf 1993, p. 106-108.
25 Denis Diderot, *Supplément au voyage de Bougainville – Pensées philosophiques – Lettre sur les aveugles*, Oaris: GF-Flammarion 1972, p. 147.
26 Diderot, p. 149.

letterlijk als figuurlijk verstaan. Letterlijk slaat het op de geslachtsziekten die de Europeanen op de bewoners van het eiland hebben overgebracht. Maar de besmetting is tevens een metafoor voor de Europese christelijke cultuur die ze met zich mee dragen. De Tahitianen hebben hun onschuld verloren, de meisjes voelen schaamte waar vroeger slechts onbekommerd genot bestond. De Fransen hebben hun spookbeelden en hun kunstmatige behoeften op de eilandbewoners overgebracht. Wat anderen de Europese beschavingsmissie noemen wordt door Diderot getypeerd als een kwaadaardige culturele infectie, die bovendien een onomkeerbaar historisch moment vertegenwoordigt. Hier is hij duidelijk beïnvloed door de cultuurkritiek van Rousseau, die de technieken en de wetenschappen had getypeerd als de bloemenkransen waarmee de ijzeren ketenen van de mensheid versierd waren.[27]
De Europese cultuur is niet beter dan andere, maar wel machtiger. "Jij bent de sterkere", bijt Diderot's oude Tahitiaan Bougainville toe. De wereldwijde triomftocht van de Europeanen is uiteindelijk een kwestie van macht. De vraag is, wie verovert en wie veroverd wordt. De oude man laat daar geen misverstand over bestaan. Hij wijst er op dat de Tahitianen Bougainville niet beroofd en beschoten hebben toen hij voet aan wal zette: "Wij hebben ons evenbeeld in jou gerespecteerd." Maar hoe reageerden de Fransen? In plaats van de menselijke natuur van de Tahitianen te eerbiedigen waren ze slechts geïnteresseerd in rijkdom en macht:

> Orou! jij die de taal van die mensen verstaat, vertel ons allen, zoals je mij verteld hebt, wat ze op die metalen plaat geschreven hebben: *Dit land nemen wij in bezit*. Dit land is van jou! En waarom dan wel? Omdat je er voet aan wal hebt gezet? Stel dat een Tahitiaan op een dag op jullie kusten zou landen, en op een van jullie stenen of op de schors van een van jullie bomen zou graveren: *Dit land behoort toe aan de inwoners van Tahiti*, wat zou je daarvan denken?[28]

Met deze retorische omkering van de taal van de koloniale bezitneming laat Diderot zien dat het Europese discours van de natuurlijke gelijkheid ook gebruikt kan worden tegen de wereldwijde Europese praktijk van verovering en grondroof.
Het grootste deel van het *Supplément* is gewijd aan een scherpe kritiek op de christelijke seksuele moraal. De enscenering is ditmaal een conversatie tussen de Tahitiaan Orou en de aalmoezenier van de expeditie, onderbroken door de nachtelijke verleiding van de aalmoezenier door Orou's dochter Thia. De volgende ochtend wil Orou weten wat de aalmoezenier bedoelde met de woorden "maar mijn religie, maar mijn heilige geloften" die hij tijdens het liefdesspel steeds maar herhaalde. De aalmoezenier slaagt er echter niet in de christelijke huwelijksmoraal te verdedigen tegen de kritiek van zijn gastheer. En zo verliest de onfortuinlijke geestelijke niet alleen zijn onschuld, maar ook de discussie. Diderot stelt de Tahitiaanse seksuele moraal voor als een natuurlijke code, die gericht is op de instandhouding van het volk. Het genot waarmee dat gepaard gaat, kan niet verkeerd zijn omdat het in dienst staat van het collectieve voortbestaan. Als de aalmoezenier heeft uitgelegd hoe de christelijke seksuele moraal in elkaar zit, schudt Orou zijn hoofd. Daar kan niets goeds van komen.
De Fransen, verklaart Orou, zijn kennelijk gedwongen naar drie codes te leven. De religieuze leer decreteert dat seksueel genot zondig is, de wetten van de staat schrijven het monogame en onontbindbare huwelijk voor, maar de derde code, de natuurwet, maakt het onmogelijk het seksuele verlangen uit te doven. Aangezien de drie codes met elkaar in strijd zijn, is het onmogelijk ze tegelijk na te leven, zodat het innerlijk

27 Rousseau, *Discours*, p. 38.
28 Diderot, p. 148.

van de Europese mens continu verscheurd wordt.[29] De oplossing is de afschaffing van religieuze voorschriften die lijnrecht in strijd zijn met de natuur, terwijl de wetten zo veranderd moeten worden dat de natuurlijke neigingen van de mensen in goede banen worden geleid. En passant kritiseert Diderot de Europese dubbele moraal die de vrouwen tot slachtoffers maakt van de mannen die er, ondanks alle kerkelijke en wettelijke regels, niet in slagen hun ware natuur in bedwang te houden. Machtsongelijkheid is ook in dat geval de pointe, want het verhaal wordt verteld door Polly Baker, een prostituee uit de Engelse kolonie New England die voor de rechtbank staat omdat ze een onwettig kind gebaard heeft. De man die haar bezwangerde, verklaart zij in haar verdedigingsrede, is zelf lid van de rechtbank die op het punt staat haar te veroordelen.

De Tahitiaanse seksuele spiegel die Diderot Europa voorhoudt, is fictief. Dat wist Diderot zelf ook wel. Hij volgt Bougainville's relaas op veel punten, maar zijn voorstelling van de inheemse "religie" als een soort rationeel natuurgeloof strookt niet met Bougainville, die spreekt over bijgeloof en mensenoffers en melding maakt van de geduchte macht van de Tahitiaanse priesterkaste.[30] Bougainville's verhaal over de idyllische vrijheid en gelijkheid op Tahiti was misschien oprecht. De meeste Europese reizigers landden in de Matavai Baai, waar de kuststrook door de "aristocratie" van het eiland bewoond werd. Het is mogelijk dat ze daardoor een te homogeen en paradijselijk beeld van de lokale samenleving kregen.[31] In hoeverre Diderot daarin meeging, weten we niet. Maar het is wel belangrijk om vast te stellen dat hij uitdrukkelijk afstand neemt van iedere "terug naar de natuur" ideologie.[32] Diderot's Tahiti is niet een plaats waar men naartoe kan vluchten, maar een middel om de Europese cultuur te kritiseren. De Europese beschavingsmissie is volgens Diderot vals omdat de Europeanen een cultuur verbreiden onder welks tegenstrijdigheden ze zelf gebukt gaan. Bovendien is de Europese expansie in strijd met de filosofie van de natuurlijke gelijkheid van alle mensen, die in interne Europese aangelegenheden een toenemende populariteit genoot. Diderot's Tahiti is fictief, maar zijn kritiek op de morele en culturele tegenstrijdigheden van het Europese imperialisme is dat niet.

Diderot's kritiek op het Europese imperialisme is tweevoudig. De omkering van het Europese discours van de "in bezitneming" van andere werelddelen in de redevoering van de oude Tahitiaan loopt uit op het inzicht dat de Europeanen denken dat de macht het recht maakt, een opvatting die door het moderne natuurrecht als onredelijk en willekeurig veroordeeld was. De Europese Verlichting pretendeerde een einde te maken aan de heerschappij van de macht over het recht, maar de Europese verovering van de wereld stelde overal waar zij zegevierde de macht in de plaats van het recht. Dezelfde kritiek komen we tegen in de *Histoire des Deux Indes* van de Abbé Raynal, een van de grote Europese bestsellers van de late achttiende eeuw (waaraan Diderot grote stukken heeft bijgedragen):

> Sedert de gedurfde pogingen van Columbus & Da Gama heeft in onze windstreken een fanatisme postgevat dat daarvoor onbekend was, het fanatisme van de ontdekkingsreizen. In de richting van de ene & de andere pool heeft men alle klimaatzones doorkruist & men gaat door ze te doorkruisen, teneinde er enkele werelddelen te vinden om binnen te vallen, enkele eilanden om te verwoesten, enkele volkeren om te beroven, te onderwerpen en uit te moorden. Zou degene

29 Diderot, p. 158.
30 Louis-Antoine de Bougainville, *Voyage autour du monde*, Paris: La Découverte 1992, p. 156-157.
31 Zie Dana Lepofsky, 'Gardens of Eden? An Ethnohistoric Reconstruction of Maohi (Tahitian) Cultivation', *Ethnohistory* (46) 1999, p. 4-5, 21.
32 Diderot, p. 186.

> die een einde maakte aan deze furie het niet verdienen tot de weldoeners van de mensheid gerekend te worden?[33]

Raynal zag vanaf de genocide op de inheemse Amerikanen tot aan zijn eigen tijd steeds hetzelfde beeld. De Europeanen pretendeerden de wereld te beschaven, maar ze brachten overal ter wereld moord, roof, plundering en besmettelijke ziekten.
Het tweede onderdeel van Diderot's kritiek is gericht tegen de Europese pretentie "beschaving" en "vooruitgang" te brengen aan de veroverde volkeren. Het culturele imperialisme van de Europeanen loopt volgens hem uit op een "vergiftiging" van de buiten-Europese volken met de bacillen van een cultuur onder welks tegenstrijdigheden de Europeanen zelf gebukt gaan. Diderot richt zijn pijlen vooral op de christelijke seksuele moraal, maar de strekking is breder: Europa is weliswaar machtiger en rijker, maar dat betekent niet dat het daarom superieur is.
Het is interessant dat *gender* zo'n cruciale rol speelt in Diderot's kritiek. De aanklacht van de prostituee Polly Baker tegen de regenten van New England draait om de stelling dat het innerlijke tegenstrijdige Europese seksuele regime hoofdzakelijk ten koste van de vrouwen gaat. In het geavanceerde Europa zijn vrouwen het particuliere eigendom van mannen en dus eigenlijk koopwaar, een ietwat malicieuze maar niet onrealistische typering van de harde patriarchale huwelijkswetten van alle Europese staten, of ze nu katholiek of protestant waren. Diderot's Polly Baker verhaal kan gelezen worden als een indirecte kritiek op de pretentie dat de vrouwen in het achttiende-eeuwse Europa juist meer vrijheid genoten dan in de rest van de wereld. De grote Franse natuuronderzoeker Buffon had in zijn antropologie (in deel 3 van de *Histoire Naturelle*, 1751) verklaard dat het juist de verst ontwikkelde naties van Europa waren waarin de "zachte zeden" de vrouwen een mate van vrijheid verleenden die in alle voorafgaande civilisaties ondenkbaar was. De "wilden" in de "warme landen" traden volgens Buffon "het meest tyranniek" tegen hun vrouwen op.[34] Buffon's opvatting was een echo van de lange reeks observaties in de Europese reizigersliteratuur over de manier waarop "andere" volkeren "hun" vrouwen onderdrukten.[35] Zelfs Raynal, toch een geharnast criticus van de Europese expansie, stelt met instemming vast dat de Europeanen de wedeuwenverbranding hebben afgeschaft in de delen van India die zij besturen. Hij voegt er wel aan toe dat enkele islamitische vorsten hetzelfde hebben gedaan.[36] De implicatie van de kritiek op de vrouwenonderdrukking in Azië en Afrika was vrijwel altijd dat de vrouwen in Europa een betere positie hadden. Maar "Tahiti" past niet in dat beeld. Met behulp van Bougainville's Tahitianen draait Diderot de rollen om.
Het Europese imperialisme is dus volgens Diderot zowel onrechtmatig als cultureel schadelijk. Toch pleit hij niet voor een omgekeerd beschavingsoffensief. Alles bijeengenomen, zegt "zijn" Tahitiaan Orou, kan men de Tahitiaanse zeden niet veroordelen in het licht van de Europese, maar evenmin de Europese in het licht van de Tahitiaanse. De beste gedragslijn is dat iedereen in zijn eigen land probeert slechte wetten en slechte zeden te verbeteren. Ieder geforceerd beschavingsoffensief loopt in de ogen van Diderot uit op een kwaadaardige vorm van "culturele kortsluiting". Maar intussen is het maar al te duidelijk dat de Europese globalisering van de wereld aan de lopende band culturele kortsluitingen produceert. De oude Tahitiaan kondigt de toe-

---

33 Guillaume Thomas Raynal, *Histoire philosophique et politique des établissemens et du commerce des Européens dans les deux Indes*, 10 dln., Genève 1781, X, p. 386.
34 George Louis Leclerc de Buffon, *De l'homme*, red. Michèle Duchet, Paris: Maspéro 1971, p. 132.
35 Zie Londa Schiebinger, 'The Anatomy of Difference: Race and Sex in Eighteenth-Century Science', *Eighteenth-Century Studies* (23) 1989-90, p. 387-405.
36 Raynal, I, 96-97.

komstige terugkeer van de Europeanen aan als een onvermijdelijk noodlot. Net zo goed als Rousseau wist Diderot dat er geen terugweg naar "de natuur" bestond. De gebeurtenissen krijgen hun diepere betekenis in het tijdsbegrip van de filosofische geschiedenis. Europa vertegenwoordigt de toekomst van Tahiti, een toekomst waaraan niemand kan ontsnappen, zelfs niet in de meest afgelegen uithoek van de Grote Oceaan. Het verleden van de Tahitianen heeft geen toekomst, en hun toekomst is een geschiedenis waarvan het scenario elders al geschreven is.

Dezelfde temporaliteit, maar in een optimistischer toonzetting, komen we tegen bij Condorcet, een van de meest egalitaire denkers van de late Verlichting. Condorcet bestreed de slavernij en hij verdedigde de gelijkheid der seksen. In zijn "tafereel van de voortgang van de menselijke cultuur", geschreven terwijl hij zelf door de Jacobijnse terreur vervolgd werd, typeert hij het Europese tijdvak van de Reformatie tot de Verlichting als een wereldhistorisch draaipunt. Voortaan zal de ontwikkeling van de mensheid verlopen langs de vaste baan van de vooruitgang. De toename van de gelijkheid in alle menselijke verhoudingen is volgens Condorcet een van de voornaamste vectoren van de geschiedenis van de toekomst. De verbreiding van de Verlichting over de gehele mensheid is het meest effectieve vehikel van de vooruitgang. Dat zal gebeuren door opvoeding op wereldschaal. Over de Europese koloniale praktijk velt Condorcet hetzelfde harde vonnis als Diderot en Raynal, maar hij oordeelt veel positiever over de potentiële invloed van de Europese Verlichting in de wereld. In zijn ogen moeten de koloniën niet verdwijnen, maar van karakter veranderen. De overzeese "roversholen", schrijft Condorcet, zullen in de toekomst plaats moeten maken voor "burgerkolonies die in Afrika en Azië de beginselen en het voorbeeld van de Europese Verlichting en de rede zullen verbreiden."[37] Condorcet wordt in maart 1794 door de Jacobijnse autoriteiten gearresteerd en sterft in zijn cel. Een jaar later, na de val van Robespierre, wordt zijn boek over de voortgang van de menselijke geest op last van de Nationale Conventie verspreid op de nieuwe republikeinse scholen. Zijn visie op de *mission civilatrice* van de koloniën zal in de negentiende en twintigste eeuw een onderdeel van de Franse koloniale ideologie worden. Het zal eveneens het belangrijkste argument zijn waarmee de liberaal John Stuart Mill de Britse heerschappij in India verdedigt.[38]

Conclusie: Verlichting en Transculturele Gelijkheid

Laten we proberen de balans op te maken. De fictieve Tahitianen van Diderot zijn een gedachtenexperiment met wortels in de historische realiteit. Zonder Bougainville's reisverslag had hij het *Supplément* niet kunnen schrijven. Bij Diderot vinden we een combinatie van het universele discours van de natuurlijke gelijkheid met een cultuurrelativistische empathie met de buiten-Europese volken. Het is precies die combinatie die zijn wereldwijde egalitarisme zoveel kracht geeft. Zonder de natuurlijke gelijkheid vervalt het cultuurrelativisme gemakkelijk in een paternalistische en verontschuldigende benadering van andere culturen. Maar zonder het relativeren van cultuurverschillen en blijft de natuurlijke gelijkheid een "leeg" vertoog, dat zich niet echt inlaat met de levenswijze van anderen. Diderot idealiseert Tahiti en kritiseert Europa, maar juist daardoor ontstaat er een zeker evenwicht. Hij introduceert de denkmogelijkheid dat "Europa" en "Tahiti" twee levensvormen vertegenwoordigen die beide

37 Jean-Antoine-Nicolas Caritat, marquis de Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progress de l'esprit humain*, Paris: GF-Flammarion 1988, p. 269.

38 Zie John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government* [1861], South Bend, Indiana: Gateway Editions 1962, p. 79, 346; zie verder Uday Singh Mehta, *Liberalism and Empire*, Chicago & London: University of Chicago Press 1999.

hun sterke en zwakke kanten hebben, en nodigt zijn Europese lezers uit hun eigen levenswijze niet als de maat der dingen te zien, maar als één cultuur temidden van andere. Tegenover de boodschap van de filosofische geschiedenis dat Europa de historische toekomst van de wereld vertegenwoordigt, welsprekend vertolkt in de sombere redevoering van de Oude Tahitiaan, bevat het *Supplément* een subtekst die aan Herodotus herinnert en de mogelijkheid suggereert dat de cultuurverschillen in de wereld ondanks alles ook in de toekomst zullen blijven bestaan.

De moderne gelijkheid is één van de meest centrale en krachtige ideeën van de Verlichting. De menselijke natuur wordt begrepen als een descriptief en normatief concept. Alle mensen hebben dezelfde basisbehoeften en capaciteiten, en allen kunnen daarom gelijkelijk aanspraak maken op dezelfde elementaire rechten zoals leven, veiligheid, vrijheid en het streven naar geluk ("the pursuit of happiness", zoals de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring het formuleert). Er bestaat dientengevolge geen "natuurlijk gezag" van de ene groep mensen over een andere. Gemeten met die maatstaf is een koloniaal imperium net zo onverdedigbaar als de slavernij. Het is een opvatting die, hoewel nooit algemeen geaccepteerd, door een aanzienlijk aantal auteurs in de tweede helft van de achttiende eeuw werd onderschreven, vaak in combinatie met de stelling dat uitgestrekte imperia moeilijk bestuurbaar waren en bovendien een bron van corruptie van de politiek in het moederland.[39]

De moeilijkheden beginnen wanneer men dit abstracte idee historisch inhoud wil geven. De dominante visie beschouwt de Verlichting als een universele cultuur. De kritische rede en de natuurlijke gelijkheid zijn weliswaar in Europa bedacht, maar hun waarheid is universeel en geldt voor alle volkeren van de planeet. De filosofische geschiedenis toont vervolgens aan dat de historische ontwikkeling van de mensheid op die universele cultuur zal en moet uitlopen. De moderne gelijkheid verschijnt in dit perspectief als het gelijke recht op deelname aan de universele cultuur. Gelijk worden betekent worden zoals degenen die al gelijk zijn, dat wil zeggen, zoals de Europeanen. Om dat doel te bereiken moet iedereen "verlicht" worden. Zowel de Europese volksmassa's als de buiten-Europese volken verschijnen dan als objecten van een paternalistische beschavingsmissie. Condorcet, de meest egalitaire van de grote Verlichtingsdenkers van de late achttiende eeuw, zag een toenemende gelijkheid als een historische trend die zich op wereldschaal zou doorzetten. Bij hem is de gelijkheid van de Europeanen en de "anderen" ingebed in en beperkt door een pedagogische relatie tussen de meester en de leerling. De "echte" gelijkheid krijgt de status van een belofte, een ideaal dat vaag zichtbaar is aan de terugwijkende horizon van de toekomst.

Diderot's kritiek is van betekenis omdat hij de kritische rede van de Verlichting ook inzet tegen haar eigen pretentie de universele cultuur van de toekomst te zijn. Onder invloed van Rousseau's beschavingskritiek heeft hij oog voor de negatieve kanten van de moderne Europese civilisatie. In zijn visie moet de Europese cultuur in de eerste plaats zelf ontdaan worden van de onnatuurlijke moraal van het christendom. De Europese geschiedenis wordt nog steeds gedacht als voortgang, maar niet langer als vooruitgang. Europa kan niet in alle opzichten model staan voor de toekomst van de rest van de wereld, en de aanspraken van Europa op de positie van wereldbovenmeester zijn niet langer vanzelfsprekend. Diderot houdt wel vast aan het Verlichtingsbegrip van de natuur van de mens, maar hij ziet de menselijke cultuur als variabel over een

---

39 Zie Urs Bitterli, *Cultures in Conflict: Encounters between European and Non-European Cultures, 1492-1800*, Cambridge: Polity Press 1989, p. 166-177; Anthony Pagden, *European Encounters with the New World*, New Haven & London: Yale University Press 1993; Melvin Richter, 'Europe and *The Other* in Eighteenth-Century Thought', *Politisches Denken Jahrbuch 1997*, Stuttgart: J. B. Metzler 1997, p. 25-47; Sankar Muthu, *Enlightenment against Empire*, Princeton: Princeton University Press 2003.

zekere bandbreedte. De mensen kunnen hun natuurlijke basisbehoeften en capaciteiten op verschillende manieren vorm geven, en het is niet mogelijk op voorhand vast te stellen dat de ene manier beter of slechter is dan de andere. Misschien zijn er minimale normen waaraan alle goede samenlevingen moeten voldoen, maar de vrijheid zelf een levensvorm te kiezen heeft het voordeel van de twijfel. In dit perspectief verschijnt de gelijkheid als het gelijke recht de levensvorm te kiezen waaraan men zelf de voorkeur geeft. Gelijkheid is dan ook een recht op anderszijn. De toekomst wordt in dat geval niet gedacht als een universele cultuur, maar als een wereld met blijvende cultuurverschillen.

Ik heb met opzet de twee gezichten van de moderne gelijkheid ideaaltypisch geformuleerd. De lezer van de geschriften van de Verlichting zal gemakkelijk kunnen ontdekken dat de meeste auteurs elementen van beide visies in hun redeneringen hebben opgenomen. Gegeven hun uitgangspunt, een theorie van de "werkelijke" natuur van de mens, is dat onvermijdelijk. De menselijke natuur kan als reeds volledig bekend worden beschouwd, maar er waren ook denkers, zoals de Franse oriëntalist Abraham-Hyacinthe Anquetil-Duperron, die de nadruk legden op wat de Europese geleerden en bestuurders allemaal nog niet wisten.[40] De Verlichting kon niet ontkomen aan de spanning tussen de behoefte aan een canon van het moderne weten – dat was wat de *Encyclopédie* van Diderot en d'Alembert pretendeerde te bieden – en de razendsnel voortgaande productie van nieuwe kennis en nieuwe ideeën.

De menselijke natuur wordt bovendien in de achttiende eeuw langs zeer uiteenlopende lijnen geëxploreerd. De natuur is de grondslag van het natuurrecht, de moderne gelijkheid en de notie van de "rechten van de mens" die tegen het einde van de eeuw snel aan populariteit en gezag wint.[41] Maar het succes van de Radicale Verlichting brengt ook met zich mee dat de mens steeds meer als een integraal onderdeel van het dierenrijk wordt beschouwd. De rassendoctrines zijn net zo goed een discours over de natuur van de mens als het natuurrecht en de moderne gelijkheid.[42]

De filosofische geschiedenis tenslotte, is een poging om te ontdekken hoe de variabele component van de menselijke natuur zich over een tijdspanne van duizenden jaren ontplooit. Het prescriptieve, morele discours over de natuur van de mens is immers tamelijk abstract, zodat er altijd ruimte voor variatie en ontwikkeling blijft. Iets sterker geformuleerd, het ligt in de natuur van de mens een historisch, zich ontwikkelend wezen te zijn. Daarom speelt de filosofische geschiedenis zo'n cruciale rol in alle aspecten van de Verlichting.

De uiteenlopende, deels tegenstrijdige discours over de natuur van de mens werken door in de historische ontwikkeling van het gelijkheidsbegrip. Het resultaat is een onstabiele, precaire en verschuivende balans tussen een Eurocentrisch, pedagogisch gekleurd gelijkheidsbegrip en een meer open, universalistisch discours over gelijkheid en cultuurverschil. In het eerste geval verschijnt de Europese Verlichting als het embryo van een universele cultuur, in het tweede geval is het één cultuur temidden van andere. De Verlichting wordt dan niet als een universele maar als een dominante cultuur gezien. Op wereldschaal zien we dan een openbreking van traditionele culturen zonder de zekerheid dat het uiteindelijke resultaat een homogene universele

---

40 Zie Siep Stuurman, 'Cosmopolitan Egalitarianism in the Enlightenment: Anquetil Duperron on India and America', *Journal of the History of Ideas* (68) 2007, p. 255-278.

41 Zie Lynn Hunt, *Inventing Human Rights: A History*, New York & London: Norton 2007.

42 In zijn werk over de Radicale Verlichting betoogt Jonathan Israel dat de materialistische variant van de Verlichting ook in sociaal en politiek opzicht de meest radicale is, en de enige consistente grondslag vormt voor de universele gelijkheid. Ik stel daar tegenover dat de verschillende discours van de moderne ongelijkheid eveneens materialistisch zijn, zodat een materialistische filosofie niet dwingend tot een discours van universele gelijkheid leidt. De verbindingen tussen filosofische en politieke posities zijn tamelijk open en veel minder gedetermineerd vanuit de filosofie dan Israel meent. Zie Jonathan Israel, *Enlightenment Contested*, 866.

cultuur zal zijn. Het eerste model is het dominante, maar het is belangrijk om te zien dat de Verlichting ook ruimte heeft geschapen voor het tweede. De waarde en de enorme historische kracht van de Verlichting ligt in kennis en inzicht, maar ook in een corrosieve geest van kritiek die het eigen weten niet spaart.

In de hedendaagse debatten over de deelname van "niet-westerse allochtonen" – want dat zijn kennelijk de enige "echte" allochtonen – aan de Westerse cultuur wordt vaak beweerd dat "wij" de Verlichting aan "hen" moeten onderwijzen, of zelfs opleggen als het niet anders kan. De universele denkbeelden van de Verlichting worden in zo'n redenering voorgesteld als Westers erfgoed. De Verlichting wordt gedacht naar analogie van de moderne natie. De kracht van universele ideeën is echter dat zij universeel zijn, dat wil zeggen van en voor iedereen. Beslissend is niet hun genealogie maar hun geldigheid. Deze spanning in het discours van de zelfbenoemde bewakers van de Verlichting komt terug in het gelijkheidsbegrip. Universele gelijkheid impliceert een erkenning van "anderen", westers of niet-westers, als gelijkwaardige gesprekspartners, niet als objecten van een pedagogische interventie. Gelijkheid gaat niet goed samen met de retorische vernedering van de nog niet genoeg verlichte medeburger. In de praktijk leidt vernedering tot wrok en rancune, en niet tot een gemeenschappelijk burgerschap. De echte les van de Verlichting is dat radicale kritiek altijd zelfkritiek omvat.

Rechtsvorderingen bij discriminatie

Alex Geert Castermans

1 INLEIDING

De wetgeving gelijke behandeling betreft in belangrijke mate civielrechtelijke rechtsverhoudingen, tussen werknemer en werkgever, huurder en verhuurder, bank en cliënt, behandelaar en patiënt en zo meer. Dit zijn rechtsverhoudingen die in het Nederlands burgerlijk wetboek uitgebreid zijn geregeld, zowel in het algemeen als in het bijzonder. Het verwondert dan ook niet dat gelijkebehandelingswetten nauwelijks aandacht besteden aan rechtsvorderingen bij discriminatie. Weliswaar is een enkel rechtsgevolg beschreven – zoals de nietigheid van bedingen in strijd met het discriminatieverbod – maar niet welke aanspraken hieraan zijn verbonden. Die zijn ingebed in het geheel van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.
In deze bijdrage worden verschillende rechtsvorderingen behandeld aan de hand van de verschillende stadia van een civielrechtelijke overeenkomst: de totstandkoming (wat zijn de gevolgen van een discriminatoire afwijzing en van een verboden afspraak), de uitvoering (verjaring bij ongelijke beloning, victimisatie) en de beëindiging, toegespitst op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
De vraag is of de rechtsvorderingen voldoen, niet alleen in praktische maar ook in juridische zin. Het geheel moet voldoen aan internationale regels, in het bijzonder het Europese gelijkebehandelingsrecht.[1] Daarom volgt eerst enige aandacht voor de eisen die het Europese gelijkebehandelingsrecht aan rechtsvorderingen stelt.

2 EUROPEES KADER

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is grotendeels gebaseerd op richtlijnen. Hoewel deze maar één van de bronnen van Europees recht zijn – naast bijvoorbeeld artikel 141 van het Europees Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (over gelijke beloning m/v) of gelijke behandeling als beginsel van gemeenschapsrecht – zal ik mij op deze richtlijnen concentreren.[2] Kort gezegd gaat het om richtlijnen gewijd aan een verbod van discriminatie op grond van geslacht,[3]

---

1 Graag verwijs ik naar een overzicht van de eisen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht, het EVRM en de VN-verdragen: Christa Tobler (European Network of Legal Experts in the non-discrimination field), *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law*, Brussel: European Commission 2005, p. 20-24. Ik ben prof. Tobler dank verschuldigd voor de gedachtewisseling over deze bijdrage.
2 Zie HvJEG 23 september 2008, *Bartsch*, zaak C-427/06, *JAR* 2008/319, in het bijzonder de conclusie van advocaat-generaal Sharpston over de toepassing van verbod van leeftijdsdiscriminatie als beginsel van gemeenschapsrecht; zie over de algemene beginselen van gemeenschapsrecht Asser-Hartkamp 3-I* 2008, nr. 84 e.v.
3 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) *PbEG* 2006 L 204/23 en 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; *Pb EG* 2004 L 373/37.

ras[4] en de in de zogenaamde Kaderrichtlijn genoemde gronden godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid.[5]
De Ras- en Kaderrichtlijn kennen een apart hoofdstuk over rechtsmiddelen en handhaving van rechten. De bepalingen zijn naast het verbod van victimisatie overwegend procesrechtelijk van aard: het gaat over de plicht van de lidstaten ervoor te zorgen dat eenieder die zich door niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, de naleving van de verplichtingen uit de richtlijn in rechte aan de orde kan stellen. Ook is het bewijs van discriminatie geregeld. Het hoofdstuk met slotbepalingen voorziet in de nietigheid van afspraken in strijd met het gelijkheidsbeginsel en in andere sancties op overtreding van discriminatienormen. Die sancties – die ook de schadevergoeding ten behoeve van de benadeelde kunnen omvatten – moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.
Het valt op dat in beide richtlijnen het begrip *rechtsmiddelen* wordt gehanteerd als titel van het ene – nogal op de procedure gerichte – hoofdstuk, terwijl de *sancties* zijn geregeld onder een andere kop. Dat is verwarrend, omdat in het burgerlijk recht schadevergoeding als *rechtsmiddel* voor bijvoorbeeld wanprestatie wordt gezien, terwijl de richtlijnen deze onder *sanctie* brengen. Tobler biedt voor deze verwarring een overtuigende verklaring. Zij refereert aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin is overwogen dat het procedurele artikel 6 van de Richtlijn 76/207/EEG de aanspraak van het individu op een rechtsmiddel omvat, terwijl in de ontwerpen van de Kader- en Rasrichtlijn onder *sancties* oorspronkelijk niet individuele compensatie van de benadeelde, maar bestraffing van de dader werd verstaan. In de uiteindelijke versie is ook de individuele aanspraak van de benadeelde op schadevergoeding in het artikel over sancties opgenomen.[6] Enig verschil in rechtsgevolg is intussen niet beoogd. In de jongste Richtlijn betreffende geslacht (2006/54/EG) is onder de kop rechtsmiddelen een bepaling gewijd aan 'compensatie of reparatie', artikel 18:
De lidstaten nemen in hun interne rechtsorde de nodige maatregelen op om te zorgen voor reële en effectieve compensatie of reparatie, naargelang zij bepalen, van de schade geleden door een persoon als gevolg van discriminatie op grond van geslacht, op een wijze die afschrikkend is en evenredig aan de geleden schade. …
Deze verplichting om in de nationale rechtsorde te voorzien in een daadwerkelijk, doeltreffende en afschrikkende sanctie vloeide al voort uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie in het kader van artikel 6 van Richtlijn 76/207/EEG, mooi weergegeven in de overwegingen 44-45 van het arrest *Pacquay*:

> 44 Artikel 6 schrijft de lidstaten voor het geval van schending van het discriminatieverbod niet een bepaalde maatregel voor, doch laat hun de vrije keuze tussen de verschillende oplossingen die geschikt zijn om de doelstelling van richtlijn 76/207 te bereiken, afhankelijk van de verschillende situaties die zich kunnen voordoen
> 45 Het doel is echter om tot een daadwerkelijke gelijkheid van kansen te komen, en dat kan niet worden bereikt zonder passende maatregelen om die gelijkheid te herstellen wanneer zij niet in acht is genomen. Dergelijke maatregelen moeten

4 Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb EG* 2000 L 180/22.
5 Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in de arbeid en beroep, *Pb EG* 2000 L 303/16.
6 Tobler 2005, p. 32.

> derhalve een daadwerkelijke en doeltreffende rechterlijke bescherming waarborgen en tegenover de werkgever een reële afschrikkende werking hebben …..[7]

Blijkens de nieuwe richtlijn en de oude jurisprudentie genieten de nieuwe lidstaten dus keuzevrijheid, met dien verstande dat de gekozen optie aan randvoorwaarden moet voldoen: daadwerkelijk, doeltreffend, rechterlijk, afschrikkend. Dat kan in de vorm van genoegdoening voor het benadeelde individu, maar als er is geklaagd door een organisatie die gelijke kansen bevordert, dan kan een publicatie op kosten van de beklaagde volstaan, of een verbod in combinatie met een boete of vergoeding van de kosten die de organisatie heeft gemaakt. [8]
Het Hof van Justitie kijkt naar de sanctie die een lidstaat in vergelijkbare gevallen heeft gekozen; daarin ziet het Hof een indicatie van wat als voldoende kan worden gezien. De gekozen optie moet gelijkwaardig zijn, zo blijkt uit *Pacquay*:

> 52 Zoals het Hof reeds heeft verklaard, dienen de lidstaten er bij de keuze van een passende oplossing om het doel van de richtlijn te verwezenlijken, op toe te zien dat voor schendingen van het gemeenschapsrecht sancties worden opgelegd volgens gelijke materiële en procedureregels als voor vergelijkbare en even ernstige schendingen van het nationale recht … .

Ofwel: even ingrijpend. Mevrouw Pacquay beriep zich op regels die bescherming beogen te bieden tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie.[9] De Belgische rechter vroeg zich af of de maatregelen die in dit kader moeten worden getroffen van dezelfde ernst moeten zijn als in geval van schending van de Richtlijn uit 1976. Het antwoord luidt positief:

> 50. Indien een lidstaat krachtens de artikelen 10 en 12 van richtlijn 92/85 en om te voldoen aan de in de rechtspraak van het Hof op het gebied van sancties gestelde eisen, als sanctie bij niet-naleving van de verplichtingen van artikel 10 kiest voor een bepaalde vergoeding in geld, volgt hieruit, zoals de Italiaanse regering in casu heeft betoogd, dat de door deze lidstaat gekozen maatregel in geval van schending, in gelijke omstandigheden, van het discriminatieverbod van de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207 ten minste gelijkwaardig behoort te zijn.
> 51. Indien de door een lidstaat krachtens artikel 12 van richtlijn 92/85 gekozen vergoeding noodzakelijk wordt geacht om de betrokken werkneemsters te beschermen, valt moeilijk in te zien hoe een ter uitvoering van artikel 6 van richtlijn 76/207 gekozen minder hoge vergoeding als passend in verhouding tot de geleden schade kan worden aangemerkt, wanneer die schade is veroorzaakt door een ontslag in dezelfde omstandigheden, dat de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van deze laatste richtlijn schendt.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie is nog een aantal uitgangspunten te destilleren, samenhangend met de eis dat de sanctie daadwerkelijk en doeltreffend

---

7 HvJ EG 11 juli 2007, zaak C-460/06, met verwijzing HvJ EG 4 november 1990, *Dekker*, *NJ* 1992, 224, punt 23; HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Van Colson en Kamann*, *Jurispr.* 1984, 1891 e.v. punt 18: HvJ EG 2 augustus 1993, *Marshall*, *JAR* 1993/208.
8 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07, *Feryn*, *EHRC* 2008/107, m.nt. Gijzen, punt 39.
9 Richtlijn 92/85/EEG van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (*Pb EG* 1992 L 348/1).

moet zijn. Zo is in de zaak *Dekker* bepaald dat met de overtreding van het discriminatieverbod de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid een gegeven moet zijn:

> 19. In de derde vraag gaat het erom, of de art. 2 en 3 (van richtlijn nr. 76/207/EEG, AGC) zich ertegen verzetten, dat een op schending van het beginsel van gelijke behandeling gegronde vordering tot schadevergoeding slechts kan worden toegewezen, indien daarnaast nog schuld van de werkgever wordt aangetoond en vaststaat dat hij geen beroep op een rechtvaardigingsgrond kan doen. (…)
> 22. In de richtlijn worden in art. 2 lid 2-4 uitzonderingen voorzien op het in het eerste lid van dit artikel vervatte beginsel van gelijke behandeling, doch de richtlijn stelt de aansprakelijkheid van degene die discrimineert, in geen enkel opzicht afhankelijk van het bewijs van schuld of van de afwezigheid van enige rechtvaardigingsgrond.
> 23. Art. 6 richtlijn erkent dat het slachtoffer van discriminatie rechten heeft die hij voor het gerecht geldend kan maken. Ook al is voor een volledige tenuitvoerlegging van de richtlijn niet een bepaalde sanctie op schending van het discriminatieverbod noodzakelijk, voorwaarde is wel dat de sanctie een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming kan verzekeren (…). Verder dient zij ten aanzien van de werkgever een echt afschrikwekkende (NB: in de Richtlijnen wordt van afschrikkend gesproken, AGC) werking te hebben.
> 24. Zou voor de aansprakelijkheid van een werkgever wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling als voorwaarde gelden, dat schuld van de werkgever wordt aangetoond en dat er geen enkele door het toepasselijke nationale recht erkende rechtvaardigingsgrond bestaat, dan zou het nuttig effect van deze beginselen sterk worden verzwakt.
> 25. Wanneer dus door een lidstaat een sanctie wordt gekozen in het kader van een regeling betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van de werkgever, moet de schending van het discriminatieverbod als zodanig reeds volstaan voor de volledige aansprakelijkheid van degeen die heeft gediscrimineerd, en kunnen geen in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden worden erkend.[10]

Kort gezegd: bij discriminatie hebben we te maken met een soort risico-aansprakelijkheid.[11]

Voor de omvang van de schadevergoeding geldt dat deze niet louter symbolisch mag zijn.[12] Materiële schade als gevolg van discriminatoir ontslag moet volledig worden vergoed.[13] Een wettelijke maximering van de vergoeding van de materiële schade is niet toegestaan. Dit is anders, indien een sollicitant aanspraak heeft op een vergoeding, omdat hij op discriminatoire gronden is afgewezen, terwijl vaststaat dat hij het bijvoorbeeld op grond van opleiding of ervaring toch niet zo zou zijn geworden.[14] Deze regel is neergelegd in artikel 18 van Richtlijn 2006/54/EG:

---

10 HvJ EG 4 november 1990, *Dekker*, *NJ* 1992/224, m.nt. PAS.

11 Zie nader onder 3.1, waarin de vraag aan de orde komt in hoeverre deze nuance ook voor de omvang van de aansprakelijkheid van belang is. Risico-aansprakelijkheid moet hier worden onderscheiden van kwalitatieve aansprakelijkheid als bedoeld in bijvoorbeeld artikel 6:170 BW. Risico betekent hier dat een persoonlijk verwijt van de aansprakelijke persoon niet wordt vereist.

12 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Von Colson en Kamann*, *Jurispr.* 1984, 1891.

13 Inclusief rente, zie HvJ EG 2 augustus 1993, *Marshall*, *JAR* 1993/208.

14 HvJ EG 22 april 1997, *Draehmpaehl*, *JAR* 1997/152; de schadevergoeding aan de kandidaat die ook op andere gronden is afgewezen moet niet zo laag zijn dat de benadeelde ervan wordt weerhouden zijn vordering aanhangig te maken.

> … (De) compensatie of reparatie mag niet worden beperkt tot een vooraf vastgesteld maximumbedrag, behalve in gevallen waarin de werkgever kan aantonen dat de enige schade die door een sollicitant als gevolg van discriminatie in de zin van deze richtlijn is geleden, bestaat in de weigering om zijn sollicitatie in aanmerking te nemen.

De Nederlandse wetgeving lijkt alles in huis te hebben om in het Europese kader te passen. Discriminatie zal in het algemeen als tekortkoming of onrechtmatige daad kunnen worden gekwalificeerd, in verband waarmee in rechte nakoming – naleving – of schadevergoeding of een combinatie van beide kan worden gevraagd. De bewijsregels zijn uitdrukkelijk neergelegd in de verschillende gelijkebehandelingswetten.[15] Bij nader inzien blijken er echter wel degelijk vraagtekens te plaatsen.

3 DISCRIMINATOIRE AFWIJZING ALS CONTRACTSPARTIJ

3.1 Schadevergoeding

Een sollicitant wordt afgewezen vanwege zijn of haar geslacht, geloof, seksuele voorkeur, afkomst, handicap of leeftijd. Of iemand mag om dezelfde reden geen huurder worden, leerling of rekeninghouder. Welke rechtsvordering heeft een afgewezen contractspartij? Heeft zij aanspraak op schadevergoeding, of kan zij in rechte afdwingen dat de onderhandelingen worden voortgezet of zelfs dat een overeenkomst wordt gesloten?
Voor de meeste Europese rechtsstelsels geldt dat disputen over afgebroken onderhandelingen worden opgelost door de daardoor geleden schade te vergoeden. Zie bij voorbeeld artikel II. – 3:301 (3) van het Draft Common Frame of Reference:

> A person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations.[16]

Het Nederlands burgerlijk wetboek voorziet in een regeling ter zake van zowel materiële als immateriële schade (artikelen 6:162/163 en 6:94 en volgende).
Naar de vorm voldoet deze regeling aan het Europese kader. Bij nadere bestudering rijst wel een aantal vragen, bijvoorbeeld in verband met de regel uit *Dekker* dat voor een schuldvereiste en voor rechtvaardigingsgronden in het nationale recht geen ruimte is. De vraag is of deze regel kan worden beperkt tot de vestiging van aansprakelijkheid, of dat hij ook geldt voor de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid.
In de vervolgprocedure in de zaak *Dekker* stond vast dat werkgeefster VJV op 10 juli 1981 Dekker geschikt had bevonden voor de bij haar bestaande vacature van vormingswerker, maar dat zij had geweigerd met de zwangere Dekker een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond van de mogelijke nadelige gevolgen die voor VJV van de aanstelling van Dekker wegens haar zwangerschap zijn te verwachten. De stelling van VJV was dat zij niet anders kon en dat faillissement dreigde als een werknemer

---

15 A.G. Castermans en A.B. Terlouw, 'Bewijs van discriminatie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht. Algemeen deel* (Serie onderneming en recht, 42-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 191-209.
16 C. von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, München: Sellier 2008. De DFCR is niet geschreven voor arbeidsovereenkomsten.

zou worden aangenomen van wie zeker is dat zij kort na indiensttreding uit de running zal zijn.
De oorspronkelijke inzet van de procedure leek erop te wijzen dat alleen de vestiging van de aansprakelijkheid en niet ook om de omvang van de aansprakelijkheid in het geding was. De bestreden uitspraak van het Hof Amsterdam ging volgens dat Hof 'met name' over de vraag of VJV in strijd handelde met de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en zich dusdoende jegens Dekker schuldig maakte aan een onrechtmatige daad (r.o. 4.4) en over schuld en verwijtbaarheid (r.o. 4.14).[17] De term 'rechtvaardigingsgronden' viel in dit verband en die is in het Nederlands burgerlijk recht gereserveerd voor gronden die een handelen ontdoet van zijn onrechtmatig karakter.
Maar de vraag die de Hoge Raad aan het Luxemburgse Hof voorlegde was dubbelzinnig. Hij vroeg of het met de richtlijn in kwestie verenigbaar is dat, wanneer vaststaat dat het beginsel van gelijke behandeling jegens de afgewezen sollicitante is geschonden, daarnaast voor *toewijzing* van een op die schending gegronde *vordering* als de onderhavige nog schuld van de werkgever vereist is. Daarmee werd niet alleen de vestigings- maar ook de omvangsvraag binnen gehaald, want Dekker vorderde niet alleen een verklaring voor recht dat de VJV onrechtmatig handelde, maar ook schadevergoeding. In het vervolgarrest overwoog de Hoge Raad:

> Uit de uitspraak van het Hof van Justitie volgt dat in deze omstandigheden VJV heeft gehandeld direct in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, bedoeld in de art. 2 lid 1 en 3 lid 1 richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 febr. 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.
> Uit die uitspraak volgt tevens dat elke schending van het in de richtlijn neergelegde discriminatieverbod voldoende is voor volledige aansprakelijkheid en dat de in het Nederlandse recht geldende "rechtvaardigingsgronden" niet kunnen worden erkend.
> Een en ander brengt mee dat VJV heeft gehandeld in strijd met art. 1637ij BW, dat is ingevoegd bij de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, welke wet strekt tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn en dat de gevolgen van dat onrechtmatig handelen voor haar rekening komen, ongeacht de vraag of aan haar zijde schuld moet worden aangenomen.[18]

Zou alleen de vestiging van aansprakelijkheid in het geding zijn, dan had het voor de hand gelegen dat de Hoge Raad in zijn vervolgarrest had gesproken over 'toerekening van de daad aan de dader' of van een oorzaak die 'voor zijn rekening komt' (art. 6:162, derde lid, BW). De Hoge Raad ging kennelijk verder, door te spreken over 'volledige aansprakelijkheid' en het voor rekening van de werkgeefster brengen van 'de gevolgen' van de daad. Het lijkt erop dat hij de mogelijkheid wilde openhouden dat de uitspraak van het Hof van Justitie verder strekt dan de oorspronkelijke inzet van het geding.
Advocaat-generaal Mok refereerde in zijn conclusie voor het laatstgenoemde arrest van de Hoge Raad aan de niet-authentieke maar, naar hij aannam, wel oorspronkelijke Franse tekst van de prejudiciële beslissing. Daarin werd voor het woord 'recht-

17 Zie HR 24 juni 1988, *NJ* 1988/1002.
18 HR 13 september 1991, *NJ* 1992/225, m.nt. PAS.

vaardigingsgronden' gebruikt: *causes d'exonération*. Mok betoogde dat dit begrip niet alleen betrekking heeft op rechtvaardigingsgronden 'stricto sensu' en kwam tot de conclusie dat geen enkele uitzondering op de volledige aansprakelijkheid is toegestaan, 'derhalve noch een rechtvaardigingsgrond noch de afwezigheid van schuld'. Moks aandacht voor het begrip *causes d'exonération* zou tot een verderstrekkende conclusie kunnen leiden dan hijzelf trok. Onder het begrip vallen immers ook omstandigheden die eenmaal gevestigde aansprakelijkheid kunnen beperken.
Sieburgh betoogde in haar algemene beschouwing over Europees en Nederlands aansprakelijkheidsrecht dat een eigen schuld-verweer of een beroep op de schadebeperkingsplicht denkbaar is. De benadeelde moet kunnen worden tegengeworpen dat hij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor onrechtmatige situatie.[19] Zij baseerde zich echter vooral op uitspraken over mededingingsrecht en refereerde niet aan discriminatiezaken als *Dekker* en *Marshall*, waarin het Hof van Justitie toch aankoerste op *volledige* aansprakelijkheid van degeen die heeft gediscrimineerd en besliste dat schade als gevolg van discriminatoir ontslag volledig moet worden vergoed.
Gelet op de eis dat de sanctie moet afschrikken en dat het wel moet lonen discriminatie aan de orde te stellen, is er wat voor te zeggen de schuldenaar een beroep op eigen schuld of schadebeperkingsplicht te ontzeggen. Maar er zijn casus waarin de mogelijkheid om de omvang van de aansprakelijkheid te beperken welkom is. Er zijn immers gevallen waarin het, anders dan bij de afwijzing van een zwangere sollicitant, veel minder duidelijk is dat een afwijzing discriminatoir is. Het komt voor dat bij de werving en selectie een neutraal selectiecriterium wordt gehanteerd als 'werkervaring van maximaal 2 jaar' en dat het discriminerende effect aanvankelijk niet werd onderkend of gesanctioneerd, maar inmiddels door wijziging in de wetgeving en in veranderde opvattingen over arbeidsparticipatie als indirect onderscheid naar leeftijd wordt gezien. Er kan met goed fatsoen gedebatteerd worden of er een objectieve rechtvaardiging is voor dit soort leeftijdsonderscheid.[20] Als dat volgens rechter of Commissie Gelijke Behandeling (CGB) niet het geval blijkt te zijn, is het dan juist om de werkgever coûte que coûte voor de volle omvang van de schade aansprakelijk te houden? Gevallen die met geloof of overtuiging te maken hebben, vragen vaak ook een genuanceerde benadering. Als een werknemer zijn werkgever vraagt om zijn geloof te respecteren, mag de werkgever hem best vragen: "Hoezo, welk geloof belijdt u dan?" Zo'n vraag moet de werknemer – zoals dat heet: welgemotiveerd – beantwoorden. Denk aan de man die vrij wilde hem om een islamitisch feest te vieren en zonder toestemming wegbleef. De zaak werd voorgelegd aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat het Europees Hof van Justitie toch wel zal inspireren als onderscheid naar geloof aan de orde zal komen. Het Straatsburgse Hof was er niet van overtuigd dat het handelen van deze man was ingegeven door een godsdienst. Zijn beroep op het moslimgeloof was gewoonweg niet geloofwaardig, omdat uit niets bleek dat hij dit geloof beleed of participeerde in enigerlei islamitische geloofsgemeenschap.

> In the context of employment, with contracts setting out specific obligations and rights between employer and employee, the Court does not find it unreasonable that an employer may regard absence without permission or apparent justification as a disciplinary matter. Where the employee then seeks to rely on a particular exemption, it is not oppressive or in fundamental conflict with freedom of con-

19 C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Algemeen Deel*, Serie onderneming en Recht, Deel 42-1, Deventer: Kluwer 2007, p. 19.
20 Oordeel 2006-01.

> science to require some level of substantiation when that claim concerns a privilege or entitlement not commonly available and, if that substantiation is not forthcoming, to reach a negative conclusion (…) The applicant however was not prepared to produce any evidence that could substantiate his claims. To the extent therefore that the proceedings disclosed an interference with the applicant's freedom of religion, this was not disproportionate and may, in the circumstances of this case, be regarded as justified in terms of the second paragraph, namely, as prescribed by law and necessary in a democratic society for the protection of the rights of others.[21]

De gelovige werknemer moet vervolgens bereid zijn de gevolgen van zijn geloofsuiting te bespreken.
Dicht bij huis kennen wij het geval van de man die in het openbaar geen hand geeft aan een persoon van het andere geslacht, waarmee hij gestalte kan geven aan zijn islamitische geloofsovertuiging. De man solliciteerde naar een baan en kwam tijdens het sollicitatiegesprek te spreken over het begroeten. De werkgever vond handenschudden geen breekpunt; hij had al een medewerker in dienst die geen handen schudt vanwege zijn geloof; met hem had hij een werkbare oplossing gezocht en gevonden. Vanwege de aard van de functie, waarbij het contact met publiek voorop staat en waarbij ook fysiek contact niet kan worden uitgesloten, wilde de werkgever met de sollicitant de mogelijkheden inventariseren om hem in dienst te kunnen nemen. Dit verlangen is legitiem, want er kunnen zich omstandigheden voordoen, waarin het stellen van de eis dat begroetingen via het schudden van handen plaatsvindt functioneel en noodzakelijk is voor de goede vervulling van de functie.[22] Maar de man was niet bereid naar oplossingen te zoeken en met alternatieven te komen. Vanwege de opstelling en houding van de man tijdens het gesprek, besloot de werkgever hem geen arbeidsovereenkomst aan te bieden. Volgens de CGB is in zo'n geval het zoeken naar oplossingen eerder bemoeilijkt dan vergemakkelijkt, en kan de werkgever niet worden tegengeworpen dat hij de sollicitatieprocedure met verzoeker heeft stopgezet.[23]
Deze drie gevallen laten zien dat – potentieel – gerechtvaardigde verzoeken rekening te houden met het geloof, geheel en al kunnen worden afgewezen in verband met de eigen opstelling van de benadeelde partij. Het ligt voor de hand aan te nemen dat in gevallen waarin de rol van benadeelde minder pregnant is, een tussenoplossing kan worden bereikt door wel aansprakelijkheid van de werkgever aan te nemen, maar tegelijkertijd een deel van de schade – proportioneel – voor rekening van de benadeelde te laten in verband met diens eigen rol.

3.2 Begroting van de schade

Voor de begroting van schade die als gevolg van discriminatie is geleden, gelden de algemene regels, neergelegd in art. 6:95 en volgende BW. Die regels kunnen in hun algemeenheid de toets van de kritiek doorstaan, zij het dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het afschrikwekkend effect van de verplichting tot het vergoeden van de materiële schade die als gevolg van een afwijzing is geleden. Die zal in de regel uit niet meer bestaan dan reiskosten en een enkel uur verlof, wat als onvoldoende kan worden beoordeeld.[24]

---

21 EHRM 13 april 2006, *Kosteski t. Macedonië*, *EHRC* 2006/73, m.nt. J.H. Gerards.
22 Oordeel 2006-202. Zie ook oordeel 2002-22.
23 Oordeel 2007-180.
24 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Van Colson en Kamann*, *Jurispr.* 1984, 1891. Zie nader J.M. van Slooten, 'De inbedding van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2007/8/9, nr. 40, p. 33-34.

Volgens de Belgische wetgever bood het gewone aansprakelijkheidsrecht te weinig perspectief op schadevergoeding voor slachtoffers van discriminatie.[25] Daarom heeft hij in artikel 18 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (BS 30 V 07) bepaald dat de benadeelde aanspraak heeft op een vast bedrag, onverminderd vergoeding van de werkelijk geleden schade:

> § 1. Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. In de hierna bedoelde gevallen moet de persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag zoals uiteengezet in § 2, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

Zo'n forfait stuit niet op Europese bezwaren, omdat het niet als maximum geldt en dus de aanspraak op vergoeding van de werkelijke schade open houdt. Het geeft uitzicht op een vergoeding die een eenvoudige procedure de moeite waard maakt. Dat blijkt uit de uitwerking in lid 2, geschreven voor het arbeidsbetrekkingen en aanverwante situaties:

> § 2. De in § 1 bedoelde forfaitaire schadevergoeding wordt als volgt bepaald:
> 1°(…);
> 2° indien het slachtoffer morele en materiële schadevergoeding vordert wegens discriminatie in
> het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid,
> is de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk aan de bruto beloning
> voor zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige
> behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn; in dat laatste geval wordt
> de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot drie maanden
> bruto beloning (…).

De regeling doet denken aan de Nederlandse regeling voor schadevergoeding bij onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst, waarbij aanspraak bestaat op hetzij een gefixeerde schadevergoeding hetzij volledige schadevergoeding (artikel 7:677, vierde lid BW). Zij biedt een mooi handvat aan de Nederlandse rechter welke bedragen op hun plaats zijn, indien vaststaat dat de werkgever iemand vanwege zijn leeftijd, geslacht, geloof of ras heeft afgewezen en de werkgever overigens goede gronden had betrokkene niet aan te nemen. Het bedrag van drie maanden bruto beloning kan in de Nederlandse praktijk verrassend hoog zijn, nu de vergoeding van immateriële schade in gevallen waar betrokkene niet kansloos was, beperkt blijft tot € 5.000.[26]

---

25 J.F. Germain en C. Eyben, 'Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires', in: L C. Bayart, S. Sottiaux en S. van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination,* Brugge: Die Keure/La Charte 2008, p. 351.
26 Zie nader Van Slooten 2007, p. 34.

De regeling bergt wel een risico in zich. Men denke weer aan de onderneming die bij de werving en selectie 'werkervaring van maximaal 2 jaar' vraagt. Het gaat om een criterium dat indirect discriminerend uit kan pakken voor oudere sollicitanten. Als de onderneming deze eventuele leeftijddiscriminatie al kan en moet worden toegerekend, moet dan niet worden voorkomen dat heel werkwillend en grijs Nederland op de desbetreffende vacature kan solliciteren met een zekere aanspraak op een forfaitaire schadevergoeding? Om zo'n gevolg te vermijden, moet niet worden gewerkt met een forfait, maar moeten het schadevereiste en de toerekening naar redelijkheid van artikel 6:98 BW hun werk kunnen doen.
Buiten arbeidsbetrekkingen zal in België, net als in Nederland, de schade moeten worden gesteld en bewezen. Behalve als het om smartengeld gaat.

3.3 Smartengeld

De toekenning van smartengeld is in artikel 6:106 BW nogal vrij geregeld, als gevolg waarvan er geen enkele belemmering bestaat te voldoen aan de eis dat de sanctie in de vorm van smartengeldvergoeding doeltreffend en afschrikwekkend is. Maar de Nederlandse rechtspraktijk legt een zeker calvinisme aan de dag. Vergeleken met toegekende vergoedingen in andere Europese landen, is de Nederlandse rechter karig. Praktijkvoorbeelden liggen niet voor het oprapen, terwijl juist de toekenning van smartengeld een bijdrage zou kunnen leveren aan de handhaving van het gelijkheidsbeginsel.[27]
In België hebben het Nationaal Verbond van Magistraten van Eerste Aanleg en het Koninklijk Verbond van de Vrede- en Politierechters een Indicatieve tabel opgesteld, met een overzicht van de meest voorkomende schadeposten in geval van personenschade en van de hoogte van de vergoedingen. Smartengeld is een van de posten.[28] Maar voor smartengeld bij discriminatie heeft de wetgever het heft in handen genomen, mede omdat hij wil vermijden dat de rechter bij discriminatie een 'gebaar' wil maken en een symbolische schadevergoeding toekent ten belope van € 1,00.[29] Het forfait van artikel 18, eerste lid van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie is in het tweede lid, onderdeel 1, met het oog op 'morele schade' zo uitgewerkt dat de benadeelde aanspraak heeft op € 650, te verhogen tot € 1.300 indien de geleden morele schade bijzonder ernstig is of indien de wederpartij niet kan aantonen dat de nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden zou zijn getroffen. Onderdeel 2 maakt het bovendien mogelijk in arbeidsgeschillen te kiezen voor een aantal maandsalarissen, zoals hierboven voor materiële schade is beschreven.
Het forfait biedt een stevige basis voor mensen met kleine deeltijdaanstellingen, mensen die doorgaans toch al in de hoek zitten waar de discriminatoire klappen vallen. Maar er kleeft ook een nadeel aan. De aanspraak bestaat, ongeacht de vraag of er in feite morele schade is geleden. Een discussie over de vraag hoe erg de discriminatie in kwestie is, wordt vermeden. Als de rechter bereid is erop toe te zien dat de discussie niet alleen maar gaat over de lengte van de tenen van de benadeelde, moet toch mogelijk zijn na te gaan of de benadeelde werkelijk in zijn persoon is aangetast. De vrouw die was afgewezen als kipperchauffeur en over die afwijzing in de krant te

27 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 13-15 en 75-78. Bij discriminatie op grond van ras werd fl. 25.000 toegekend door Rb. Zwolle 12 februari 2002, *LJN* AD9393: fl. 23.000 (n.a.v. CGB 26 maart 1998, 1998-33), bevestigd in CRvB 2 februari 2004, *LJN:* AO3751; door Kantonrechter Utrecht 1 augustus 2001, *LJN*: AD5954, fl 15.000 voor seksuele intimidatie en Hof Amsterdam 29 mei 2008, *LJN* BD8720: € 750 bij niet juist behandelen klachten.
28 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld,* diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2009, p. 185-197.
29 Germain en Eyben 2008, p. 350-351 met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

lezen kreeg dat voetbal een mannensport is en chauffeuren ook, kreeg van de rechtbank Assen een forse schadevergoeding maar geen smartengeld, omdat onvoldoende was onderbouwd dat zij rechtstreeks in haar persoon was aangetast.[30]
Of de benadeelde werkelijk in zijn persoon is aangetast, zoals bedoeld in artikel 6:106 BW, verschilt van persoon tot persoon. Een voorbeeld is te ontlenen aan een verkort strafvonnis van de politierechter in Leeuwarden: een man had drie mensen uitgescholden met allerlei negatieve variaties op het thema 'zwart'. Aan twee moest hij een – bescheiden – bedrag aan smartengeld betalen. Aan de derde niet, mede omdat deze had verklaard zich niet beledigd te voelen.[31]
Deze resultaten passen bij de wijze waarop in een civiele procedure smart en de omvang van smartengeld moeten worden vastgesteld. Vooropgesteld: bij de enkele schending van een persoonlijkheidsrecht kan – volgens sommigen moet – rechtens relevant leed aannemelijk worden geacht.[32] De schadevergoeding wordt echter uiteindelijk naar billijkheid vastgesteld en daarbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Daartoe behoren de duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde en de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde. Deze persoonlijke omstandigheden moeten worden afgeleid uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen.[33] De eigen verklaringen van de benadeelde zijn vanzelfsprekend belangrijke aanwijzingen van de mate van smart.
Het is niettemin de vraag of – vanuit het gemeenschapsrecht gezien – een gehele afwijzing van smartengeld op haar plaats is. Kan in zo'n situatie de strafrechtelijke vervolging volstaan? Als de benadeelde ervoor kiest tegenover de politie het eventuele leed klein te houden en tegelijkertijd toch schadevergoeding vraagt, dan lijkt het resultaat weinig afschrikkend te zijn. In een dergelijke situatie – van heldere, directe discriminatie – spreekt de Belgische regeling aan. Het past de dader dat hij niet wegkomt met de toevallige omstandigheid dat de benadeelde op enig moment zo stoer was om zijn schouders op te halen over zulke domme, racistische praat.
De forfaitaire benadering spreekt echter minder tot de verbeelding in gevallen van indirecte discriminatie. Net als bij de toerekeningsvraag – zie paragraaf 3.1 – moet onder ogen worden gezien dat het hanteren van een neutraal criterium pas na enige studie naar de effecten ervan nadelig voor een bepaalde groep blijkt uit te pakken. Die effecten kunnen zelfs naar plaats en tijd verschillen. Als dan op enigerlei moment, met de wijsheid van statistische berekeningen achteraf, verboden onderscheid wordt vastgesteld, moet in deze situatie dan smartengeld worden toegekend?
Moet om deze redenen de Belgische benadering worden afgewezen? Ik aarzel. De regeling biedt eenvoud, door te abstraheren van toerekening en schade, terwijl de forfaitaire bedragen niet zo hoog zijn dat de regeling het karakter van een schadevergoedingsregeling verliest.[34] Maar ik vrees voor het draagvlak van de regeling, indien smartengeld wordt toegekend in gevallen waarin het discriminatoire karakter van bepaald handelen pas na statistische berekeningen kan worden vastgesteld, vraagtekens bij de geleden smart kunnen worden gezet of bij enig persoonlijk verwijt aan degene die de wet overtrad. In dit verband is van belang dat de benadeelde in de civiele procedure toch al het voordeel van een verschoven bewijslast heeft, die vaak wordt misverstaan, alsof een benadeelde maar wat behoeft te roepen om een ander te kunnen 'veroordelen'. Het zou daarom mijn voorkeur hebben, indien voor een forfait wordt

30 Rb. Assen 1 december 2004, *LJN* AR8103, als vervolg op oordeel 2002-193.
31 Rb. Leeuwarden 13 februari 2009, *LJN* BH3082.
32 Verburg 2009, p. 101 en 114.
33 HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112 (Beentjes/Lokhorst), m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.5.
34 Germain en Eyben 2008, p. 357.

gekozen, te spreken in termen van private straf of boete, wellicht met een lichte en zware variant, al naar gelang het verwijt dat de discriminerende partij treft.

3.4 Contracteerplicht; dooronderhandelen

Naar Nederlands recht is theoretisch denkbaar dat de partij die een ander op discriminatoire gronden heeft afgewezen, verplicht is met de afgewezen partij een overeenkomst te sluiten.[35] Minder verstrekkend is de verplichting tot dooronderhandelen.[36] Het zal in de regel echter lastig zijn de autonomie van een contractspartij in haar keuze te doorbreken, zeker als zij kan kiezen tussen twee even geschikte wederpartijen. Bij overeenkomsten waar het minder aankomt op een persoonlijke werkverhouding of juist meer de leverantie van essentiële levensbehoeften in het geding is, zal contractsdwang eerder kunnen worden aangenomen.[37]
Een probleem in Europees kader is niet te verwachten, eerst en vooral omdat het Hof van Justitie heeft beslist dat richtlijn 76/207 niet verlangt dat als sanctie op discriminatie naar geslacht bij de toegang tot het arbeidsproces de werkgever die zich aan discriminatie schuldig maakt, wordt verplicht om met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst te sluiten.[38] In de nieuwe richtlijn waarin de oude richtlijnen zijn 'herschikt', inclusief richtlijn 76/207, is geen bepaling opgenomen die noopt tot een andere uitkomst.
Deze wellicht wat teleurstellende terughoudendheid is begrijpelijk, omdat het in andere Europese rechtsstelsels allesbehalve gebruikelijk is dat een partij tot contracteren of dooronderhandelen kan worden verplicht.[39] Voor de Nederlandse situatie is nog van belang dat de onzekerheden rond een verplichting tot contracteren of dooronderhandelen algemeen zijn en niet specifiek voor discriminatiezaken. De sanctie ter zake wordt in discriminatiezaken al dan niet opgelegd volgens gelijke materiële en procedureregels.

4 NIETIGHEID

4.1 Rechtsgevolgen van nietigheid

Artikel 16 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat alle met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijnde bepalingen in individuele of collectieve contracten of overeenkomsten, interne reglementen van ondernemingen en regels waaraan de vrije beroepen en werkgevers- en werknemersorganisaties onderworpen zijn, nietig worden of kunnen worden verklaard of worden gewijzigd. In lijn hiermee bepaalt artikel 9 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) dat bedingen in strijd met die wet nietig zijn.[40] Dat houdt in beginsel in dat de verboden afspraak wordt geacht niet te zijn gesloten, onder instandhouding van de afspraken die niet in een onverbrekelijk verband met het nietige deel staan (artikel 3:41 BW).

---

35 Zie onder meer Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 161; I.S.J. Houben, *Contractsdwang*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2005, p. 305; advocaat-generaal Spier, onderdeel 3.18 van zijn conclusie voor HR 26 mei 2000, *NJ* 2000/472 (Stichting Centrale Zorgverzekeraars Groep Ziekenfonds/Schreurs).
36 Voor literatuur en rechtspraak Verbintenissenrecht, (Blei Weissmann) artikelen 217-227: I, aant. 86.
37 Voor voorbeelden en de dogmatische inkadering ervan Houben 2005.
38 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Van Colson en Kamann*, *Jurispr.* 1984, 1891, punten 18 en 19.
39 Onder meer M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 2-6 over het Duiste en Engelse recht; J.M. Smits, 'The principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law', *WPNR* 6436 (2001), p. 235-243 onder 4 en 7.
40 Zie nader over de betekenis van deze bepaling en de gevolgen van nietigheid A.G. Castermans, 'Gelijke behandeling en het algemene vermogensrecht', *ArbeidsRecht* 2007/8/9, nr. 39, p. 27-30.

In arbeidsverhoudingen zal de nietigheid als uitkomst in de regel niet volstaan, zeker niet waar het gaat om de gelijke toepassing van arbeidsvoorwaarden als loon of vakantiedagen. In zulke gevallen zal er iets voor het nietige beding in de plaats moeten komen. Is dat een beding op het lage niveau van de vernietigde afspraak, dat dan voor allen geldt, of één op het hogere niveau van de groep waarmee de benadeelde zich vergeleek? Het Hof van Justitie wijst partijen in het *Defrenne*-arrest, dat gaat over de gelijke beloning van mannen en vrouwen, op 'de weg van de vooruitgang'. Die leidt ertoe dat artikel 119 EG-Verdrag (oud) op geen andere wijze kan worden nageleefd dan door verhoging van de laagste lonen.[41] Maar in gevallen van gelijke beloning betekent dat niet dat voor de toekomst per se moet worden gekozen voor het niveau van de andere groep. Uitgangspunt is volgens het *Coloroll*-arrest wel

> dat zodra het Hof een discriminatie op het gebied van de beloning heeft vastgesteld en zolang in het kader van de regeling geen maatregelen zijn getroffen om de gelijkheid van behandeling tot stand te brengen, de naleving van artikel 119 slechts kan worden verzekerd, door de leden van de benadeelde groep dezelfde voordelen toe te kennen als de leden van de bevoordeelde groep genieten.[42]

Maar dit geldt niet voor de periode gelegen nadat regels zijn ingevoerd om de discriminatie op te heffen, omdat

> artikel 119 zich niet verzet tegen maatregelen die een gelijkheid van behandeling tot stand brengen door de voordelen van voordien bevoordeelde personen te verminderen. Artikel 119 vereist immers enkel, dat mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid een gelijke beloning ontvangen, doch schrijft niet een bepaald niveau van beloning voor.[43]

De vraag is of deze strenge regels algemeen moeten gelden, dus ook voor andere gronden dan geslacht, andere onderwerpen dan gelijke beloning en voor andere terreinen dan de arbeid. Voor leeftijd is er aanleiding de ferme uitgangspunten van het *Coloroll*-arrest te relativeren en zou rekening moeten worden gehouden met het doel van het onderscheid dat vaak gelegen is in een legitiem doel, de bescherming van bepaalde leeftijdsgroepen. Als in zo'n geval het onderscheid toch verboden is, omdat het gehanteerde middel niet passend of noodzakelijk is, dan is het niet vanzelfsprekend dat maatregelen die de discriminatie moeten opheffen de gediscrimineerde groep tegemoet komen. Bij voorbeeld als oudere werknemers extra vakantiedagen krijgen en deze maatregel niet passend wordt geacht om vroegtijdig uitval te voorkomen, dan ligt het niet in de rede vervolgens ook de jongere werknemers extra vakantiedagen toe te kennen. Het voor deze arbeidsvoorwaarde beschikbare budget zou dan voor andere preventieve maatregelen moeten kunnen worden aangewend.[44]

4.2 Schadevergoeding

De Belgische wet kent een met artikel 9 AWGB vergelijkbare regel. Bepalingen die strijdig zijn met de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van

41 HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88, *NJ* 1992/436.
42 HvJ EG 28 september 1994, zaak C-200/91, *Coloroll*, *Jurispr.* 1994, I-4389, punt 32, met verwijzing naar HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Nimz*, *Jurispr.* 1991, I-297, punten 18-20. Zie ook HvJ EG 21 juni 2007, zaken C-231/06 tot C-233/06, *Jonkman, Jurispr.* 2007, I-5149, punt 39; zie hierover nader Christa Tobler in haar noot bij oordeel 2008-103, verderop in deze Oordelenbundel.
43 HvJ EG 28 september 1994, C-200/91, *Coloroll*, *Jurispr.* 1994, I-4389, punt 33.
44 Castermans 2007, p. 30.

discriminatie of die inhouden dat een of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door deze wet worden gewaarborgd, zijn nietig (artikel 15). Artikel 18, § 2, onderdeel 2 voegt daaraan toe:

> …wanneer de materiële schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie voorzien in artikel 15, wordt de forfaitaire schadevergoeding bepaald volgens de bepalingen van punt 1°.

Gelet op de discussie over de rechtsgevolgen van de nietigheid is wel duidelijk dat de nietigheidssanctie de materiële schade lang niet altijd zal herstellen. En als dat al het geval is, dan is het de vraag – bijvoorbeeld vanwege de integere, neutrale opstelling van degene die zich schuldig maakte aan indirecte discriminatie – of er aanleiding is voor een additionele, forfaitaire schadevergoeding. Hoewel de Belgische bepaling als *hard en fast rule* de rechtspraktijk zal dienen, zijn er gevallen waarin het niet vanzelfsprekend is dat de benadeelde volgens het gewone aansprakelijkheidsrecht aanspraak kan maken op schadevergoeding. Als de aansprakelijk gestelde onderneming te goeder trouw een neutrale regel uit een algemeen verbindende collectieve arbeidsovereenkomst hanteert en naderhand op basis van statistisch bewijs krijgt voorgehouden dat er sprake was van indirect onderscheid op enige grond, dan lijkt het mij niet vanzelfsprekend de onderneming zonder meer toe te rekenen dat zij indirect onderscheid heeft gemaakt of alle schade in volle omvang aan haar handelen toe te schrijven.[45] In zo'n geval is er aanleiding van de harde toerekeningsregel af te wijken, waarbij zij aangetekend dat de ruimte om de eis van toerekening te stellen gering is, althans in het kader van de vestiging van de aansprakelijkheid.[46]

5 UITVOERING

5.1 Nakoming en verjaring bij ongelijke beloning

Bij de uitvoering van een overeenkomst kan sprake zijn van een sluimerend proces van discriminatie. Na jaren wordt het onderscheid manifest. De benadeelde loopt het gevaar daartegen niets te kunnen ondernemen, omdat verjaarde zaken nu eenmaal geen keer nemen. Of toch? De eerste wet die president Obama tekende, als reactie op de uitspraak van de Supreme Court in de zaak *Ledbetter*, geeft aanleiding de vraag te beantwoorden.
Mevrouw Ledbetter werkte bij Goodyear, van 1979 tot haar pensionering in 1998. Aanvankelijk was haar salaris in lijn met dat van haar mannelijke collega's, maar gaandeweg verdiende zij minder dan mannen die gelijk werk deden. Eind 1997 was zij de enige vrouwelijke area-manager van de zestien in totaal. Zij verdiende $3.727 per maand. De mannelijke collega's ontvingen tussen $4.286 en $5.236 per maand. De hoogte van het salaris werd bepaald door de beoordeling van het functioneren. Mevrouw Ledbetter overtuigde de jury in eerste instantie dat niet haar functioneren, maar discriminatie van vrouwelijke managers het salarisverschil verklaarde. Zij kreeg een bedrag van $360.000 toegewezen aan achterstallig salaris en schadevergoeding.

---

45 Denk aan de wijzigingen in de samenstelling van het onderwijzend personeel sinds de invoering van een nieuw beloningssysteem met garanties voor het zittend personeel; zie laatstelijk oordeel 2008-20.
46 Zie paragrafen 3.1 en 3.2

In hoger beroep voerde Goodyear het verweer dat de loon- en schadevergoedingsvordering betrekking moet hebben op discriminatie in de periode van 180 dagen voorafgaande aan het indienen van de discriminatieklacht. Ledbetter had niets anders gesteld dan dat de salarisbesluiten uit die periode discriminatoir waren, omdat die voortbouwden op discriminatie in het verleden. Het hof stelde Goodyear in het gelijk. De vordering werd daarom afgewezen. De Supreme Court bevestigde in meerderheid deze beslissing.[47] Een kwestie van pech gehad, zo vatte de Justice Alito het oordeel samen, waarbij hij een collega aanhaalde in een eerdere zaak:

> A discriminatory act which is not made the basis for a timely charge ... is merely an unfortunate event in history which has no present legal consequences.[48]

De ratio van de korte termijn is gelegen in de wens om klachten over discriminatie zo snel mogelijk uit de wereld te helpen en op te lossen door 'voluntary conciliation and cooperation'. Ook is van belang dat werkgevers zich niet pas na lange tijd behoeven te verweren. In het geval van mevrouw Ledbetter was de kwade genius onder haar bazen ten tijde van het proces overleden.
Maar Justice Ginsburg betoogde in haar dissenting opinion dat deze redenering de ogen sluit voor de praktijk van alledag en daarmee onvoldoende recht doet aan de te beschermen belangen:

> The Court's insistence on immediate contest overlooks common characteristics of pay discrimination. Pay disparities often occur, as they did in Ledbetter's case, in small increments; cause to suspect that discrimination is at work develops only over time. Comparative pay information, moreover, is often hidden from the employee's view. Employers may keep under wraps the pay differentials maintained among supervisors, no less the reasons for those differentials. Small initial discrepancies may not be seen as meet for a federal case, particularly when the employee, trying to succeed in a nontraditional environment, is averse to making waves.

Een vrouw heeft recht op gelijke beloning en om dat recht te halen wordt van haar verlangd jaarlijks over kleine verschillen stennis te schoppen. Wat blijft er dan van dat recht over?
De zaak van mevrouw Ledbetter trok de aandacht van de *lawmaker*s in Amerika en leidde tot de *Lilly Ledbetter-act*. Een werknemer heeft voortaan ook aanspraak op compensatie voor "oude" discriminatie die doortikt in handelen van een werkgever waarover verjaringstechnisch nog in rechte kan worden geklaagd.[49]
Het gaat in de *Ledbetter*-zaak om recent handelen – de maandelijkse salarisbetaling – dat zijn discriminatoire karakter ontleent aan beslissingen die dateren van vóór de verjaringstermijn. De nadruk op de discriminatoire beslissing om een medewerker wel of niet de jaarlijkse periodiek toe te kennen, zou er ook in Nederland toe kunnen leiden dat de aanspraak op schadevergoeding wegens die onrechtmatige beslissing is verjaard vijf jaar nadat (artikel 3:310, eerste lid BW). Voor ambtenaren geldt nog een strenger regime, omdat een ambtenaar bezwaren tegen enig besluit over het functioneren of over de beloning binnen de bezwaartermijn van zes weken aan de orde moet stellen.

---

47 *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 *U.S.* 618 (2007).
48 Justice Stevens in *United Air Lines, Inc. v. Evans*, 431 *U.S.* 553 (1977).
49 Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009, S. 181, section 3 amendeert section 706(e) van de Civil Rights Act of 1964 (42 *U.S.C.* 2000e-5(e)) in deze zin.

De focus kan echter ook worden gericht op de actuele situatie en op de regel dat werk van gelijke waarde gelijk moet worden beloond.[50] Een werknemer die meent ongelijk te worden beloond kan een maatmens aanwijzen en hun beider salarisposities vergelijken. Als er een verschil is, zal de werkgever hebben te stellen en te bewijzen dat dat verschil is ontstaan door de juiste toepassing van een deugdelijk stelsel van functiewaardering. Zo moet KLM een salarisverschil dat verband houdt met een discriminatoire inschaling van meer dan 20 jaar geleden herstellen, zij het dat de loonvordering – in wezen een vordering tot nakoming – is beperkt door verjaringstermijn van vijf jaar.[51] In Nederland bestaat dus geen behoefte aan een *Lilly Ledbetter-act*, hoewel het aardige gebruik om een wet naar zo'n dapper mens te vernoemen navolging verdient.

5.2 Victimisatie

Wat weerhield mevrouw Ledbetter eerder te reageren dan tegen de datum van haar pensionering? Justice Ginsburg refereerde niet alleen aan het sluipende, onzichtbare karakter van het door de jaren heen groeiende beloningsverschil. Ook achtte zij van belang dat een vrouw in een typisch mannenbolwerk wel wat anders aan haar hoofd heeft dan klagen over beloningsverschil. *Making waves* kan nadelig uitpakken. Zaken op dit punt liggen niet voor het oprapen, maar ook hier is de aandacht gewekt door een recente Amerikaanse uitspraak, die net zo goed in Nederland had kunnen spelen.
Mevrouw Crawford was door haar werkgever gevraagd of zij kon getuigen over ongepast gedrag van directeur personeelszaken Hughes. Zij beschreef verschillende voorvallen:

> (O)nce, Hughes had answered her greeting, 'Hey Dr. Hughes, what's up?,' by grabbing his crotch and saying '[Y]ou know what's up'; he had repeatedly 'put his crotch up to [her] window'; and on one occasion he had entered her office and 'grabbed her head and pulled it to his crotch'.

De werkgever ondernam niets tegen de kruisgerichte Hughes, maar Crawford werd korte tijd later ontslagen wegens verduistering. Crawford vermoedde een verband tussen haar verslag en het ontslag. Was er sprake van victimisatie? Volgens Amerikaanse – lagere – rechters was hiervoor nodig dat Crawford zich actief en consistent had verzet tegen Hughes' gedrag. Crawford had vóór het onderzoek van de werkgever geen klacht ingediend tegen Hughes; het onderzoek had plaats op initiatief van de werkgever. Daarom werden haar klachten afgewezen. Ten onrechte, volgens de Supreme Court van de Verenigde Staten.[52] De bescherming tegen victimisatie strekt zich ook uit tot de werknemer die zich uitspreekt over een discriminatoire praktijk, in antwoord op vragen van de werkgever in het kader van een intern onderzoek. Een wijze beslissing. Slachtoffers zouden elk initiatief vanuit de organisatie waarin zij werken moeten tegenhouden, omdat elke uitgestoken hand in de weg zou kunnen staan aan mogelijkheden van redres.
Artikel 11 van de Kaderrichtlijn verplicht de lidstaten in hun nationale wetgeving de

---

50 Bijv. oordeel 2008-53.
51 Hof Amsterdam 8 mei 2008, *IJN*: BD8713, uitdrukkelijk voortbouwend op oordeel 1997-04 .Vergelijk ook Hof 's-Gravenhage 22 februari 2002, *JAR* 2008/90, over een inschaling per 4 september 1989; loonvordering toegewezen vanaf 28 juni 1996. Een andersluidend CGB oordeel in die zaak heeft betrekking op een andere periode.
52 Supreme Court of the United States 26 januari 2009, No. 06–1595, *Crawford vs Metropolitan Government of Nashville and Davidson*.

nodige maatregelen te nemen ter bescherming van werknemers tegen ontslag of enige andere nadelige behandeling waarmee de werkgever reageert op een klacht binnen de onderneming of op een procedure gericht op het doen naleven van het beginsel van gelijke behandeling.
De Belgische regeling sluit nauw aan bij het aldus geformuleerde verbod van victimisatie, door uit te gaan van een klacht of rechtsvordering (artikel 16). De regeling heeft als voordeel dat er een precies tijdstip is waaraan een bijzondere bewijsregel wordt gekoppeld: wanneer een nadelige maatregel wordt getroffen ten aanzien van de betrokkene binnen twaalf maanden na het indienen van de klacht, valt de bewijslast dat de nadelige maatregel werd getroffen om redenen die vreemd zijn aan de klacht, ten laste van diegene tegen wie de klacht is ingediend (artikel 16, § 3). Maar er is ook een nadeel verbonden aan de formulering, omdat zij ruimte laat voor een debat zoals dat in zaak van mevrouw Crawford is gevoerd.[53]
Het verbod zoals dat is neergelegd in artikel 8a AWGB doet dat minder, door te bepalen dat het verboden is personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op deze wet of ter zake bijstand hebben verleend.

Rechtsgevolgen

Hoe dient op victimisatie te worden gereageerd? Het is buiten kijf dat overtreding van het verbod in contractuele verhoudingen een tekortkoming is, die tot schadevergoeding verplicht (artikel 6:74 BW). Indien de benadeling is gelegen in een rechtshandeling anders dan de beëindiging van een arbeidsverhouding, dan is deze nietig op grond van artikel 3:40, eerste lid, BW omdat de strekking in strijd moet worden geacht met de openbare orde of de goede zeden.
Victimiserende beëindiging van een arbeidsverhouding is vernietigbaar (artikel 8, eerste lid, AWGB).[54] Deze beëindiging maakt de werkgever volgens artikel 8, vierde lid, AWGB niet schadeplichtig. De werknemer heeft immers een loonvordering, zodat aan schadeplichtigheid in de zin van artikel 7:677, vijfde lid BW geen behoefte is.[55] In België staat de mogelijkheid van aanvullende schadevergoeding pas open als de betrokkene heeft gevraagd weer aan het werk te mogen, onder dezelfde voorwaarden als voorheen, en de werkgever dit heeft geweigerd, aldus artikel 17, § 6:

> § 6. Wanneer de betrokkene na het in § 5, eerste lid, bedoelde verzoek niet opnieuw wordt opgenomen of zijn functie niet onder dezelfde voorwaarden als voorheen kan uitoefenen en er geoordeeld werd dat de nadelige maatregel in strijd is met § 1, moet de werkgever aan de betrokkene een vergoeding betalen die, naar keuze van die persoon, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag dat overeenstemt met de bruto beloning voor zes maanden, hetzij aan de werkelijk door de betrokkene geleden schade, in laatstgenoemd geval moet hij de omvang van de geleden schade bewijzen.

Kan een dergelijke regeling de Europese toets doorstaan? De ontslagen werknemer kan heel wel materiële of immateriële schade hebben geleden die niet door het herstel van de arbeidsovereenkomst wordt vergoed. De kosten die verband houden met het zoeken naar een nieuw perspectief na ontslag kunnen immers oplopen, zo lang het ontslag niet is vernietigd en de benadeelde partij gedwongen is op zoek te gaan naar een nieuwe inkomstenbron. Het kan moeilijk worden volgehouden dat het her-

53 In België is afzonderlijk bepaald dat het optreden als getuige gelijk staat aan een klacht (artikel 16 § 5).
54 Een beroep op artikel 8a AWGB leidt niet tot vernietigbaarheid van het ontslag, aldus Kantonrechter Utrecht 5 november 2008, *LJN:* BG5158, met een beroep op HR 20 maart 1992, *NJ* 1992/495.
55 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 311, nr. 3, p. 2.

stel van de dienstbetrekking kan gelden een wijze van vergoeding is 'evenredig aan de geleden schade' in de zin van bijvoorbeeld Richtlijn 2006/54/EG. Zou het niet gaan om de beëindiging van een arbeidsverhouding, maar – bijvoorbeeld – om de opzegging van een dienst die valt onder de reikwijdte van 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,[56] dan is de aanspraak op schadevergoeding naast de vernietiging niet uitgesloten. Waarom zou victimisatie in het ene kader wel en in het andere kader geen aanleiding zijn voor schadevergoeding naast herstel van de overeenkomst? Het is dan ook te betwijfelen dat de uitsluiting van schadevergoeding bij herstel van de arbeidsovereenkomst is aan te merken als een voldoende rechtsmiddel of sanctie.

6 ONTBINDING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Op verzoek van werknemer of werkgever beoordeelt de kantonrechter op grond van artikel 7:685 BW of de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden op grond van gewichtige redenen. De kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen, indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 7:646 BW (geslacht), 7:648 BW (arbeidsduur), 7:670 en 670a BW (onder meer: ziekte, lidmaatschap ondernemingsraad) of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:685, eerste lid, BW). Het gaat om een verzoekschriftprocedure.

Volgens artikel 284, eerste lid, Rv zijn de algemene bewijsregels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing op een verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Daarmee is in beginsel ook artikel 150 Rv van toepassing en, in ieder geval in verbinding met artikel 150 Rv, ook artikel 10 AWGB en de identieke bepalingen in andere gelijkebehandelingswetten. Laatstgenoemde bepaling is te beschouwen als bijzondere bewijsregel waarnaar artikel 150 Rv verwijst.[57]

De toepassing geldt 'in beginsel'. Aangenomen wordt dat uit de aard van de ontbindingsprocedure voortvloeit dat de kantonrechter op de kortst mogelijke termijn uitsluitsel dient te geven aan de hand van een summier onderzoek. De kantonrechter heeft gewoonweg slechts geringe mogelijkheden voor onderzoek en voor instructie aan partijen. De bewijsregels van de artikelen 149 e.v. Rv zijn daarom niet onverkort van toepassing.[58]

Is in de ontbindingsprocedure voldoende aandacht voor de eisen die voortvloeien uit bijvoorbeeld artikel 10, eerste lid van de Kaderrichtlijn of artikel 19, eerste lid van Richtlijn 2006/54/EG?[59] Die bepalingen eisen gewoonweg dat de lidstaten, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat, wanneer personen die zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behan-

56 *Pb EG* 2004 L 373/37.

57 Hof Amsterdam 29 mei 2008, *LJN:* BD8720 overweegt dat de bewijslast ter zake van discriminatoire redenen die aan een ontslag ten grondslag lagen, op de werknemer rust die zich op handelen in strijd met de bepalingen van de AWGB beroept. Het Hof lijkt voorbij te gaan aan het voorschrift te werken met het vermoeden van artikel 10 AWGB.

58 Onder meer HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205, m.nt. PAS, r.o. 3.6 en HR 29 september 2000, *NJ* 2001/302 m.nt. PAS, r.o. 4.3.5.

59 Hierover nader, met voorbeelden, Castermans en Terlouw 2007, p. 207-209.

deling niet werd geschonden. Dat deze bewijsregel – neergelegd in artikel 10 AWGB en aanverwante wetsbepalingen – in een ontbindingsprocedure slechts in beginsel geldt en gelet op de aard van de verzoekschriftprocedure eigenlijk in beginsel niet zou gelden, is niet goed vol te houden. Als de werknemer in zijn verweer of in zijn eigen verzoek feiten aanvoert die discriminatie kunnen doen vermoeden, dan heeft de kantonrechter ervan uit te gaan dat er sprake is van discriminatie en daaraan de nodige gevolgen te verbinden. Zou de werkgever op grond van hetzelfde feitencomplex de arbeidsovereenkomst hebben opgezegd, dan zou die rechtshandeling vernietigbaar zijn (artikel 8a, eerste lid, AWGB). Om die reden ligt het voor de hand dat de kantonrechter ontbindingsverzoek afwijst.
Dat is nodig ook. In de snelheid van de ontbindingsprocedure is het voor een werknemer vaak al lastig genoeg de nodige bewijsmiddelen te vergaren om zich te verweren tegen een verzoek tot ontbinding. Dit klemt te meer omdat het in de regel de werkgever is die het moment van het ontbindingsverzoek en de gronden ervan bepaalt en die een personeelsdossier bijhoudt en over andere mogelijk relevante informatie beschikt. De werknemer is daarentegen gedurende het dienstverband meestal niet bezig met de opbouw van een dossier. Indien de werknemer meent dat de feiten en omstandigheden waarop de werkgever het ontbindingsverzoek baseert, samenhangen met discriminatoire bejegening, of dat aan de reden om ontbinding te verzoeken discriminatie ten grondslag ligt, dan is er bij uitstek aanleiding hem tegemoet te komen bij de verdeling van de bewijslast. Zou de kantonrechter de bewijslastverdeling volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv bepalen, of de zaak zelfs afdoen met de stelling dat een ontbindingsprocedure zich in de regel niet leent voor uitvoerige bewijsvoering, dan onthoudt hij de werknemer een doeltreffend middel om zich tegen discriminatie te verweren.
Indien in de ontbindingsprocedure blijkt dat sprake is van discriminatie en is de ontbinding niettemin – om andere redenen – onontkoombaar of heeft de werknemer de ontbinding zelf verzocht, dan is de kantonrechter aangewezen op de ontbindingsvergoeding om te voorzien in een doeltreffende en afschrikwekkende sanctie. In de hoogte van de ontbindingsvergoeding worden alle voor het oordeel relevante factoren geacht te zijn meegewogen en dat moet in een keer goed gaan. Na afloop van de ontbindingsprocedure is er in beginsel geen mogelijkheid de discriminatoire achtergrond van het ontbindingsverzoek nogmaals aan de orde te stellen, omdat hoger beroep is uitgesloten. Evenmin is het mogelijk de discriminatie in een bodemprocedure aan de orde te stellen.[60] Aspecten rond de beëindiging van de dienstbetrekking die in de ontbindingsprocedure - door het summiere karakter daarvan - niet die aandacht hebben kunnen krijgen die daar in ander verband aan zouden toekomen, blijven vervolgens van verdere beoordeling uitgesloten.[61] Dit maakt de ontbindingsprocedure, mede gelet op de status van de bijzondere bewijsregels die gelden voor gevallen van discriminatie – in het licht van het Europese kader – kwetsbaar.
Die kwetsbaarheid komt treffend tot uiting in een uitspraak van de Enschedese kantonrechter.[62] Een werknemer verzoekt zelf de ontbinding van de arbeidsovereenkomst omdat zij, sinds haar overplaatsing naar een andere locatie at te maken heeft gekregen met discriminatie op grond van haar huidskleur. De werkgever onderzocht haar klacht, maar kwam tot de conclusie gekomen dat er geen sprake was van discriminatoir gedrag. De kantonrechter vindt de conclusie van de werkgever dat 'het' zich

60 Onder meer HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112, r.o. 4.1.1 - 4.1.3 en HR 7 november 2003, *NJ* 2004/174 m.nt. GHvV, r.o. 3.3.1.
61 In dezelfde zin advocaat-generaal Huydecoper in zijn conclusie voor HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/399.
62 Kantonrechter Enschede 16 oktober 2008, *JAR* 2009/5.

niet heeft voorgedaan onjuist. Zonder te onderzoeken wat er zich wel of niet heeft afgespeeld overweegt hij:

> Juist met het oog op de beladenheid van discriminatie en het feit dat het te snel wordt afgedaan met de woorden dat het bij de betrokkene "tussen de oren" zit, zou [de werkgever] er goed aan gedaan hebben om het probleem langs een andere kant aan te pakken, derhalve niet een onderzoek te doen naar de beschuldigingen, maar trachten discriminatoir gedrag te voorkomen, waarbij in eerste instantie uitgegaan wordt van de juistheid van de woorden van betrokkene. Daarbij valt te denken aan een bijeenkomst met alle personeelsleden en het probleem daar aan de orde stellen. Wellicht dat die aanpak tot een andere uitkomst had geleid. Door te stellen dat van discriminatie niet gebleken is wordt [de werknemer] in de hoek te kijk gezet als degene die onterecht haar collega's beschuldigt en dat maakt de zaak alleen maar erger.

Vervolgens overweegt hij zonder al te veel woorden dat de werknemer niet tot volle tevredenheid functioneerde en dat 'de terechte vraag dan ook (is) welk deel van de problematiek' oorzaak is geweest van de uitval van de werknemer, waarop hij direct laat volgen:

> Al met al is er voldoende reden om de conclusie te trekken dat er een einde aan het dienstverband dient te komen. De kantonrechter zou daaraan een vergoeding ter hoogte van 1 maandsalaris willen verbinden, maar dat zou slechts tot gevolg hebben [de werknemer] die vergoeding moet aanwenden om een maand zonder uitkering door te komen. Op die weg schiet de vergoeding zijn doel voorbij. … Hoewel ongebruikelijk zal de kantonrechter om die reden geen vergoeding toekennen, maar de arbeidsovereenkomst ontbinden per 15 november 2008, zodat [de werknemer] aansluitend aanspraak kan maken op een uitkering.

De echte terechte vraag is of de kantonrechter naar de maatstaven van het gemeenschapsrecht de stelling dat er sprake is van discriminatie op de juiste wijze heeft onderzocht en of hij vervolgens – voor het geval er sprake was van discriminatie – heeft voorzien in een doeltreffende en afschrikwekkende sanctie. Het lijkt er niet op. Als er feiten zijn aangevoerd die wijzen op discriminatie, dan had hij daarvan moeten uitgaan – behoudens tegenbewijs – en een echte vergoeding moeten toekennen. Door dat niet te doen, is er aanleiding te overwegen hetzij de werknemer ontvankelijk te achten in een vordering tot schadevergoeding in een dagvaardingsprocedure, hetzij appel toe te staan wegens een eventuele schending van gemeenschapsrecht.[63]

7 AFRONDING

De eisen die het gemeenschapsrecht stelt aan de aanspraak op schadevergoeding in rechte zijn nog niet uitgekristalliseerd. De toekenning van smartengeld, de uitsluiting van de schadevergoedingsvordering bij herstel van de dienstbetrekking en de gang van zaken in de ontbindingsprocedure zijn in het licht van het gemeenschapsrecht kwetsbaar. Voorts zijn de gevolgen van de toerekeningeis nog onvoldoende overzien en zijn er vragen over de ruimte om de omvang van de aansprakelijkheid te beperken.

---

63 Discriminatie is geen reden voor doorbreking van het appelverbod, aldus HR 24 april 1992, *NJ* 1992/672 m.nt. PAS, r.o. 3.5.

De diversiteit van discriminatiezaken vraagt om die ruimte. Om dezelfde reden is het niet wenselijk de Belgische regeling over te nemen, op grond waarvan de benadeelde aanspraak heeft op schadevergoeding ten belope van een forfaitair bedrag. Hoewel zo'n regeling uit het oogpunt van efficiëntie aanlokkelijk is, moet het draagvlak ervoor in de gaten worden gehouden. De voor de benadeelde gunstige, maar voor velen lastig te volgen bewijsregeling – hoezeer die ook alles inhoudt behalve dat de benadeelde maar wat hoeft te roepen om discriminatie aan te nemen – trekt al een wissel op de acceptatie van de regeling. Indien daarenboven schadevergoeding kan worden toegewezen zonder rekening te houden met omstandigheden die aansprakelijkheid minder vanzelfsprekend maken, zou dat wel eens een te grote wissel kunnen trekken op de acceptatie van de regeling als geheel.

Alledaags onbehagen en onheuse bejegening

Over 'onderscheid naar seksuele gerichtheid' op de werkvloer[1]

Dr. M. van der Klein en prof. dr. W.G.J. Duyvendak

1 INLEIDING

In 2007 kreeg het Verwey-Jonker Instituut van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) de opdracht om sociologisch onderzoek te doen naar bejegening van homoseksuelen (m/v) en onderscheid naar seksuele gerichtheid op de werkvloer. Bij de CGB komen relatief weinig zaken binnen waarin onderscheid op grond van seksuele voorkeur – al dan niet in relatie tot andere gronden – expliciet een rol speelt. Dat is eigenlijk al jaren zo. Wie (de commentaren op) de oordelen doorspit, ziet dat het gemiddelde aantal oordelen met betrekking tot 'hetero- of homoseksuele gerichtheid' ongeveer vijf per jaar is; in 1999 vijf op een totaal van 112 beoordeelde zaken, in 2006 zeven op een totaal van 261 zaken.[2] Bij de schaarse zaken die de afgelopen jaren beoordeeld zijn door de Commissie, zit een enkele heterozaak; het gros betreft onderscheid op basis van de homoseksuele voorkeur. De meeste zaken worden aangebracht door mannen.

Wie benieuwd is naar het aantal oordelen in verband met arbeid en seksuele voorkeur wacht een nog magerder vangst; in minder dan de helft van de gevallen gaat het om eventuele discriminatie bij arbeid. Het totaal aantal oordelen is de afgelopen zeven jaar gegroeid (van ongeveer 100 naar ongeveer 250 zaken per jaar), maar het aantal als relevant te beoordelen zaken groeide niet, ook niet toen in 2004 de EG-implementatiewet AWGB in werking trad die maakte dat intimidatie bij arbeidsomstandigheden expliciet verboden werd.

En wie het dan nog wil wagen om geïnteresseerd te zijn in oordelen in verband met (alledaagse) bejegening van homoseksuelen (m/v) op de werkvloer, vindt bij de CGB helemaal weinig materiaal. Bij de klachten over ongelijke behandeling op basis van seksuele voorkeur valt op dat zaken in verband met onderscheid in arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld meeverzekeren partner, partner OV-kaart, recht op pensioen), bij de CGB vaker voorkomen dan zaken in verband met dagelijkse bejegening op de

---

1 Deze bijdrage is gebaseerd op een uitgebreider rapport dat te vinden is op www.verwey-jonker.nl: M. van der Klein, S. Tan, I. de Groot, J.W. Duyvendak & D. Witteveen, *Discriminatie is het woord niet. Lesbische vrouwen en homoseksuele mannen op de werkvloer: bejegening en beleid*. Utrecht: 2009, Verwey-Jonker Instituut in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling.

2 C. Waaldijk & A.C. Hendriks, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 1999*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45-59; A.C Hendriks & C. Waaldijk, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 55-68; C. Waaldijk, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: D.J.B de Wolff (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 59-68; C. Waaldijk, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: D.J.B de Wolff (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 59-70; C. Waaldijk, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: D.J.B de Wolff (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003*, Deventer: Kluwer 2004, p. 65-76; C. Waaldijk, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: D.J.B de Wolff (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 63-70; C. Waaldijk, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: S.D. Burri (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolff Legal Publishing 2006, p. 83-92; M.J. Strijkers, 'Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: J.H. Gerards, B.P Vermeulen, & P.J.J. Zoontjens (hoofdred.), *Gelijke behandeling: Oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 119-132.

werkvloer (roddelen, pesten, uitsluiten etc.). Tussen 2000 en 2007 dienden er tien werkgerelateerde homozaken bij de CGB, maar alleen in combinatie met ontslag of sollicitatie werd daarin onheuse bejegening aan de orde gesteld.[3]

"Geen nieuws, goed nieuws" zou de gehaaste leek kunnen zeggen. En dat is ook de reactie die het Verwey-Jonker Instituut vaak te horen kreeg, toen zij haar werkvloeronderzoek wilde starten. Bedrijven en instellingen die we vroegen of bij hen nader onderzoek kon plaatsvinden naar de alledaagse omgang met homoseksualiteit en homoseksuele werknemers (m/v) waren terughoudend. Niet gehinderd door enige kennis van zaken, stelden zij vaak dat de 'kwestie bij hen niet speelde'. Er was instrumentarium genoeg om eventuele klachten of complimentjes aan de orde te stellen, zo meldde men, maar er kwamen nooit klachten binnen. Ergo, anno 2008 zat het in Nederland wel goed met homoseksualiteit op de werkvloer, zo meenden de meeste P&O-ers die wij spraken.
Gelukkig was de Commissie nieuwsgieriger: het onderzoek naar de bejegening van homomannen en lesbovrouwen op het werk mocht voor de CGB dienen als pilot voor verder bejegeningsonderzoek op de werkvloer. In bejegeningskwesties is het voor de CGB vaak niet eenvoudig te oordelen: er spelen vaak meerdere thema's door elkaar, de gevoelens van de betrokkenen zijn meestal zeer heftig, en het is ingewikkeld om discriminatie in bejegening al dan niet te bevestigen. Het Verwey-Jonker Instituut werd in staat gesteld zowel literatuur omtrent homoseksualiteit en de werkvloer, als de werkvloer zelf nader te analyseren en kreeg een speciaal aandachtspunt mee: was/is er verschil in de ervaringen van homoseksuele mannen enerzijds en lesbische vrouwen anderzijds? Dit artikel is een beknopte weergave van de resultaten van dat onderzoek,[4] waarin de volgende vragen centraal stonden:

1.a Welke problemen in de sfeer van de bejegening door collega's en leidinggevenden ervaren homoseksuele mannen en lesbische vrouwen op de werkvloer? Welke verschillen bestaan hierbij tussen homoseksuele mannen en lesbische vrouwen? (En beperkt: welke rol speelt etniciteit daarbij?).
1.b Welke factoren veroorzaken deze problemen? Te denken valt aan factoren in de bredere maatschappelijke context (acceptatie van homoseksualiteit, dominantie van de heteronorm) en aan factoren die specifieker, werkvloergebonden zijn.

2.a. Welke (meer en minder effectieve) oplossingen zijn beschikbaar voor genoemde problemen?
2.b Waarom werken bepaalde oplossingen? Welke nieuwe ideeën voor oplossingen kunnen worden aangedragen?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden heeft het Verwey-Jonker Instituut kwalitatief onderzoek opgezet in vier delen:
- Deel 1 behelst een inventarisatie van de knelpunten en problemen op de werkvloer via experts op het gebied van homoseksualiteit en discriminatie: Schorer, het COC, het Kenniscentrum Lesbisch en Homo-emancipatiebeleid (ondergebracht bij MOVISIE), en de HomLesgroep van ABVAKABO.

3 Ibidem.
4 Zie voor de uitgebreide resultaten het hele rapport op www.verwey-jonker.nl:Van der Klein e.a. 2009.

- Deel 2 is een uitgebreide analyse van de beschikbare Nederlandse literatuur (tot en met 2007) op seksespecifieke aspecten van bejegening en het instrumentarium dat bij eventuele discriminatie is in te zetten.
- In deel 3 is de bejegening door collega's en leidinggevenden in drie arbeidssectoren onder de loep genomen: openbaar bestuur, de transport- en communicatiesector en de gezondheidszorg. Deze sectoren variëren in 'gender' (zowel qua personeelssamenstelling als qua connotatie) en in score op de vraag naar de aanwezigheid van discriminatie van homoseksuelen (m/v) op het werk.[5] Openbaar bestuur is een m/v gemengde sector die het hoogst scoort op die vraag (bijna 14% van de respondenten zegt ja 'soms' of 'regelmatig'). De transport- en communicatiesector is overwegend een 'mannen'-sector die op de tweede plaats komt bij deze vraag. De gezondheidszorg is een 'vrouwen'-sector die vrij laag scoort op de vraag of er bij de respondenten discriminatie naar seksuele geaardheid of voorkeur voorkomt in hun werksfeer: rond de 7% antwoordt daar met 'soms' of 'regelmatig'.
- We hebben gesproken met 'signaal'-functionarissen (vertrouwenspersonen, bedrijfsmaatschappelijk werkers, bedrijfsartsen) homoseksuele medewerkers (m/v), leidinggevenden en P&O-managers. Dit hebben we gedaan bij een commercieel bedrijf, bij een gemeente en bij een ziekenhuis. In de interviews zijn eventuele bejegeningsproblemen aan de orde gekomen en ook de mogelijkheden van werknemers binnen de bedrijven/organisaties om gevallen van onheuse bejegening aan de orde te stellen.
- In deel 4 zijn expertmeetings georganiseerd per geselecteerde sector om de onderzoeksresultaten over de bedrijven/organisaties in een breder verband te kunnen plaatsen en om het benodigde instrumentarium per sector te kunnen bespreken. De CGB is aanwezig geweest bij deze sectorale expertmeetings.

De resultaten van de afzonderlijke delen van het onderzoek zijn in dit artikel door elkaar gevlochten. Om redenen van taalefficiëntie spreken wij hier kortweg van 'homoseksuelen (m/v)' wanneer het zowel mannen als vrouwen met een homoseksuele voorkeur betreft; en wij spreken kortweg van 'homomannen' of 'lesbovrouwen' wanneer het om homoseksuele mannen of lesbische vrouwen gaat. Soms komt het wat populairdere 'homo' of 'lesbo' in de tekst voor, maar niet zo vaak omdat vooral het woord 'homo' in sommige kringen een scheldwoord is. Heel af en toe gaat het over nichterige mannen ('nichten') en potteuze vrouwen ('potten'), niet in de geringschattende zin, maar eerder om een groep homomannen of lesbovrouwen aan te duiden die zich – meer nog dan anderen – buiten de sociaal verwachte sekserol wagen: nichten zijn in dit artikel de – in uitstraling en presentatie – meer vrouwelijke homomannen; potten de – in uitstraling en presentatie – meer mannelijke lesbovrouwen.

5 *Nationale enquête arbeidsomstandigheden*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek 2007.

2 EEN EERSTE VERKENNING: EEN VAKER VOORKOMEND PROBLEEM DAT NAUWELIJKS WORDT GERAPPORTEERD

Over homoseksualiteit op de werkvloer is in Nederland regelmatig gepubliceerd door sociale wetenschappers en journalisten. De bejegeningsproblemen die zij signaleren bestaan uit: buitensluiten, roddelen, grapjes, bespotten in de vorm van beledigende of kwetsende opmerkingen, oneigenlijke nieuwsgierigheid en, als het uit de hand loopt, bedreigingen, scheldpartijen en fysiek geweld.[6]
Een eerste blik op de literatuur leert dat dat op de werkvloer en elders, vaker voorkomt dan de oordelen van de CGB doen vermoeden. Hoewel de cijfers niet voor het opscheppen liggen – noch over het algemene klimaat, noch over het klimaat op de werkvloer – en hoewel ze niet altijd tot eenduidige conclusies leiden, kunnen we dat wel zeggen. Er wordt regelmatig gewag gemaakt van onheuse bejegening van homomannen en lesbovrouwen op de werkvloer. Soms wordt er zelfs gesproken van discriminatie.
Zo gaf in 2006 in Rotterdam maar liefst 30% van de lesbische vrouwen en 21% van de homoseksuele mannen aan discriminatie op het werk te ervaren.[7] Volgens de *Nationale enquête arbeidsomstandigheden* (CBS 2007) zegt bijna 14% van de respondenten (werkzaam) in het openbaar bestuur dat er 'soms of regelmatig' discriminatie naar seksuele geaardheid of voorkeur voorkomt in hun werksfeer.[8] Het openbaar bestuur is daarmee de sector die het hoogst scoort in de CBS-enquête, op de voet gevolgd door de sector vervoer en communicatie en de Horeca. Dienstverlenende sectoren scoren in deze enquête relatief laag op de vraag naar de aanwezigheid van discriminatie van homoseksuelen (m/v) op het werk: de zakelijke dienstverlening, de gezondheids- en welzijnszorg, en de financiële dienstverlening nemen de laagste plaatsen in met rond 7% van de respondenten. Uit het SCP-rapport *Gewoon Doen* blijkt dat ook in de zakelijke dienstverlening (onderzocht werden o.a. het bank- en verzekeringswezen) van openlijke discriminatie niet veelvuldig sprake was, zonder dat er overigens veel ruimte bestond voor werkelijke diversiteit.[9]

Uit ons onderzoek en de literatuur blijkt dat onheuse bejegening van homoseksuelen (m/v) in de dagelijkse omgang op de werkvloer, als het voorkomt, over het algemeen nauwelijks wordt gerapporteerd aan leidinggevenden of vertrouwenspersonen. Daarbij spelen gebrek aan vertrouwen, de wil om 'gewoon te doen' en de afweging om 'in de kast te blijven' een rol.[10] Een deel van de homoseksuelen (m/v) houdt de seksuele voorkeur – ondanks de bestaande druk om open te zijn – op het werk liever in het midden of geheim. In 2006 zei een derde van de homomannen en een kwart van de lesbovrouwen dat de collega's op het werk niet op de hoogte waren van hun seksuele voorkeur.[11]
Een ander deel neemt kwetsende opmerkingen voor lief. Zij ervaren deze opmerkingen eerder als lastig en irritant dan als discriminerend: "Het is nu eenmaal zo en je kan er maar beter geen aanstoot aan nemen", aldus een respondent in ons onderzoek.[12] Noch voor homoseksuelen in de kast, noch voor homoseksuelen die hun best

6 S. Keuzenkamp, D. Bos, J.W. Duyvendak & G. Hekma, *Gewoon doen. Acceptatie van homoseksualiteit in Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2006.
7 R. Schriemer, *Roze (on)zichtbaar in Rotterdam?,* Rotterdam: Radar 2006.
8 *Nationale enquête arbeidsomstandigheden* 2007.
9 Keuzenkamp e.a., 2006, p. 167-192.
10 Van der Klein e.a. 2009, p. 25, p. 29-33; en Keuzenkamp e.a. 2006, p. 80- 101 en p. 221-235.
11 F.C Bakker & I.Vanwesenbeeck, *Seksuele gezondheid in Nederland*, Utrecht: Rutgers Nisso Goep 2006, geciteerd in Keuzenkamp e.a. 2006, p. 227.
12 Van der Klein e.a. 2009, p. 25.

doen om zich niet al te zeer te storen aan opmerkingen, ligt een melding bij een van de signaalfunctionarissen voor de hand. Mede daardoor heeft 'de werkvloer' over het algemeen geen idee van deze thema's, behalve als de P&O-professionals zelf homoseksueel (m/v) zijn: dan weet men vaak uit eigen ervaring met welke dilemma's, pijnlijke ervaringen en lastige keuzes homoseksuele medewerkers worden geconfronteerd.
Werkgevers en P&O-afdelingen constateren nu nog te vaak dat er geen probleem is (in verband met homoseksualiteit op de werkvloer noch in verband met andere diversiteit) zonder daar een deugdelijke basis voor te hebben.[13] De schrik die wij tegenkwamen als we onze respondenten confronteerden met de algemenere 'homodiscriminatie-cijfers' over hun sector, spreekt wat dat betreft boekdelen: "Zo vaak zou het in hun bedrijf toch niet voorkomen dat mensen last hadden vanwege hun geaardheid?!", wensten zij dan hardop. De meeste organisaties en bedrijven weten niet of er een probleem is en dus ook niet hoe groot het probleem voor de betrokken groep is en hoe vaak het voorkomt. In medewerkersbetrokkenheids- en tevredenheidsonderzoeken komen werksfeer en onderlinge bejegening over het algemeen weinig uitgebreid aan bod (het ziekenhuis dat wij onderzochten vormt hierop een goede uitzondering), laat staan dat medewerkers op deze thema's bevraagd worden in verband met seksuele voorkeur (of andere gronden). Naar de exacte omvang van onheuse bejegening per bedrijf blijft het dus gissen. Bedrijven zelf verzamelen (bijna) geen gegevens over de omvang van bejegeningsproblematiek van homoseksuelen.
De vanzelfsprekendheid waarmee men verwacht dat homomannen en lesbovrouwen, als zij last hebben van onheuse bejegening of homonegativiteit op de werkvloer, dat zullen rapporteren aan leidinggevenden en vertrouwenspersonen, wijst op een zekere naïviteit en gebrek aan kennis van zaken. Homoseksuelen trekken zelden aan de bel.

Leidinggevenden zijn zich niet altijd bewust van hun rol in de werksfeer en hebben vaak geen flauw idee hoe ze over 'dit thema' zouden moeten beginnen. Ze zijn hiertoe ook niet geëquipeerd: ze worden er niet in gecoacht of opgeleid. Vertrouwenspersonen worden over het algemeen beter opgeleid in kenmerken van de bedrijfscultuur en in het inschatten van wie het daarin moeilijk zou kunnen hebben. Maar ook hen ontbreekt het vaak aan specifieke kennis over de positie van homoseksuele werknemers (m/v). Onheuse bejegening in verband met seksuele voorkeur is een thema waarvan zij hopen dat het tot het verleden behoort. Bovendien worden zij in de praktijk van alledag opgeslokt door andere, veel zichtbaarder groepen.[14]
Tussen leidinggevenden en signaalfunctionarissen enerzijds en homoseksuele werknemers (m/v) anderzijds lijkt er in het kader van de bejegeningsproblematiek op de werkvloer dus sprake te zijn van een mismatch. De eerste groep is over het algemeen niet goed toegerust om alledaags onbehagen en onheuse bejegening te signaleren en op te lossen. De tweede groep heeft op voorhand al zo weinig vertrouwen in leidinggevenden en signaalfunctionarissen dat zij hun verhalen en ervaringen niet bij hen neerleggen.
De meeste respondenten in ons werkvloeronderzoek zijn overigens wel van mening dat de verantwoordelijkheid voor een prettig werkklimaat bij leidinggevenden ligt. Op de meeste werkvloeren zijn zij de eersten en soms de enigen die omgangsproblemen op de werkvloer zouden kunnen signaleren. Zij hebben echter niet altijd de

13 Van der Klein e.a. 2009, p. 9.
14 Het primaat van andere groepen bleek bijvoorbeeld ook op het symposium Gekleurde Plafonds dat 27 september 2007 in Utrecht plaatsvond.

antennes om omgangsproblemen in verband met seksuele voorkeur te herkennen. Maar al te vaak delen zij de standaard van de werkvloer. Bij de gemeente waar wij onderzoek deden, menen vele leidinggevenden bijvoorbeeld dat geen nieuws goed nieuws is zonder er naar te informeren of er nog nieuws is.[15]

Naar aanleiding van ons onderzoek kunnen we verschillende zaken opmerken over de aard van de bejegening waar homomannen en lesbovrouwen op het werk mee te maken hebben. Allereerst: flagrante discriminatie (intimidatie, fysiek geweld, discriminatie bij salariëring of secundaire arbeidsvoorwaarden) komt nauwelijks voor. Als er onverhoopt sprake van is, wordt er – na melding – serieus werk van gemaakt.[16] Ten tweede: de alledaagse praktijk van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen op de werkvloer heeft veel te maken met de acceptatie van homoseksualiteit in het algemeen, dus met onbegrip, ideeën en vooroordelen die niet speciaal werkgebonden zijn. In een heteronormatieve omgeving wordt er bijvoorbeeld niet verwacht dat men homoseksueel is. Zolang de betrokkene zich daar niet over uitspreekt wordt verondersteld dat hij/zij een (vaste) heteropartner heeft. Dat kan lastig zijn in de dagelijkse omgang op de werkvloer waar spreken over privézaken steeds gebruikelijker wordt. Homoseksuelen (m/v) hebben geleerd altijd en overal rekening te houden met deze algemene heteronormativiteit en beoordelen hun werkomgeving en bedrijfscultuur op de mate waarin die positief of negatief afwijkt van de houding die in de rest van de maatschappij gebruikelijk is.[17] De automatische vooronderstelling dat een vrouw een man heeft, dat lesbische vrouwen geen kinderen hebben, of dat homoseksuele mannen hun weekend in de darkroom doorbrengen: homoseksuelen zijn eraan gewend en zijn voor een deel blij verrast als deze vooronderstellingen achterwege blijven. Ook hoe de collega's reageren als die vooronderstellingen gecorrigeerd worden is voor hen belangrijk. In het ziekenhuis waar wij onderzoek deden was een homoseksuele collega een gewoon fenomeen, waar men niet van opkeek.[18] Dat soort werkomgevingen worden door homoseksuelen als positiever ervaren dan werkvloeren waarin men de enige lijkt te zijn of waar het onbekend is wie homo of lesbo is en wie niet.

Ons onderzoek bevestigt dat de 'coming out-dwang' op het werk in Nederland vrij groot is.[19] Hoewel homoseksualiteit niet zichtbaar is en het aan de werknemer is om zijn of haar seksuele voorkeur wel of niet te 'tonen', blijkt dat in de meeste werksettingen openheid over seksuele voorkeur verwacht wordt. Het blijkt een onderwerp dat besproken móet worden (zie verder ook de literatuurstudie). Het komt er in de praktijk op neer dat homoseksuele mannen en lesbische vrouwen moeten kiezen tussen open zijn, zwijgen (en uit de toon vallen), of liegen. Homoseksuelen (m/v) tasten in iedere situatie opnieuw af of (en hoe) zij hun leefvorm of seksuele voorkeur kenbaar willen maken of niet. Werknemers (m/v) balanceren daarbij tussen een strategie die bij hen past en hen tegelijkertijd niet marginaliseert binnen de bedrijfscultuur; overwegingen om het risico op intolerantie en discriminatie te beperken, spelen hierbij een rol.[20]
De meest voorkomende bejegeningsproblemen die homoseksuelen (m/v) op het werk ervaren en signaleren, zo blijkt uit ons onderzoek, houden verband met opmer-

15 Van der Klein e.a. 2009, p. 53.
16 Zie ook Keuzenkamp e.a. 2006, p. 228 en 229.
17 Van der Klein e.a. 2009, p. 71.
18 Van der Klein e.a. 2009, p. 68.
19 Dat werd al eerder geconstateerd in Keuzenkamp, e.a. 2006, bijvoorbeeld p. 96,97.
20 Keuzenkamp e.a. 2006 en Klein, van der, e.a. 2009, p. 23.

kingen en zogenaamde grapjes die een alledaags onbehagen tot gevolg hebben: incidentele of regelmatiger voorkomende opmerkingen, aanduidingen en verwijzingen die voor heteroseksuelen niet per se veel betekenen maar voor homoseksuelen (m/v) kwetsend kunnen zijn. De opmerkingen en grapjes kunnen direct of indirect van aard zijn, kunnen gericht zijn op een speciaal persoon of meer in het algemeen worden gemaakt. Bewust, maar vaker onbewust maken collega's en leidinggevenden onderscheid naar seksuele voorkeur. Maar discriminatie vinden onze respondenten niet het goede woord. Soms leidt het onderscheid wel tot alledaags onbehagen bij de betrokken homoseksuele werknemers. In ons onderzoek blijken mensen dan een poging te doen de opmerkingen te negeren, de sfeer te verdragen, ter plekke een grote mond op te zetten of een andere werkkring te zoeken.[21]

Uit ons onderzoek blijkt verder dat homomannen in door mannen gedomineerde werkomgevingen vaker onbehagen hebben over de vigerende bedrijfscultuur dan in vrouwensectoren. Op door vrouwen gedomineerde werkvloeren voelen homoseksuelen (m en v) zich over het algemeen meer op hun gemak. Dat laatste geldt dus zowel voor homomannen als voor lesbovrouwen. Over de ervaringen van homoseksuelen – mannen en vrouwen – op de werkvloer valt naar aanleiding van eerdere literatuur meer op te merken, al is het verband tussen die ervaringen en de gender van de arbeidssector door onze voorgangers nog niet zo explicitiet opgemerkt en geanalyseerd. Hieronder volgt daarom een korte seksespecifieke analyse van de literatuur tot 2007.

3 HOMOMANNEN EN LESBOVROUWEN IN MANNEN- EN VROUWENSECTOREN: THESEN IN DE LITERATUUR

Er vallen twee publicatiepieken in de literatuur over homoseksualiteit op de werkvloer te onderscheiden. De eerste piek is te plaatsen rond 1998/1999, toen Henny Bos en Theo Sandfort in opdracht van de ABVAKABO onderzoek deden naar werkbeleving van homo- en heteroseksuelen. Hun onderzoek mondde uit in twee publicaties die de pers meer dan eens haalden: *Seksuele voorkeur en werk. Een vergelijking tussen homo- en heteroseksuele personen* en *"De prijs die ik betaal". Homoseksuele mannen en vrouwen over hun werksituatie*.[22] De tweede piek is van recenter datum: 2005/2006. Toen bundelden Saskia Keuzenkamp, Jan Willem Duyvendak, Gert Hekma en David Bos in opdracht van het SCP recent eigen en andermans onderzoek over algemene acceptatie van homoseksualiteit, over homoseksuelen (m/v) en sport en over diverse arbeidssectoren in de bundel *Gewoon doen*.[23] Minder omvangrijk maar niet onbelangrijk zijn het in 2005 verschenen rapport van het Instituut voor Arbeidsvraagstukken (IVA) in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken: *Gelijke behandeling in bedrijf* [24]; en het gezamenlijke rapport van de Stichting Radar, Rotterdam Verkeert en het COC Rotterdam in opdracht van de Rotterdamse dienst Jeugd, Onderwijs en Samenleving; in dit laatste rapport werden ook cijfers over de beleving op de werkvloer verzameld.[25]

---

21 Van der Klein e.a. 2009.
22 H. Bos & Th. Sandfort, *Seksuele voorkeur en werk. Een vergelijking tussen homo- en heteroseksuele personen,* Zoetermeer: Nisso en Homostudies Universiteit Utrecht in opdracht van ABVAKABO FNV 1998; H. Bos & Th. Sandfort, *De prijs die ik betaal*, Zoetermeer: Nisso en Homostudies Universiteit Utrecht in opdracht van ABVAKABO FNV 1999.
23 Keuzenkamp, e.a. 2006.
24 R. Hermanussen & T. Serail, *Gelijke behandeling in bedrijf*, Tilburg: IVA (Beleidsonderzoek en Advies) 2005.
25 Schriemer 2006.

De bovengenoemde auteurs presenteren, zonder direct aan gegenderde arbeidsectoren te refereren, uiteenlopende conclusies als het gaat om de vraag wie voornamelijk last hebben van hoe het op de werkvloer toegaat: homomannen of lesbovrouwen? Om de verschillende bevindingen te kunnen plaatsen vertellen we hier iets meer over de twee grootste onderzoeken: het ABVAKABO-onderzoek van Bos en Sandfort (1998) enerzijds en het SCP-rapport van Keuzenkamp e.a. anderzijds.

3.1 M/V: een verschil in beleving, een verschil in bejegening?

Bos en Sandfort vergeleken de werkbeleving van homo- en heteroseksuelen, en keken ook naar het verschil in werkbelasting en gezondheid tussen deze twee groepen. Zij specificeerden hun resultaten bovendien naar het verschil in werkbeleving, -belasting en gezondheid tussen homoseksuele mannen en lesbische vrouwen. Zij ondervroegen voor hun eerste publicatie krap 2500 werknemers bij gemeenten en in het ziekenhuiswezen (verkregen via een aselecte steekproef met 10.000 geselecteerden) met een uitgebreide schriftelijke enquête over onder andere: relaties met collega's en chefs, sociale steun op het werk, zichzelf kunnen zijn op het werk, tevredenheid over het werk en gevoel van eigenwaarde en gezondheidsproblemen.[26] De respondenten wisten niet dat de onderzoekers conclusies wilden trekken over seksuele voorkeur en de werkvloer. Op de verzameling van de enquêtes voerden Bos en Sandfort verschillende statistische analyses uit.[27]
De belangrijkste conclusies van Bos en Sandfort zijn dat:

- homoseksualiteit er wel degelijk toe doet in werksituaties;
- de werkbeleving van homoseksuele werknemers statistisch gezien negatiever is dan die van heteroseksuele werknemers: homoseksuelen (m/v) hebben meer last van stress en uitputtingsverschijnselen en hun ziekteverzuim is hoger;
- lesbovrouwen over het algemeen meer problemen hebben op de werkvloer dan homomannen: lesbo's lijden meer onder een slechte verstandhouding met collega's en chefs;
- het ziekteverzuim onder lesbische vrouwen significant hoger is dan onder de andere onderscheiden groepen;
- de werkbeleving van homoseksuele mannen in de ziekenhuissector er het gunstigst uitspringt: die wijkt namelijk niet af van hun mannelijke heteroseksuele collega's.[28]

Keuzenkamp, Bos, Duyvendak en Hekma vergeleken bijna tien jaar later de werkbeleving van homoseksuelen (m/v) niet expliciet met die van hetero's.[29] Zij hebben zich daarbij geconcentreerd op de houdingen ten opzichte van homoseksualiteit en de ervaringen van homoseksuelen (m/v). Ook zij concluderen dat de werkomgeving voor homomannen en lesbovrouwen verre van ideaal is. Dat doen ze vooral op basis van tachtig diepte-interviews gehouden met homomannen en lesbovrouwen in drie uiteenlopende sectoren: de horeca, het bank- en verzekeringswezen en de krijgsmacht. Ook bespreken zij statistisch materiaal uit bijvoorbeeld de enquête *Seksuele gezondheid in Nederland* 2006. De onderzoekers van *Gewoon doen* spraken met iets meer mannen dan vrouwen; alle geïnterviewden waren op de hoogte van het doel van het onderzoek.

---

26 Bos & Sandfort 1998.
27 Overigens, andere systematische vergelijkingen tussen homomannen en heteromannen of tussen homovrouwen en heterovrouwen zijn tot op heden nauwelijks gedaan.
28 Bos & Sandfort 1998.
29 Keuzenkamp, e.a. 2006.

Het meest opvallende verschil met de bevindingen van Bos en Sandfort uit 1998 zit in de seksespecifieke conclusie dat homomannen meer problemen lijken te ervaren dan lesbovrouwen. "Homoseksuele mannen", zo stellen Keuzenkamp, Bos, Duyvendak en Hekma, "vormen een bedreiging voor de masculiene dominantie in de samenleving en kunnen daardoor op meer afkeuring van heteromannen rekenen".[30] Met name 'nichterige' mannen hebben het daarom moeilijk, zowel op de werkvloer als in de openbaarheid, die de auteurs van *Gewoon doen* vooral situeren op straat en in het uitgaansleven. De auteurs denken dat de normen voor vrouwen minder rigide zijn en leggen hierbij een relatie met vrouwenemancipatie.[31]

3.2 Gender, seksuele voorkeur en de keus voor bepaalde sectoren

Zowel Bos & Sandfort als de vier samenstellers van *Gewoon doen* benadrukken in het algemeen de sectorgebondenheid van ervaring, beleving en bejegening, en het belang van de 'cultuur van de organisatie', ook wel de bedrijfscultuur genoemd.[32] Ervaringen van homomannen en lesbovrouwen verschillen van elkaar en variëren per sector, zo laten de wetenschappers zien. Maar in verband met het verschil tussen de ervaringen van lesbovrouwen en homomannen werken zij de sectorgebondenheid niet uit. Het snijvlak tussen de homoseksuele ervaring, gender en de arbeidssector is bij nader inzien opvallend afwezig. Wel doen Keuzenkamp et al. een aanzet met de mededeling dat homomannen op de afkeuring van heteromannen kunnen rekenen.

Het genoemde snijvlak is tijdens ons onderzoek van cruciaal belang gebleken. De in de literatuur opgeworpen verschillen hebben alles te maken met gender: de gender van de homoseksuelen zelf (m/v) en de gender van de sector waarin zij werkzaam zijn.[33]
De sociaal verwachte sekserol varieert per sector; de ruimte om homoseksueel (m/v) te zijn dus ook (bedenk bijvoorbeeld dat het mode en kappersvak al heel lang homomannen aantrekt). Bovendien zijn sectoren van oudsher gender-geconnoteerd. Zo staat de gezondheidszorg bijvoorbeeld als vrouwelijk te boek en de transportsector als mannelijk. Niet alleen omdat er in die sectoren veel vrouwen of juist veel mannen werken maar ook vanwege de sfeer in de sector en omdat het soort werk dat daar gedaan wordt, zogenaamd vrouwelijke of mannelijke eigenschappen aanspreekt. De mannelijkheid of vrouwelijkheid van de sector blijkt grote invloed te hebben op de bejegening van de daarin werkzame homoseksuele mannen en lesbische vrouwen (en heteroseksuele mannen en vrouwen).

30 Keuzenkamp, e.a. 2006, p. 234.
31 Keuzenkamp, e.a. 2006, p. 234, 235.
32 Bos & Sandfort 1998.
33 Zoals een van de experts in ons onderzoek stelde, geeft homoseksualiteit op zich nauwelijks meer aanleiding tot problemen op de werkvloer zolang de betrokkene zich niet 'te mannelijk' of 'te vrouwelijk' gedraagt. Bejegeningsproblemen beginnen volgens haar pas als men te ver buiten de sociaal verwachte sekserol treedt. Feit is dat de meeste bejegeningsproblemen op het werk tegenwoordig gemeld worden door transgenders.

4 DE LITERATUUR EN ONS ONDERZOEK: ASYMMETRIE OP DE WERKVLOER

Wij kregen de kans onderzoek te doen bij een ziekenhuis – een vrouwensector – een transport- en communicatiebedrijf – een mannensector – en een gemeente. Die laatste instelling is qua connotatie en personeelssamenstelling een gemengd bedrijf, dat echte mannendiensten kent als Stadswerken, echte vrouwendiensten als de GGD en gemengde werkomgevingen als de Dienst Maatschappelijke Ondersteuning.
We kunnen concluderen, naar aanleiding van de literatuur en naar aanleiding van ons eigen werkvloeronderzoek, dat over iedereen die zichtbaar afwijkt van de sociaal verwachte sekserol negatieve oordelen worden gevormd. Er wordt dan gezegd dat 'ze er niet zo te koop mee moeten lopen', dat ze 'verwijfd' (homomannen) of juist 'nors', 'niet zo gezellig' en 'mannenhatend' zijn (lesbovrouwen). Wie openlijk afwijkt van de gendernorm betaalt een prijs in de sociale sfeer. Homoseksuelen (m/v) die dat doen hebben het moeilijker dan homoseksuelen (m/v) die dat niet doen.

4.1 Mannenomgevingen, machocultuur: homonegativiteit als sociale aangelegenheid

Op grond van ons onderzoek weten we het meest over de bejegening van homomannen. Het 'Hé, homo!' als aanspreekvorm – overigens vaak losgezongen van de seksuele voorkeur van de aangesprokene – hebben we met name bij stadswerken en bij het transport en communicatiebedrijf gevonden: op mannenwerkvloeren. Daar worden ook de dubbelzinnige verwijzingen naar anaal verkeer gedebiteerd. Opmerkingen als 'ik ga niet achter jou langs lopen hoor' of 'ik zou niet durven bukken voor jouw bureau' worden alleen maar in de mannensectoren in gezelschap van andere mannen gemaakt. Als een homoman met één collega op stap is, blijven deze aanspreekvormen en opmerkingen achterwege.[34]
De homonegativiteit op de mannenwerkvloer is dus een sociale aangelegenheid die dient ter bevestiging van de eigen mannelijkheid en de mannelijkheid van de groep. (Homo)mannen die ook maar een klein beetje afwijken van de sociaal verwachte sekserol op de mannenwerkvloer lopen kans 'de pispaal' te worden. Mannen die daar veel van afwijken – 'nichten' – hebben het ronduit moeilijk. Uit de literatuur was al bekend dat werkvloeren waar uitsluitend mannen werken het meest homovijandig zijn en dat homomannen op zo'n mannenwerkvloer het best kunnen zwijgen over hun seksuele voorkeur. 'Potteuze' lesbovrouwen – met een mannelijker uiterlijk en uitstraling – hebben hier nog wel een kans op een enigszins prettige werkomgeving: zij worden beschouwd als 'een van de jongens'. Wanneer er op overwegend autochtone mannenwerkvloeren 'gekozen' moet worden tussen een Hollandse dieseldyke en een man van een andere etniciteit, is de keus snel gemaakt ten faveure van de 'pot', zo vertelden onze homorespondenten bij de gemeente.[35]
Heterovrouwen daarentegen hebben het in deze contexten – net als homomannen – over het algemeen ook moeilijk met grappen en opmerkingen. Dit lijkt de these te bevestigen dat heteromannen moeite hebben met 'vrouwelijkheid' op werkvloeren die door hen worden gedomineerd, ongeacht of ze deze vrouwelijkheid nu belichaamd zien door homoseksuele mannen of door heteroseksuele vrouwen. In beide gevallen voelen zij zich superieur aan de 'vrouwelijke' groepen, zetten zij de toon en bepalen zij wat 'grappig' is.

34 Van der Klein e.a. 2009, p. 80, 81.
35 Van der Klein e.a. 2009, p. 27.

De homomannen op de mannenwerkvloeren die wij bestudeerd hebben, stellen de zogenaamde grapjes en opmerkingen over het algemeen niet snel aan de orde. Zij verdragen de bedrijfscultuur en proberen de grapjes grotendeels te negeren. Degenen die hun collega's wel confronteren met ongenoegen over de flauwe grappen, doen dat met wisselend resultaat, maar zijn zelf vaak wel tevreden met de weerbaarheid die uit hun eigen reactie blijkt.

4.2 Lesbovrouwen en bejegening

Het bleek lastig om nieuw materiaal te verzamelen over de bejegening van lesbovrouwen. We hebben in alle drie instellingen wel enkele lesbo's gesproken maar de meeste lesbische vrouwen laten zich minder expliciet uit over bejegeningskwesties en ze lijken minder zichtbaar (als lesbo) in werkorganisaties. Van het homo-lesbo-netwerk in het transport- en communicatiebedrijf zijn lesbovrouwen bijvoorbeeld wel lid, maar ze laten zich zelden zien als er activiteiten zijn. Lesbovrouwen zijn ook minder assertief als het gaat om het aan de kaak stellen van bejegeningsproblemen.[36] We weten uit de literatuur (op basis van anonieme rapportages) dat lesbische vrouwen last hebben van andersoortige problemen op de werkvloer dan homoseksuele mannen. In het survey over *Seksuele gezondheid in Nederland* (2006) zeggen lesbovrouwen meer last te hebben van openlijke afkeuring dan homomannen. Vrouwen hebben iets minder last van schelden, maar juist weer meer last van ontwijken en negeren. Op onbegrip en niet serieus genomen worden scoren lesbovrouwen zelfs 13% tegen homomannen 0%. Bovendien hebben vrouwen veel meer last van seksuele opmerkingen en roddelen (beiden 7,4%) terwijl mannen daar wederom 0% op scoren. [37]
Volgens Bos en Sandfort hebben/hadden lesbovrouwen een slechtere relatie met collega's en leidinggevenden, meer werkstress en significant meer ziekteverzuim dan heteromannen, heterovrouwen en homomannen.[38] Zij deden hun onderzoek in een gemengde (lagere overheid) en in een vrouwensector (ziekenhuis). In het ziekenhuiswezen (een vrouwenomgeving) was de werkbeleving van homomannen uitgesproken goed, bijna hetzelfde als die van heteromannen, terwijl lesbische vrouwen het moeilijker hadden, minder feedback over de kwaliteit van hun werk kregen en meer conflicten met collega's of chefs rapporteren dan heterovrouwen. Het ziekenhuis, als vrouwelijk geconnoteerde verzorgende werkomgeving, was voor lesbische vrouwen – een als 'mannelijk' geconnoteerde categorie vrouwen – een minder prettige werkomgeving dan voor heterovrouwen en homomannen. Dit gold niet voor homomannen in het ziekenhuiswezen: die dachten eenzelfde of zelfs positiever imago te hebben dan hun heteroseksuele mannelijke collega's.
Ons werkvloeronderzoek kan deze conclusies naar aanleiding van Bos en Sandfort maar ten dele bevestigen. Dat het ziekenhuis een prettige werkomgeving is voor homomannen staat ook bij ons buiten kijf, maar de lesbovrouwen die wij er gesproken hebben voelen zich er ook prettig. De bevinding van Bos en Sandfort dat lesbovrouwen in het ziekenhuis minder werkplezier en meer sociale problemen zouden ervaren, lijkt niet (meer?) op te gaan. Een P&O-er in het ziekenhuis bestreed eveneens de veronderstelling dat lesbo's het in de zorg moeilijker zouden hebben. Zij vindt de zorg "juist een positieve omgeving voor dames die zich willen manifesteren. Bij uitstek in de zorg is het mogelijk om carrière te maken. Van de mensen op heel

36 Zie de oordelen en commentarenbundels van de CGB in noot 2.
37 Bakker & Vanwesenbeeck 2006, p. 178. Een vergelijking met heterovrouwen en met heteromannen werd in het survey-onderzoek niet gemaakt.
38 Bos & Sandfort 1998 en 1999.

hoge posities zijn juist onder de vrouwen veel lesbo's".[39] Uit ons onderzoek blijkt dat de personeelssamenstelling (veel vrouwen) en de connotatie 'vrouwelijke' sector ruimte geven aan gender-nonconformiteit. Vrouwen verwachten minder genderconform gedrag en op een door (heteroseksuele) vrouwen gedomineerde afdeling kunnen niet alleen homomannen 'zichzelf' zijn maar ook 'mannelijke' werknemers (zowel heteroseksuele mannen als 'potteuze' vrouwen).

4.3 Conclusie

Uit ons onderzoek kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een asymmetrie. In de vrouwensectoren – in ons onderzoek vertegenwoordigd door de GGD bij de gemeente en het ziekenhuis – mogen/kunnen homoseksuelen (m/v) zichtbaar zijn, is redelijk goed bekend wie homoseksueel is en komt onheuse bejegening nauwelijks voor. In de mannensectoren – in ons onderzoek vertegenwoordigd door Stadswerken bij de gemeente en de productievloer bij het transport en communicatiebedrijf – ligt het op alle drie die vlakken veel minder gunstig. Op dit moment is homoseksualiteit binnen m/v-gemengde en door mannen gedomineerde werkvloeren weinig zichtbaar: noch als categorie in P&O-beleid, noch op de werkvloer lijkt homoseksualiteit van belang. Op het eerste gezicht lijkt hiermee de kous af; er is geen probleem en er is dus geen aanleiding voor beleid. Bij nader inzien blijkt er echter juist sprake te zijn van bejegeningsproblemen op de werkvloer, met name daar waar de zichtbaarheid van homoseksualiteit het geringst is.
Op iedere werkvloer is het van belang welke genderconnotatie dominant is (mannelijk dan wel vrouwelijk) maar de vrouwelijke dominantie heeft veel minder uitsluitende effecten. Vrouwenomgevingen zijn prettiger voor alle homoseksuelen (m en v), zo volgt uit ons onderzoek. Binnen mannenomgevingen is het voor homoseksuelen sowieso niet erg aangenaam, al is het voor lesbovrouwen beter te doen dan voor homomannen. Mannelijk geconnoteerde werkomgevingen zijn voor 'mannelijke' werknemers – inclusief 'potteuze' lesbovrouwen – dus relatief aantrekkelijk. Binnen vrouwenomgevingen maakt het niet uit of het om lesbovrouwen of homomannen gaat, want blijkt er überhaupt meer ruimte voor diversiteit (en dat laatste staat dus haaks op de these die we afleidden uit het onderzoek van Bos en Sandfort).

5 ONHEUSE BEJEGENING VAN HOMOSEKSUELEN (M/V): MEER EEN SOCIAAL DAN EEN JURIDISCH PROBLEEM

Het werkklimaat in Nederland is over het algemeen niet homopositief. Op de meeste werkvloeren is de heteronorm dominant, net als elders in de maatschappij. Dat betekent niet dat homoseksuele werknemers (m/v) overal en voortdurend met discriminatie te maken hebben. De kans op regelrechte onheuse bejegening is in de mannensectoren veel groter dan in de gemengde en de vrouwensectoren. Het betekent wel dat er bewust en vaker onbewust onderscheid naar seksuele voorkeur wordt gemaakt. Dat kan in sommige gevallen leiden tot alledaags onbehagen bij de betrokken werknemers. Dat onbehagen is meer een sociale dan een juridische kwestie. Dat is een verklaring voor het feit dat bejegeningsproblemen van deze groep het nauwelijks tot klachtencommissies en dergelijke brengen. Wat moet men als men zich niet op zijn of haar gemak voelt? Of dat nu door regelrechte discriminatie of door een zeer aanwezige heteronorm komt, men zoekt een weg om daarmee om te gaan, een

39 Van der Klein 2009, p. 69.

weg die past bij degene zelf en die past bij de bedrijfscultuur. Mensen verdragen de sfeer, proberen opmerkingen te pareren of zoeken een andere werkkring. Een gang naar de Commissie Gelijke Behandeling ligt minder voor de hand. Dat zal vaker het geval zijn in bejegeningskwesties die niet tot ontslag leiden, dus niet alleen bij bejegeningsproblemen ten aanzien van homoseksuelen op de werkvloer.

Als er iets is dat het pilotonderzoek voor de Commissie Gelijke Behandeling heeft duidelijk gemaakt, dan zijn dat twee dingen. Ten eerste: 'de' werkvloer bestaat niet. Bejegening is altijd gekoppeld aan bedrijfscultuur en die varieert per bedrijf, maar meer nog per sector. Dat zal niet alleen gelden in verband met seksuele voorkeur, maar waarschijnlijk ook in verband met andere gronden. Nader onderzoek lijkt wat dat betreft nodig en relevant.

Ten tweede: het instrumentarium op de werkvloer dat in het leven is geroepen om bejegeningsproblematieken op te lossen kan op vele plaatsen veel beter ontwikkeld worden.

Als het gaat om onderscheid naar seksuele voorkeur in bejegening kan worden gesteld dat, meer nog dan bij andere gronden waarschijnlijk, het juridisch instrumentarium bij deze grond niet aansluit op het ervaren probleem. Dan komt het aan op leidinggevenden, vertrouwenspersonen en bedrijfsmaatschappelijke werkers, maar ook die zijn geneigd oplossingen te zoeken voor discriminatie, terwijl discriminatie is niet het beste woord is voor de problemen waar homoseksuelen het meest mee kampen. Het is de vraag hoe het instrumentarium beter zou kunnen inspelen op alledaags onbehagen, want dat komt waarschijnlijk veel vaker voor dan flagrante discriminatie.

De Commissie Gelijke Behandeling zou bij de verbetering van het instrumentarium een rol kunnen spelen, al zijn op de werkvloer werkgevers en werknemers de eerst aangewezen partijen om onheuse bejegening en alledaags onbehagen te signaleren, te inventariseren, te voorkomen en op te lossen. Allereerst zou de CGB er bij werkgevers- en werknemersorganisaties en bij bureaus als het CBS op aan kunnen dringen om beter en meer gegevens te verzamelen omtrent bejegening en seksuele voorkeur. Wie weet welke problemen er in zijn organisatie spelen, kan zijn personeel adequater laten interveniëren. Gerichte vragen in de medewerkersbetrokkenheid- en motivatieonderzoeken zijn noodzakelijk om werkbeleving en werkplezier van diverse groepen werknemers boven tafel te krijgen. Ten tweede zou de CGB instrumentarium dat wel werkt bekender kunnen maken. Daarbij valt te denken aan trainingen voor leidinggevenden en vertrouwenspersonen, de instelling van een bedrijfsombudsvrouw, of een anonieme meldplaats van bejegeningsproblemen op intranet. De publiciteit voor dit instrumentarium zou zich allereerst moeten richten op de mannensectoren. Zoals ons onderzoek laat zien, komt onheuse bejegening daar het vaakst voor.

Annotaties bij oordelen

2008-4

Toegang tot onderwijs en godsdienstige feest- of rustdagen

Noot: dr. A.J. Overbeeke

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerders jegens haar onderscheid op grond van godsdienst hebben gemaakt bij het verlenen van toegang tot onderwijs door geen uitzondering te maken op het algemene beleid dat de decentrale selectiedag op een zaterdag wordt gehouden.

1.2 Bij brief van 22 november 2007 heeft verzoekster de Commissie desgevraagd nadere informatie toegestuurd.

1.3 De Commissie heeft verweerders in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Op 26 november 2007 is het verweerschrift door de Commissie ontvangen.

1.4 Op 13 december 2007 heeft de Commissie zitting gehouden, waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

2 Feiten

2.1 Verzoekster en haar minderjarige dochter, namens wie verzoekster als wettelijk vertegenwoordiger optreedt, belijden het orthodoxe joodse geloof. In de joodse religie is de zaterdag een heilige dag, de sjabbat. Volgens de geloofsovertuiging van verzoekster en haar dochter moet deze dag worden gevierd door een onthouding van alle arbeid.

2.2 Verweerder 2, het Academisch Centrum Tandheelkunde Amsterdam (ACTA), is een samenwerkingsverband van de faculteiten der Tandheelkunde van de Universiteit van Amsterdam, de instelling waarvan verweerder 1 het bestuur vormt, en de Vrije Universiteit te Amsterdam.

2.3 De dochter van verzoekster heeft zich voor het studiejaar 2007/2008 als student aangemeld bij verweerder 1 om de opleiding Tandheelkunde te volgen bij verweerder 2. De studie tandheelkunde is een numerus-fixusopleiding. Op grond van artikel 7.57e van de Wet op het hoger onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek is het mogelijk dat instellingen een bepaald percentage van het aantal opleidingsplaatsen van de numerus-fixusopleiding Tandheelkunde zelf toewijzen. De regeling is bedoeld voor gegadigden met een bijzondere inzet, motivatie of specifiek talent.
Hiertoe heeft verweerder 2, met goedkeuring van zowel verweerder 1 als het College van Bestuur van de Vrije Universiteit te Amsterdam, een selectieprocedure ontwikkeld waarvan een gezamenlijke selectiedag deel uitmaakt. Deze selectiedag omvat drie toetsonderdelen, te weten een Sociale Intelligentietest (SQ-test), een schrijftoets en een motorische toets in een preklinische setting. Verweerder 2 organiseert deze selectiedag altijd op een zaterdag. Aspirant studenten zijn niet verplicht om aan de decentrale selectie deel te nemen. Voor alle schoolverlaters, inclusief de kandidaten die niet via de decentrale selectie worden geplaatst, staat de centrale selectie via de Informatie Beheer Groep open. Minimaal 50% van de studenten moet worden geplaatst via de centrale selectieprocedure.

Gemiddeld zijn er ongeveer 175 aspirant studenten die deelnemen aan de decentrale selectiedag.

2.4 Aspirant studenten die zich bij verweerder 2 aanmelden voor de studie tandheelkunde en willen deelnemen aan de decentrale selectie worden door verweerder 2 van te voren geïnformeerd over de criteria en de te volgen procedure. Verweerder 2 maakt daarbij ook kenbaar dat de decentrale selectiedag op een zaterdag in april zal plaatsvinden.

2.5 Op 15 januari 2007 heeft de dochter van verzoekster zich aangemeld voor de decentrale selectieprocedure bij verweerder 2. Bij brief van 22 maart 2007 heeft verweerder 2 aan de dochter van verzoekster meegedeeld dat zij voldoet aan de primaire criteria voor deelname aan de decentrale selectieprocedure en dat zij op grond hiervan wordt uitgenodigd voor de selectiedag op zaterdag 14 april 2007. De dochter van verzoekster heeft daarop herhaaldelijk contact gezocht met verweerder 2 en uitgelegd dat zij niet kan deelnemen aan de gezamenlijke selectiedag, omdat het dan sjabbat is, een joodse rustdag. Haar verzoek om de selectie op een andere dag uit te voeren is door verweerder 2 niet gehonoreerd. De dochter van verzoekster is niet verschenen op de decentrale selectiedag.

2.6 Bij brief van 18 april 2007 heeft verweerder 2 aan de dochter van verzoekster meegedeeld dat zij, vanwege haar afwezigheid op de decentrale selectiedag, niet langer in aanmerking komt voor een decentrale selectieplaats.

2.7 Verzoekster heeft op 20 april 2007 bij verweerder 2 bezwaar aangetekend tegen het besluit dat haar dochter niet in aanmerking komt voor een decentrale selectieplaats. Het bezwaar is behandeld tijdens de hoorzitting van 8 juni 2007, waar partijen hun standpunten mondeling nader hebben toegelicht. Op 4 juli 2007 heeft verweerder 1 een afwijzende beslissing op het bezwaar genomen.

2.8 Verzoekster heeft op 14 augustus 2007 beroep aangetekend bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs tegen de hiervoor genoemde beslissing op bezwaar. Het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs heeft bij uitspraak van 19 november 2007 het beroep ongegrond verklaard. Hiertoe heeft het College onder meer het volgende overwogen: "Naar het oordeel van het College heeft verweerder genoegzaam uiteengezet dat en waarom de decentrale selectiedag slechts op een zaterdag kan plaatsvinden en dat het aanbieden van een alternatieve dag ten behoeve van [de dochter van verzoekster], mede gezien de voorzieningen die daarvoor moeten worden getroffen, redelijkerwijs niet mogelijk is."

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Tussen partijen is in geschil of verweerders jegens verzoekster onderscheid op grond van godsdienst hebben gemaakt bij het verlenen van toegang tot onderwijs door geen uitzondering te maken op het algemene beleid dat de decentrale selectiedag op een zaterdag wordt gehouden.

3.2 De Commissie stelt voorop dat verzoekster vraagt om voor haar dochter een uitzondering te maken op het algemene beleid van verweerders om de decentrale selectiedag op een zaterdag te houden en dat de Commissie dit verzoek in het licht van de gelijkebehandelingswetgeving zal toetsen. De vraag die in het onderhavige geval voorligt is derhalve niet of de decentrale selectiedag voortaan op een andere dag moet worden gehouden, maar of voor de dochter van verzoekster op basis van haar godsdienst op grond van de wetgeving gelijke behandeling een uitzondering had moeten worden gemaakt.

3.3 Het is instellingen die werkzaam zijn op het gebied van onderwijs ingevolge artikel 7, aanhef en eerste lid, onderdeel c, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 van deze wet, verboden onderscheid te maken onder meer op grond van godsdienst bij het aanbieden van en verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake. Dit houdt onder meer in dat bij het verlenen van toegang tot onderwijs geen onderscheid mag worden gemaakt jegens leerlingen en hun wettelijke vertegenwoordigers vanwege hun geloofsovertuiging.
Een decentrale selectiedag maakt deel uit van de selectieprocedure van verweerders en derhalve valt een selectieprocedure onder het verlenen van toegang tot onderwijs. Dat de dochter van verzoekster ook via deelname aan de centrale loting kan proberen te worden toegelaten tot de tandartsenopleiding doet daaraan niet af.

3.4 Ten aanzien van de bewijslastverdeling tussen partijen geldt het bepaalde in artikel 10 AWGB. Op grond hiervan is het aan de verzoekende partij om feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij hierin slaagt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat niet in strijd met de AWGB is gehandeld.

3.5 Het begrip godsdienst, in de zin van de AWGB, omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar gedragen (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 39-40, vergelijk ook *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 29).
Dit laatste aspect van de godsdienstvrijheid, ook wel aangeduid met de term handelings- of uitingsvrijheid, beoogt betrokkenen onder meer in staat te stellen om hun leven volgens de voor hen geldende godsdienstige voorschriften en regels in te richten en hier ook anderszins gestalte aan te geven in de leefsituatie en omgeving. In het verlengde hiervan beoogt de AWGB tevens bescherming te bieden aan gedragingen die, mede gelet op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging, waarbij in voorkomende gevallen van de betrokkene kan worden verlangd dat hij kan stellen en bewijzen dat een gedraging uitdrukking geeft aan zijn godsdienst.[1] Een en ander laat onverlet dat andere rechten en belangen soms prevaleren boven de uitingsvrijheid.

3.6 Het zich onthouden van bepaalde activiteiten op sjabbat (zaterdag), zoals in deze zaak deelname aan een decentrale selectiedag, kan worden beschouwd als een rechtstreekse uitdrukking van de godsdienstige overtuiging van verzoekster en haar dochter. Deze gedraging valt dan ook onder de bescherming van de AWGB (vergelijk: CGB 12 juli 2006, oordeel

1 EHRM 13 april 2006, Kosteski t. Macedonië, nr. 55170/00, NJ 214, 2007 (E.A. Alkema).

2006-147 en CGB 22 december 1999, oordeel 1999-102).

Hieraan doet niet af dat godsdienstige voorschriften op verschillende manieren worden nageleefd en, in het bijzonder, dat niet allen met een joodse geloofsovertuiging zich op de sjabbat van het verrichten van arbeid onthouden (vergelijk onder meer: CGB 19 juli 2007, oordeel 2007-139; CGB 20 juni 2007, oordeel 2007-104 en CGB 21 maart 2007, oordeel 2007-44. Zie ook Zuid Afrikaans Constitutioneel Hof 5 oktober 2007, *MEC for Education t. Pillay*, CCT 51/06).

3.7 De AWGB verbiedt het maken van zowel direct als indirect onderscheid.
Onder direct onderscheid wordt verstaan onderscheid waarbij rechtstreeks wordt verwezen naar één van de door de AWGB beschermde discriminatiegronden, waaronder godsdienst. Het beleid van verweerders om de decentrale selectiedag op een zaterdag te houden, verwijst niet rechtstreeks naar de geloofsovertuiging van verzoekster dan wel haar dochter of de wijze waarop zij daaraan uiting geven. Van direct onderscheid is derhalve geen sprake.

3.8 Vervolgens ligt de vraag voor of sprake is van indirect onderscheid. Er is sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst wanneer een neutraal geformuleerde bepaling of maatstaf niettemin een bepaalde groep, in dit geval personen die dezelfde geloofsovertuiging hebben als verzoekster en haar dochter, althans die zich vanwege deze geloofsovertuiging aan dezelfde gedragsregels conformeren, nadeliger of anders treft dan een andere groep die deze geloofsovertuiging niet heeft.

3.9 Tussen partijen staat vast dat door het algemene beleid dat de decentrale selectiedag op een zaterdag wordt gehouden zonder dat daarvoor een uitzondering wordt toegestaan, in het bijzonder personen worden getroffen die op grond van hun geloofsovertuiging geen activiteiten willen verrichten op een zaterdag (de sjabbat), waaronder de dochter van verzoekster. Derhalve is in het onderhavige geval sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst.

Objectieve rechtvaardiging
3.10 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk verboden onderscheid heeft gemaakt, feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat is ingezet om dit doel te bereiken. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.11 Zoals hiervoor in 3.2 is overwogen, beoordeelt de Commissie de vraag of het indirecte onderscheid in de voorliggende situatie objectief is gerechtvaardigd aan de hand van de door verweerders aangedragen redenen om voor de dochter van verzoekster geen uitzondering te maken met betrekking tot de dag waarop de decentrale toetsing plaatsvond.

3.12 Verweerders hebben aangevoerd dat zij er bewust voor hebben gekozen om de decentrale selectiedag op een zaterdag te houden en dat het aanbieden van een alternatieve selectiemogelijkheid voor aspirant studenten niet mogelijk is, ook niet in het geval van de dochter van verzoekster. Daartoe hebben verweerders de volgende redenen gegeven.

3.13 Ten eerste geldt dat er op doordeweekse dagen onvoldoende capaciteit is om 150 tot 200 aspirant studenten te ontvangen. Het gebouw is op weekdagen druk bezet in verband met het onderwijs aan de reguliere studenten en de behandeling van patiënten. Bij de motorische toets, een van de onderdelen van de selectiedag, worden kunststof oefenhoofden gebruikt die alleen in het weekeinde beschikbaar zijn. Daarnaast geldt dat er op weekdagen geen medewerkers beschikbaar zijn om de selectietoetsen af te nemen. De medewerkers assisteren tijdens de decentrale selectiedag op vrijwillige basis. Er is geen vakantieperiode waarin het gebouw leeg staat, omdat de kerstvakantie te vroeg valt en het, gelet op de termijn die de Informatie Beheer Groep hanteert voor het aanleveren van de uitslagen van de selectie, niet mogelijk is om een selectie in de zomervakantie te organiseren. Tevens gaat de patiëntenzorg in de vakantieperiode onverminderd door.

3.14 Ten tweede hoeven kandidaten door het houden van de selectiedag op een zaterdag niet te verzuimen van hun schoolverplichtingen.

3.15 Ten derde achten verweerders het in verband met de gewenste eenheid en gelijkheid van toetsing niet mogelijk voor verzoekster een uitzondering te maken en haar op een ander tijdstip de toetsen af te laten nemen. De selectieprocedure kent een competitie-element, waarbij het van groot belang is dat alle kandidaten onder gelijke omstandigheden toetsen kunnen afleggen. Dit gegeven verdraagt zich niet met verschillende selectiedagen. Verweerders benadrukken dat er nooit uitzonderingen zijn of worden gemaakt voor aspirant studenten die om wat voor reden dan ook niet deel kunnen nemen aan de decentrale selectiedag. Dit laatste geldt voor persoonlijke omstandigheden zoals overlijden, voor laatkomers, maar ook indien sprake is van overmacht.

3.16 Daarnaast voeren verweerders aan dat indien er verschillende toetsmomenten zijn, er de mogelijkheid bestaat van onderling contact tussen de aspirant studenten, hetgeen de betrouwbaarheid van de toetsuitslagen kan beïnvloeden. Het in dit verband opleggen van een geheimhoudingsplicht achten verweerders niet mogelijk. Dit laatste ligt anders ten aanzien van ingeschreven studenten, omdat tussen de Universiteit en haar studenten een zodanige verhouding bestaat waarin zulke plichten opgelegd en achteraf gesanctioneerd kunnen worden. Een dergelijke relatie bestaat niet tussen verweerders en de kandidaten van een decentrale selectiedag. Het onderhavige verzoek is volgens verweerders dan ook niet vergelijkbaar met een verzoek om een verplaatsing van tentamen.

Ter zitting hebben verweerders aangevoerd dat de fraudegevoeligheid met name geldt voor de motorische toets en in mindere mate voor de schrijftoets. Bij de schrijftoets wordt een ethisch onderwerp dat aan het zorgveld is ontleend aan de kandidaten voorgelegd. Deze test is volgens verweerders enigszins fraudegevoelig, omdat het onderwerp vrij bepalend is voor de visie die op het dilemma wordt gegeven. De motorische toets is naar de mening van verweerders fraudegevoeliger. Bij deze toets wordt de motorische vaardigheid van een aspirant student getest, bijvoorbeeld het zodanig slijpen van een wasplaatje dat het past op een mal. Het gaat er bij deze toets om dat de kandidaat al doende een voortschrijdend inzicht verkrijgt in de beste aanpak; de kandidaat moet proefondervindelijk ontdekken bij welke rotatiesnelheid het optimale slijpresultaat kan worden bereikt. Naar de mening van verweerders is de Sociale Intelligentietest fraudeongevoelig. Het gaat verweerders met name om het voorkomen van procedurele onjuistheden en het voorkomen van elke schijn van ongelijke behandeling bij de toetsing. De uitslag van de decentrale selectie is niet op inhoudelijke gronden aanvechtbaar, maar wel op procedurele gronden.

3.17 Op grond van het bovenstaande zijn verweerders van mening dat het algemene, procedurele belang zwaarder moet wegen dan het persoonlijk belang van een aspirant student, zoals de dochter van verzoekster. Het uitgangspunt is dat er op geen enkele manier een uitzondering wordt gemaakt voor persoonlijke omstandigheden. Daarbij komt dat de decentrale selectie niet het enige middel is om een studieplaats te verwerven.

3.18 Ten slotte hebben verweerders ter zitting naar voren gebracht dat verzoekster pas nadat de uitnodiging voor de decentrale selectie was verstuurd een verzoek om uitzondering heeft gedaan, terwijl zij al lang van te voren wist dat deze dag op een zaterdag plaatsvindt. Als verzoekster eerder een aanvraag had gedaan, hadden verweerders de gelegenheid gehad om te bepalen of zij eventueel een ander beleid willen gaan voeren.

3.19 Verzoekster is van mening dat verweerders onvoldoende hebben aangetoond dat het aanbieden van een alternatieve selectiemogelijkheid voor de dochter van verzoekster niet mogelijk is. Volgens verzoekster hebben verweerders wel de mogelijkheid een alternatieve selectiemogelijkheid te organiseren zonder dat sprake is van een buitenproportionele eis. Verweerders hebben niet daadwerkelijk onderzocht of een andere toetsdag tot de mogelijkheden behoort en hebben op geen enkele wijze laten blijken enig gewicht toe te kennen aan het belang van (de dochter van) verzoekster. Verzoekster is van mening dat het redelijkerwijs mogelijk moet zijn om voor het uitzonderlijke geval van de dochter van verzoekster een locatie, de tijd, het personeel en andere benodigde faciliteiten te organiseren. Verzoekster begrijpt dat verweerders de schijn van ongelijke behandeling willen voorkomen, maar het feit dat nooit een uitzondering wordt gemaakt is geen legitiem argument om een wettelijke uitzonderingsmogelijkheid te blokkeren. Nu verzoekster zich beroept op wettelijke bescherming is de angst voor precedentwerking niet reëel, aldus verzoekster.
Ten tweede bestrijdt verzoekster het argument dat de selectiedag alleen op een zaterdag kan worden georganiseerd om verzuim van schoolverplichtingen te voorkomen. Met bovenvermelde oplossing in de avonduren of op een andere weekdag, waarvoor de school van verzoekster toestemming geeft, kan aan dit argument tegemoet worden gekomen.

Ten aanzien van het competitie-element stelt verzoekster dat met een andere inrichting van de selectieprocedure hetzelfde doel kan worden bereikt, namelijk het selecteren van kandidaten die de competenties hebben om de tandheelkundige opleiding te volgen en af te ronden. Verzoekster is niet overtuigd van het naar voren gebrachte belang van competitie tijdens de decentrale selectiedag, nu met name kennis, preklinische en sociale vaardigheden worden getest.
Ten slotte bestrijdt verzoekster de stelling van verweerders en het College van Bestuur dat haar verzoek om verplaatsing van de selectiedag niet vergelijkbaar zou zijn met een verzoek om verplaatsing van een tentamen. Naar de mening van verzoekster valt niet goed in te zien waarom wel voor tentamens een alternatief kan worden ontwikkeld en voor selectietoetsen niet. Verzoekster is bereid een geheimhoudingsplicht overeen te komen.

Doel van het onderscheid
3.20 Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat verweerders invulling willen geven aan de mogelijkheid om zelf aspirant studenten te selecteren met een bijzondere inzet, motivatie of specifiek talent. Het maken van een uitzondering op de regel dat de toetsing op zaterdag plaatsvindt, zou ten koste gaan van de eenheid. Verweerders vrezen dat zij aldus niet de beste aspirant studenten kunnen selecteren en zich daarnaast schuldig maken aan ongelijke behandeling.

3.21 De Commissie concludeert dat het doel, het selecteren van de meest geschikte aspirant studenten en het tegengaan van ongelijke behandeling, voorziet in een werkelijke behoefte van verweerders en niet discriminatoir is. Naar het oordeel van de Commissie is het doel derhalve legitiem.

Middel ter bereiking van het doel
3.22 Het middel dat verweerders hanteren om het doel te bereiken is dat alle kandidaten, zonder uitzondering, moeten deelnemen aan dezelfde selectiedag.
Door partijen is niet betwist dat dit middel in zijn algemeenheid geschikt is om het doel te bereiken.

3.23 De proportionaliteitstoets brengt mee dat van verweerders wordt verwacht dat zij verzoeken om een uitzondering vanwege godsdienstige bezwaren zorgvuldig toetsen. Het is de Commissie gebleken dat verweerders hier niet aan zijn toegekomen, omdat het in de optiek van verweerders voor kandidaten altijd mogelijk is om mee te doen aan de landelijke selectie indien zij niet kunnen deelnemen aan de decentrale selectie. Verweerders kijken daarbij niet of de reden daarvoor een door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond is of niet.
De Commissie kan verweerders niet volgen in deze redenering. Verweerders hebben een eigen verantwoordelijkheid om de gelijkebehandelingswetgeving toe te passen, die soms met zich brengt dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Zij kunnen zich daarbij niet beroepen op het feit dat er een andere selectie mogelijkheid is, nog afgezien van de omstandigheid dat de kansen om een studieplaats te verkrijgen via de centrale selectie veel geringer zijn.
Naar het oordeel van de Commissie hadden verweerders zorgvuldiger moeten kijken of een uitzondering op het algemene beleid mogelijk was en hadden verweerders de daar tegen levende bezwaren zorgvuldiger moeten afwegen tegen het gevolg dat met het niet maken van een uitzondering een kandidaat in verband met haar godsdienst werd benadeeld. Ter zitting hebben verweerders verklaard dat zij weinig tijd hadden om een dergelijke afweging te maken aangezien verzoekster haar verzoek om een uitzindering pas laat aan hen heeft kenbaar gemaakt. De Commissie merkt in dit verband op dat verzoekster zich meer dan drie maanden voor de selectiedag heeft aangemeld en dat verweerders haar minder dan een maand voor deze dag daartoe hebben uitgenodigd, zodat de korte periode voor het maken van bedoelde afweging met name verweerders zelf is aan te rekenen.

3.24 Zoals hierboven vermeld (nrs. 3.12 tot en met 3.17), hebben verweerders zowel schriftelijk als ter zitting een aantal praktische bezwaren met betrekking tot een alternatieve selectiemogelijkheid naar voren gebracht. De Commissie is er op voorhand niet van overtuigd dat deze argumenten eraan in de weg staan dat er op een andere dag dan de zaterdag een uitzondering voor één student wordt gemaakt. Dit geldt te meer nu verweerders ter zitting hebben verklaard dat een en ander in de toekomst aanleiding geeft voor een nadere beschouwing, en eventueel verandering, van hun beleid.

3.25 Op grond van het voorgaande is de Commissie derhalve van oordeel dat verweerders jegens verzoekster indirect onderscheid op grond van godsdienst hebben gemaakt, dat wegens het nalaten van voldoende onderzoek naar alternatieven niet objectief is gerechtvaardigd.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat het College van Bestuur van de Universiteit van Amsterdam en het Academisch Centrum Tandheelkunde Amsterdam jegens M. Filarski-Engelsman verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst bij het verlenen van toegang tot onderwijs.

Aldus gegeven te Utrecht op 15 januari 2008 door, mr. drs. P.H.A. van Geel, voorzitter, prof. mr. A.C. Hendriks en mr. P. de Casparis, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. R.E.M. Schimmel, secretaris.

Noot door dr. A.J. Overbeeke

1. Kan van een onderwijsinstelling verwacht worden dat ze in alle omstandigheden een mouw past aan problemen die het gevolg zijn van de toenemende diversiteit qua geloofsachtergrond van de studenten? Die vraag is aan de orde in het hier besproken oordeel, waarin onderzocht is of de AWGB de onderwijsinstelling in de gegeven omstandigheden toeliet geen uitzondering toe te staan vanwege godsdienstige bezwaren in het kader van een bijzondere procedure - de *decentrale selectie* - voor het toelaten van studenten tot de opleiding tandheelkunde, een numerus fixus-opleiding. Het gaat om de opleiding tandheelkunde die in een samenwerkingsverband van UvA en VU is gegoten, ACTA. Accommodatie van religieuze diversiteit kan in een onderwijscontext verschillende vormen aannemen. Vaak wordt gevraagd om vrijstelling van een verplichting die de onderwijsprocessen of de werking van de onderwijsinstelling op zichzelf niet in het gedrang doet komen, zoals de mogelijkheid om religieuze kledingsvoorschriften na te leven (zie bijv. in deze bundel oordelen 2008-73, 2008-91, 2008-121), maar het kan ook gaan om claims die de onderwijsorganisatie zelf onmiddellijk raken, omdat ingaan op deze claims betekent dat de instelling zelf gevraagd wordt te handelen, namelijk een bijzondere voorziening te treffen. De hier besproken zaak over godsdienstige rustdagen behoort tot deze categorie.

2. Tot de studie tandheelkunde, een *numerus fixus*-opleiding, worden studenten toegelaten via:
(a) de (*centrale*) gewogen loting waarbij de kansen van een gegadigde toenemen met het cijfergemiddelde en vanaf een bepaald cijfergemiddelde gelijk zijn aan directe toelating en, voor een beperkt gedeelte van maximaal de helft van het aantal beschikbare opleidingsplaatsen, via
(b) *decentrale selectie*, waarbij andere persoonsgebonden kwalificaties dan de eindexamencijfers een rol spelen.
De decentrale selectieprocedure is als aanvulling op de centrale gewogen loting mogelijk gemaakt (zie artikel 7.57 e Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek (WHW)). Deze aanvullende weg om een studieplaats te bemachtigen werd tien jaar geleden ingevoerd en liet toe dat de instellingen voor ten hoogste de helft van de studenten zelf konden uitmaken op basis van welke criteria studenten zouden worden geselecteerd. Het resterende deel van de studieplaatsen wordt toegekend in het kader van de centrale gewogen loting op basis van het eindexamencijfer. De decentrale selectie moet mogelijk maken dat met name veelbelovende en gemotiveerde studenten kunnen instromen in de opleiding. Deze vorm van decentrale selectie kan op zichzelf problematisch zijn vanuit de optiek van gelijke behandeling: het voor deze selectie hanteren van niet-cognitieve criteria en extracurriculaire criteria kan ongelijk uitpakken voor etnische minderheden (zie de oratie d.d. 30 november 2007 van M. Born, *Vruchten van selectie*, Erasmus Universiteit Amsterdam, p. 16). Deze problematiek is in dit geval echter niet aan de orde.

3. In het hier besproken geval wordt de toekenning van een studieplaats in de opleiding tandheelkunde gebaseerd op de uitkomsten van één enkele gezamenlijke selectiedag, die altijd op een zaterdag wordt georganiseerd. De keuze voor de zaterdag is gegrond op zowel internlogistieke argumenten als op de agendamogelijkheden van de (gemiddelde) aspirant-student, de laatstejaars vwo-leerling. De keuze voor één selectiedag is ingegeven door (en volgens de instelling het noodzakelijke gevolg van) het competitieve karakter van de toelatingsprocedure.
De keuze voor de zaterdag als selectiedag staat voor de verzoekster op gespannen voet met het naleven van de eigen godsdienstige regels met betrekking tot de rustdag, de sjabbat (overweging 2.5). Aan de instelling, die op dit punt niet meent te kunnen toegeven, wordt een verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst verweten. De CGB zal de verzoekster hierin, m.i. op goede gronden, volgen.

4. Het CBHO (*College van Beroep voor het hoger onderwijs*) kwam eerder tot een ander oordeel (zie http://www.cbho.nl/files/2007051.pdf) Het was in deze kwestie, op grond van vrijwel dezelfde argumentatie als die de universiteit bij de CGB ingebracht heeft, overtuigd

van de proportionaliteit van de maatregel en concludeerde (uitspraak 19 november 2007, overweging 2.4) dat er geen sprake is van een verboden onderscheid: "Naar het oordeel van het College heeft verweerder genoegzaam uiteengezet dat en waarom de decentrale selectiedag slechts op een zaterdag kan plaatsvinden en dat het aanbieden van een alternatieve dag ten behoeve van appellante, mede gezien de voorzieningen die daarvoor moeten worden getroffen, redelijkerwijs niet mogelijk is. Het College acht daartoe van belang dat verweerder de decentrale selectieprocedure heeft ontwikkeld met het doel om gegadigden met een bijzondere inzet, motivatie of specifiek talent te kunnen selecteren en dat een belangrijk aspect van die selectie inhoudt dat alle kandidaten onder dezelfde omstandigheden worden beoordeeld op hun kennis en preklinische en sociale vaardigheden. Indien een van de kandidaten op een andere dag en onder andere omstandigheden soortgelijke doch niet dezelfde toetsen zou afleggen, zou dat afbreuk doen aan dit belangrijke aspect van de door verweerder ontwikkelde selectieprocedure. Op deze gronden heeft verweerder *voldoende gemotiveerd* dat het indirecte onderscheid, dat aan verweerders beslissing is verbonden, objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."
Een belangrijk verschil tussen de CBHO-uitspraak en het hieronder besproken CGB-oordeel zit in het door de CGB benadrukte belang van de zorgvuldige verantwoording van de weigering tot het voorzien van een uitzondering in het licht van het op een onder de AWGB beschermde grond; de onderwijsinstelling zelf meende aan die verantwoording niet toe te moeten komen wegens het bestaan van een alternatief, de centrale gewogen loting.

5. Over de legitimiteit van het doel (het selecteren van de meest geschikte aspirant studenten en het tegengaan van ongelijke behandeling) en het middel (alle kandidaten moeten zonder uitzondering deelnemen aan dezelfde selectiedag) bestaat geen discussie. De CGB concludeert dat het doel voorziet in een werkelijke behoefte en niet discriminatoir is (overweging 3.21). Het middel is in zijn algemeenheid geschikt om het doel te bereiken (overweging 3.22). De vraag is enkel of het middel proportioneel is.
De proportionaliteitstoets vergt dat het verzoek om een uitzondering te maken vanwege godsdienstige bezwaren zorgvuldig wordt getoetst. In het oordeel wordt geconstateerd dat de onderwijsinstelling niet aan een toetsing toekwam omdat het in haar optiek voor een kandidaat die niet kan deelnemen aan de decentrale selectie (om welke reden dan ook, ongeacht of daarbij een door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond in het geding is of niet) nog altijd mogelijk is mee te doen aan de *centrale selectie* door middel van gewogen loting. Dit verweer komt er op neer dat de onderwijsinstelling de eigen verantwoordelijkheid niet neemt om te handelen conform de eisen van de gelijkebehandelingswetgeving, een verantwoordelijkheid die soms met zich brengt dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Het feit dat er een andere selectiemogelijkheid is neemt die verantwoordelijkheid niet weg. Terecht signaleert de Commissie overigens dat in deze redenering een gelijkekansenprobleem voor lief wordt genomen: de kansen om een studieplaats te verkrijgen via de centrale selectie zijn veel beperkter (overweging 3.23).

6. Het (op godsdienstige motieven gegronde) bezwaar tegen het hanteren van een selectiemoment op een zaterdag moet door de onderwijsinstelling worden afgewogen tegen het gevolg dat met het niet maken van een uitzondering een kandidaat in verband met haar godsdienst wordt benadeeld. De vraag of het maken van een uitzondering onmogelijk was kan de CGB niet beantwoorden, omdat uit de voorgelegde feiten en argumenten slechts kan worden afgeleid dat de toetsing van het bezwaar van de joodse kandidaat-studente, voor zover er van een toetsing gesproken kan worden, onzorgvuldig was.
Voor de onderwijsinstelling is het achterwege blijven van een belangenafweging te wijten aan tijdsgebrek, dat werd toegeschreven aan het optreden van de kandidate zelf. In het oordeel wordt door de Commissie aannemelijk gemaakt dat het tijdsprobleem door toedoen van de onderwijsinstelling zelf is ontstaan. Op het belang van het tijdig signaleren van een mogelijk probleem wegens het nakomen van religieuze verplichtingen kom ik hieronder nog terug.

7. Waar door de verwerende onderwijsinstelling toegegeven wordt dat de godsdienstige bezwaren (mede om tijdsredenen) niet meegewogen zijn in het besluit geen uitzondering toe te staan, kan een negatief oordeel op het punt van de proportionaliteit niet uitblijven.
De door de universiteit (nrs. 3.12-3.17) ingebrachte praktische bezwaren tegen alternatieve selectievormen worden door de CGB niet nader onderzocht. Uit de beknopte beoordeling blijkt enkel dat de Commissie deze op zichzelf genomen onvoldoende acht om, bij afweging tegen het belang van het recht op godsdienst en levensovertuiging van de verzoekster, te concluderen dat er sprake is van een objectief gerechtvaardigd onderscheid.

De tekst is wellicht zelfs strakker dan bedoeld: de argumenten kunnen de Commissie er 'op voorhand', *aanstonds*, niet van overtuigen dat voor deze ene kandidate geen uitzondering kon worden gemaakt. De Commissie is in dit oordeel gesterkt door de omstandigheid dat de onderwijsinstelling de situatie van zodanige betekenis acht dat deze "in de toekomst aanleiding geeft voor een nadere beschouwing, en eventueel verandering, van hun beleid" (overweging 3.24). Een verandering in beleid zal dan neerkomen op een wegnemen van het eventueel verboden onderscheid (zie over het aangepaste beleid nr. 14).
De kwaliteit van de aangevoerde praktische bezwaren tegen het maken van uitzonderingen heeft echter wel enig belang. Godsdienstige feest- en rustdagen zijn tamelijk voor de hand liggende elementen in het licht van het vaststellen van de kalender van onderwijsorganisaties. De rustdag van de dominante religie (de christelijke, even afgezien van de positie van Zevendedagsadventisten) wordt als het ware automatisch geaccommodeerd bij het vaststellen van die kalender (er zijn bijvoorbeeld geen onderwijs- of tentamenactiviteiten op die dag, netzomin als de decentrale selectie in het hier voorgelegde geval op een zondag was gepland): voor andere godsdienstige stromingen kan het nodig zijn op maatwerk over te gaan, eventueel via uitzonderingen.

8. De kern van het probleem ligt hier in het feitelijke gegeven dat er wegens de geringe beschikbaarheid van de infrastructuur weinig anders op lijkt te zitten dan het vastleggen van de selectie op een *zaterdag*. Een verdubbeling van het aantal data voor de decentrale toetsing (de wetgeving laat de mogelijkheid open tot drie kansen), waarbij twee competities uiteindelijk tot een enkele rangschikking moeten worden herleid zou wellicht (het aantal kandidaten halveert echter) óók op zaterdagen moeten worden gepland. Onduidelijk is overigens of overwogen is een uitzondering toe te staan waarbij enkel het selectieonderdeel dat moet voldoen aan het criterium van de gelijke toets op dezelfde dag door de betrokken student zou kunnen worden afgelegd op de zaterdagavond (na sjabbat, wat op de gekozen datum overigens wel neerkomt op omstreeks half tien 's avonds). In dat geval lijkt er niet te worden afgedaan aan de selectiekwaliteit.

9. In de beoordeling van het bezwaar is ook het optreden van de bezwaarmakende kandidaat verdisconteerd: is het bezwaar zo tijdig aan de instelling bekendgemaakt dat een beoordeling van het voorgelegde godsdienstige bezwaar nog zinvol is (d.w.z. de mogelijkheid van een aangepaste regeling toelatend)? De faculteit meende dat tijd voor een afweging ontbrak aangezien verzoekster haar verzoek om een uitzondering pas laat had kenbaar gemaakt. De Commissie aanvaardt dit argument in dit concrete geval niet omdat de verzoekster zich meer dan drie maanden voor de selectiedag heeft aangemeld. Verweerders hebben haar minder dan een maand voor deze dag uitgenodigd, zodat de korte periode voor het maken van bedoelde afweging de faculteit zelf is aan te rekenen.
Bij het afwegen van het belang van de uitzonderingvragende verzoeker tegen dat van een verantwoorde selectieprocedure speelt het tijdstip van het inbrengen van het godsdienstige bezwaar wel een rol.
In de beoordeling van kwesties waarin de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging aan de orde is, kan de CGB niet voorbijgaan aan het EVRM. In de EHRM-jurisprudentie met betrekking tot artikel 9 EVRM en artikel 2 Eerste Protocol wordt een beroep op godsdienstige gronden aan bepaalde kwaliteitseisen gebonden. Het gaat daarbij niet om het klassieke vereiste dat de overtuiging waarop een beroep gedaan wordt een zeker *sérieux* moet hebben, maar om de manier waarop het godsdienstige argument wordt ingebracht in de concrete situatie.
Hoewel er weinig jurisprudentie voorhanden is waarin religieus gevoelige tijdstippen (religieuze rust- of feestdagen of daarmee verband houdende religieuze verplichtingen) repercussies hebben op verhoudingen in arbeid of onderwijs, biedt ze toch aanknopingspunten: een bezwaar moet zo spoedig mogelijk kenbaar worden gemaakt nadat het voor de godsdienstig bezwaarde duidelijk had kunnen zijn dat het rijst. Daarna pas is de vraag aan de orde naar de wijze waarop aan het bezwaar tegemoet moet worden gekomen.
Deze redeneerlijn is terug te vinden in de ontvankelijkheidsbeslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens in een procedure tegen Oostenrijk met betrekking tot het vaststellen van een zittingsdag van de rechtbank op de datum van een joodse feestdag. De joodse verzoekers meenden dat hun onder meer het recht op een eerlijk proces werd ontzegd (artikel 6, eerste lid, EVRM) omdat ze niet aanwezig konden zijn op de betrokken zittingsdag (zie ECRM 13 januari 1993, nr. 18960/91). Dit bezwaar snijdt volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de mens geen hout. De verzoekers waren immers ruim vier maanden vooraf op de hoogte van de zittingsdatum, maar kwamen pas negen dagen voor de zitting met het bezwaar op de proppen. De Commissie komt tot de volgende afweging: "In view of the great religious importance of that date for the applicants as well

as the complex organisation of the proceedings, the Commission considers that, upon the notification of the date of the hearing, the applicants could have been expected duly to request an adjournment at their earliest convenience in order to enable the Court to arrange a new date for the hearing."

10. Het is in de hier behandelde casus niet aan de orde, maar het vragen van een uitzondering op dit punt (bijv. het verkrijgen van een verlofdag om religieuze redenen) kan van de betrokkene wel de bereidheid vergen opening van zaken te geven omtrent de eigen religieuze overtuiging (EHRM 13 april 2006, *Kosteski t. Macedonië*, *EHRC* 2006/73, m.nt. J.H. Gerards, *NJ* 2007/214, m.nt. E.A.A. Alkema § 39). Vanzelfsprekend is dat allerminst (zie D. Cuypers e.a., 'Culturele minderheden in het sociaal recht' in J. Velaers (ed.), *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, 1993, 255 e.v.). Het raakt aan de bescherming van de private levenssfeer (artikel 8 EVRM) en tegelijk aan een belangrijk deelaspect van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, het recht om *het stilzwijgen te bewaren* over de eigen geloofsovertuiging. Het EHRM woog dit recent mee in een onderwijszaak bij het beoordelen van de modaliteiten van een vrijstellingsregeling op godsdienstige gronden en stelde een schending van artikel 2 Eerste Protocol EVRM (geïnterpreteerd in het licht van de artikelen 8 en 9 EVRM) (EHRM 29 juni 2007, *Folgerø t. Noorwegen*, *EHRC* 2007/97, m.nt. Ten Napel, § 100; in dezelfde lijn: EHRM 9 oktober 2007, *Zengin t. Turkije*, *EHRC* 2007/142, m.nt. Ten Napel, § 75). Naarmate een uitzondering echter meer vergt dan een loutere vrijstelling die de verdere werking van een arbeidsproces of onderwijsorganisatie niet hoeft te raken of als wetgeving een specifiek privilege schept voor personen van een welbepaalde religieuze overtuiging, lijkt ook de *behoefte* toe te nemen aan informatie over de levensovertuiging. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij het regelen van de arbeidsorganisatie in een volcontinubedrijf in de omstandigheid dat een werknemer een extra vrije dag wil opnemen die de wetgeving toekent aan personen van een bepaalde godsdienstige overtuiging (*Kosteski*) of bij het organiseren van een unieke selectiemogelijkheid bij de toegang tot hoger onderwijs (de hier besproken casus). Het beoordelen van deze situaties is voor de rechter - indien deze daartoe al in staat kan worden geacht - uiterst delicaat, omdat het ertoe leiden kan dat een oordeel over de *kwaliteit* van de geloofsbeleving wordt geveld. Dit staat op gespannen voet met de neutraliteitsplicht. Bovendien bestaat het risico dat onvoldoende recht wordt gedaan aan de diversiteit in geloofsbeleving binnen eenzelfde religieuze stroming.

11. Het religieuze belang dat een persoon stelt (en daarmee het gewicht dat aan dat belang kan worden toegekend) in een bepaalde religieuze feestdag moet als het ware doorwerken in het signaleren van het bestaan van die dag. Het Nederlands Israëlitisch kerkgenootschap spoort joodse ouders dan ook terecht aan onmiddellijk (d.w.z. nog voor zeer concrete activiteiten op concrete data gepland zijn) melding te maken van potentiële problemen met de religieuze kalender: "Leerlingen en studenten hebben vaak problemen om vrijaf te krijgen op Joodse Feestdagen en Sjabbat. Ter voorkoming van deze problemen is het aan te bevelen van tevoren, dus *bij inschrijving*, al kenbaar te maken dat men vrijaf wenst op Joodse feestdagen [en] Sjabbat !!!" (zie de gedetailleerde richtlijnen op: www.nik.nl).
Hoe kordaat was de verzoekster in het hier besproken oordeel? Afgaande op de feitengegevens uit het oordeel werd bij de melding dat toelating was verleend tot de decentrale selectie ook de datum van de selectiedag aangekondigd (23 dagen later), waarop de kandidate meteen en *herhaaldelijk* aan de onderwijsinstelling heeft aangegeven dat deze datum samenviel met sjabbat.

12. De feiten uit het oordeel zijn in hoge mate vergelijkbaar met die waarover het Hof van Justitie al in 1976 oordeelde in het arrest *Prais* (HvJ EG 27 oktober 1976, zaak 130/75, *Jur.* 1976, 1589). De gelovig-joodse Vivien Prais was om religieuze redenen verhinderd deel te nemen aan een vergelijkend toelatingsexamen (waarin het competitie-element voorhanden is dat ook de decentrale selectieprocedure bij de faculteiten tandheelkunde in Amsterdam kenmerkt) voor een ambtenarenpositie bij de EG. Het examen was georganiseerd op een joodse feestdag, de eerste dag van het *Wekenfeest*, een dag waarop volgens Vivien Prais reizen en schrijven verboden was.
Prais meende dat het ambtenarenstatuut van de EG zo moest worden uitgelegd dat een vergelijkend examen voor jurist-vertaler op een wijze moet worden georganiseerd dat elke kandidaat kan deelnemen zonder met zijn godsdienstige overtuiging in strijd te komen (*Prais*, punt 9). In het tegen Prais gevoerde verweer wordt voorgehouden dat deze verplichting een te ingewikkelde administratieve organisatie zou vereisen. Het ambtenarenreglement zelf noemt geen enkele geloofsrichting waarop het, met uitsluiting van andere, van toepassing zou zijn, zodat men de praktijken van alle in de lidstaten van de EG beleden religies zou moeten kennen om te vermijden dat een vergelijkend examen plaats zou vinden op een dag of een uur dat onverenigbaar is met die voorschriften (*Prais*, punt 11).

13. Het Hof meent dat juist het gelijkheidsbeginsel vergt dat het vergelijkend examen "onder voor alle kandidaten gelijke omstandigheden wordt afgenomen", wat voor een schriftelijk examen inhoudt dat allen hetzelfde examen afleggen, zodat het "zeer belangrijk is dat de datum van het schriftelijk examen voor alle kandidaten hetzelfde is" (*Prais*, punten 13-14). Tegen deze noodzaak weegt het Hof het (op de godsdienstige overtuiging gestoelde) belang af van een kandidaat om niet opgeroepen te worden op een dag die hem niet schikt (*Prais*, punt 15). Als een kandidaat dwingende voorschriften van godsdienstige aard inbrengt die hem beletten op bepaalde dagen aan het examen deel te nemen moet dat gezag trachten een andere dag voor het examen te vinden. Het Hof neemt niet aan dat er (onder artikel 9 EVRM of de nondiscriminatiebepaling in het EG-ambtenarenstatuut) een plicht is om onder alle omstandigheden rekening te houden met een godsdienstige verplichting waaromtrent het gezag *niet is ingelicht* (*Prais*, punt 18). Bij *tijdig* bericht van verhindering dienen alle redelijke maatregelen genomen te worden genomen om te voorkomen dat examens worden georganiseerd op een dag waarop een kandidaat op grond van zijn godsdienst niet aanwezig kan zijn (*Prais*, punt 19).
Uiteindelijk valt er niet te ontkomen aan het afwegen van het belang dat gelegen is in het respecteren van de door een kandidaat na te leven dwingende godsdienstige voorschriften tegen het (in het licht van het gelijkheidsbeginsel grote) belang van de vergelijkbaarheid van de toelatingsproef voor een EG-ambtenarenfunctie.
De in *Prais* gevolgde lijn valt prima in te passen in de wijze waarop de Europese Commissie voor de rechten van de mens en het EHRM opereren (zie hoger nr. 9-10). Het CGB-oordeel zit ook op het in het (in het oordeel niet genoemde) arrest-*Prais* uitgezette spoor waar in de redenering wordt geattendeerd op de plicht van de onderwijsinstelling zorgvuldig na te gaan of hier het (tijdig gesignaleerde) ongelijke geval geen aangepaste ongelijke behandeling vergde.

14. De hier besproken kwestie achtte de verwerende onderwijsinstelling van zodanige betekenis dat ze aanleiding zou geven "tot nadere beschouwing, en eventueel verandering, van het beleid" (overweging 3.24). Na het CGB-oordeel is de selectieprocedure voor de opleiding tandheelkunde aan het ACTA zeer grondig gewijzigd: aspirant-studenten krijgen voor het academiejaar 2009-1010 geen gelegenheid meer een opleidingsplaats te verwerven via de decentrale selectieprocedure; die toegangsweg lijkt zo voortaan voor iedereen afgesloten. *Gelijke monniken gelijke kappen*. Het afschaffen van de decentrale selectie is onmiskenbaar het eenvoudigst. Indirect onderscheid op grond van 'godsdienst of levensovertuiging' wordt hiermee onmogelijk. Het is tegelijkertijd een verlegenheidsoplossing, omdat alle studieplaatsen voortaan worden toegewezen via het (centrale) gewogen lotingsysteem. Andere bijzondere kenmerken dan het eindexamencijfer spelen niet meer mee in het selectieproces. Het is zeer de vraag of deze op zichzelf begrijpelijke beleidswijziging, die voor zover bekend niet enkel het effect is van de uitkomst van de procedure voor de CGB, ook noodzakelijk was in het licht van het commissieoordeel.

15. Kan het ook anders? De proportionaliteitstoets brengt mee dat van de universiteit / ACTA wordt verwacht dat verzoeken om een uitzondering vanwege godsdienstige bezwaren zorgvuldig getoetst worden. Naar het oordeel van de Commissie had de universiteit in dit geval *zorgvuldiger* moeten kijken of een uitzondering op het algemene beleid mogelijk was en had zij de daartegen levende bezwaren *zorgvuldiger* af moeten wegen tegen het gevolg dat met het niet maken van een uitzondering een kandidaat in verband met haar godsdienst werd benadeeld. De Commissie was er niet van overtuigd dat de praktische bezwaren van de universiteit met betrekking tot een alternatieve selectiemogelijkheid eraan in de weg staan dat er op een andere dag dan de zaterdag een uitzondering voor één student wordt gemaakt (overweging 3.24).
Het toestaan van uitzonderingen op het vlak van de godsdienstige rust- en feestdagen heeft een zekere traditie, zowel in onderwijssituaties (zie bijv. artikel 11(e) Leerplichtwet) als in de sfeer van de arbeid. Dat de school- en werksituatie enige weerslag zal ondervinden van een soepel uitzonderingensysteem wordt duidelijk als men alleen al de mogelijke feestdagen van de grote godsdienstige stromingen op een rijtje zet (zie bijv. de *List of Religious Holidays Permitting Pupil Absence from School* van het Department of Education van de staat New Jersey voor 2008-2009 met een lijst van meer dan 100 religieuze feestdagen (http://www.state.nj.us/education/genfo/holidays0809.htm)). In de Vlaamse onderwijsregelgeving worden afgezien van de gebruikelijke christelijke feestdagen nog veertien feesten van drie erkende godsdiensten (islam, jodendom, orthodox christendom) aangemerkt als dagen waarop leerlingen van rechtswege afwezig kunnen zijn (via: http://www.ond.vlaanderen.be/edulex/). Om de onderwijsorganisatie niet al te zeer te belasten met de (door het multireligieuzer worden van de studentenpopulatie zwaarder wordende) taak de vrijheid van godsdienst

te respecteren bevat het Onderwijs en Examenreglement 2008-2009 van de Universiteit Antwerpen een bepaling die de bezwaarden verplicht tot een *tijdig* melden van religieuze bezwaren ("Studenten kunnen respect voor de godsdienstvrijheid inroepen om op bepaalde dagen niet te worden ondervraagd. Zij dienen daartoe uiterlijk op 1 oktober een aanvraag in bij de faculteit").

Bij het beoordelen van de beleidsruimte van de onderwijsinstelling / werkgever op dit punt spelen de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol. De voorgelegde situatie, waarin een selectieproces met een competitief karakter aan de orde is, verdraagt vermoedelijk nauwelijks uitzonderingen op het vastgestelde competitieparcours. Daarin verschilt dit selectieproces bijvoorbeeld van het plannen van practica, colleges of zelfs tentamens. De planningsmogelijkheden van de instelling worden bijzonder klein als daarenboven (zoals bij de tandheelkundeopleiding van ACTA), voor het vaststellen van een selectiedatum, nog rekening gehouden moet worden met de beschikbaarheid van een toch al schaarse infrastructuur.
Het toestaan van afwijkingen op procedures om godsdienstige redenen staat bovendien niet op zichzelf: er gaat mogelijk een precedentwerking van uit. Dit probleem lijkt me in dit concrete geval – het organiseren van de decentrale selectiedag op een zaterdag - beperkt en dus beheersbaar, omdat voor zover bekend enkel joodse aspirant-studenten en studenten met een Zevendedags-adventistenachtergrond bezwaar kunnen maken tegen de selectie op een zaterdag.

2008-40

Gewetensbezwaarde trouwambtenaren

Noot: prof. E. Bonthuys
Vertaling: prof. mr. J.H. Gerards en mr. M. van den Brink

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te beoordelen of verweerder jegens hem verboden onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt door te eisen dat iedere nieuw aan te stellen buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand (hierna: buitengewoon ambtenaar) bereid is tot het voltrekken van huwelijken en het registeren van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht. Verzoeker stelt door deze eis te worden uitgesloten van een functie als buitengewoon ambtenaar omdat hij niet aan die eis kan voldoen zonder in conflict te komen met zijn godsdienstige overtuiging.

1.2 Verzoeker en verweerder hebben de Commissie desgevraagd aanvullende informatie toegestuurd. Verweerder heeft tevens schriftelijk verweer gevoerd, waarop verzoeker schriftelijk heeft gereageerd.

1.3 Partijen hebben hun standpunten mondeling toegelicht tijdens een zitting op 14 februari 2008.

2 Feiten

2.1 Verzoeker is belijdend lid van de Hervormde Gemeente. Hij is woonachtig op het grondgebied van verweerder, de gemeente Langedijk.

2.2 Verweerder heeft begin oktober 2007 een vacature opengesteld voor twee buitengewoon ambtenaren. In de functiebeschrijving bij de vacature op de internetsite van verweerder en in de gemeentekrant 'Langedijk informeert' van 3 oktober 2007, was onder het kopje 'uw profiel' onder meer de volgende eis opgenomen: "bereidheid tot het voltrekken van huwelijken en partnerschapsregistraties tussen personen van hetzelfde geslacht." Tot 17 oktober 2007 kon naar de functie worden gesolliciteerd. Daarna zijn beide vacatures vervuld.

2.3 Op 11 oktober 2007 heeft verzoeker per brief aan het College van Burgemeester en Wethouders (hierna: B&W) en aan de leden van de gemeenteraad kenbaar gemaakt dat hij overwoog te solliciteren naar de functie van buitengewoon ambtenaar. Verzoeker schreef: "Aan verzoeken tot het voltrekken van huwelijken en partnerschapsregistraties tussen personen van hetzelfde geslacht zal ik vanuit mijn levensovertuiging niet kunnen meewerken. In die zin voel ik me door die gestelde voorwaarde op voorhand uitgesloten van dit ambt." In de brief aan B&W heeft verzoeker bovendien gevraagd hem te informeren "of de verdeling van uw huidige ambtenarenbestand het noodzakelijk maakt deze beperkende voorwaarde te handhaven. [...] Wanneer er voldoende ambtenaren zijn die huwelijken en partnerschapsregistraties tussen personen van hetzelfde geslacht kunnen voltrekken, verzoek ik u dit per omgaande te laten weten, zodat ik wederom kan overwegen een sollicitatiebrief in te sturen." Verzoeker heeft de gemeenteraad in voornoemde brief verzocht in overweging te nemen de verantwoordelijke wethouder te vragen naar de motivering van de voorwaarde.

2.4 B&W antwoordde verzoeker bij brief van 29 oktober 2007: "Bij de invoering van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht heeft de wetgever aangegeven dat buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand die nog benoemd zouden worden, ook deze voltrekkingen zouden moeten verrichten. Wij achten het niet wenselijk van deze eis af te wijken." Verweerder schreef tevens dat het wenselijk is dat buitengewoon ambtenaren alle voorkomende huwelijken voltrekken omdat trouwerijen vooral plaatsvinden in de zomerperiode, waardoor het vaak voorkomt dat een of meer buitengewoon ambtenaren niet beschikbaar zijn in verband met onder meer vakanties.

2.5 Op het grondgebied van verweerder wonen ongeveer 26.000 mensen. Jaarlijks worden tussen 120 en 140 huwelijken gesloten. In 2007 zijn er 28 partnerschappen geregistreerd. Jaarlijks worden gemiddeld vier tot acht huwelijken gesloten en partnerschappen geregistreerd tussen personen van gelijk geslacht.

2.6 In het Burgerlijk Wetboek (BW) is geregeld dat er in iedere gemeente tenminste twee ambtenaren van de burgerlijke stand werkzaam moeten zijn. Daarnaast kunnen er één of meer buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand worden benoemd. Een derde categorie wordt gevormd door de buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand die op verzoek van de aanstaande huwelijkspartners eenmalig worden benoemd. De taken en bevoegdheden van de (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand vloeien voort uit de wet. Buitengewoon ambtenaren van de burgerlijke stand

zijn enkel belast met de taken die betrekking hebben op het voltrekken van huwelijken en het registreren van partnerschappen (artikel 1:16, eerste lid en artikel 1:16a, tweede lid BW). De (gewone) ambtenaren van de burgerlijke stand hebben daarnaast nog andere uit de wet voortvloeiende taken, zoals het registeren van geboorten en overlijden.

2.7 Verweerder heeft zes buitengewoon ambtenaren in dienst die zijn benoemd voor bepaalde tijd. De twee inmiddels vervulde vacatures maken hiervan deel uit. Daarnaast zijn er bij verweerder vijf (gewone) ambtenaren van de burgerlijke stand in dienst.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Alvorens de rechtsvraag vast te stellen, onderzoekt de Commissie de door verweerder gestelde niet-ontvankelijkheid van verzoeker.

Ontvankelijkheid
3.2 Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat verzoeker geen belang heeft bij een oordeel omtrent zijn verzoek omdat hij niet daadwerkelijk heeft gesolliciteerd naar de functie van buitengewoon ambtenaar. Dat betekent volgens verweerder dat hij daarom jegens verzoeker geen onderscheid heeft kunnen maken.

3.3 Verzoeker heeft ter zitting verklaard dat hij niet heeft gesolliciteerd omdat hij niet kan voldoen aan de functie-eis dat de bereidheid moet bestaan alle huwelijken te sluiten en alle partnerschappen te registeren. Daarom achtte verzoeker het niet zinvol te solliciteren. In plaats daarvan heeft hij B&W en de gemeenteraad verzocht de functie-eis, die in zijn ogen ten onrechte werd gesteld, te laten varen.

De brief van B&W van 29 oktober 2007 die hij ten antwoord ontving nádat de termijn voor het reageren op de vacature was verstreken, maakte hem duidelijk dat verweerder zijn verzoek niet wilde inwilligen en zou vasthouden aan de functie-eis. Als verweerder hem echter anders (en eerder) had bericht, zou verzoeker hebben gesolliciteerd.

3.4 De Commissie stelt vast dat verzoeker niet heeft gesolliciteerd naar de functie van buitengewoon ambtenaar. Echter, uit de brieven die hij aan B&W en aan de gemeenteraad heeft gezonden en uit zijn toelichting ter zitting blijkt dat hij zou hebben gesolliciteerd als verweerder niet het vereiste had gehanteerd dat buitengewoon ambtenaren alle huwelijken moeten voltrekken en alle partnerschappen moeten registreren. Onder deze omstandigheden is de Commissie van oordeel dat verzoeker voldoende belang heeft bij een oordeel omtrent zijn verzoek. De Commissie verwijst hierbij naar haar vaste oordelenlijn dat niet alleen het solliciteren, maar ook het afzien van een sollicitatie vanwege een beperkende voorwaarde, onder de bescherming van de gelijkebehandelingswetgeving valt (vgl. onder meer CGB 4 april 2006, oordeel 2006-58).

De rechtsvraag
3.5 Verzoeker heeft de Commissie gevraagd te beoordelen of verweerder verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door het hanteren van de functie-eis dat kandidaten bereid moeten zijn tot het voltrekken van huwelijken en registeren van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht, waardoor verzoeker niet voor de functie in aanmerking kan komen.

3.6 Verweerder heeft in de vacaturetekst vermeld dat de kandidaat-buitengewoon ambtenaar bereid moet zijn huwelijken tussen paren van gelijk geslacht te sluiten. De Commissie gaat ervan uit, mede gelet op de verklaringen van verweerder ter zitting, dat verweerder met deze tekst heeft willen aangeven dat de kandidaat bereid moet zijn zonder onderscheid álle huwelijken te sluiten en partnerschappen te registreren.
De Commissie begrijpt de door verzoeker voorgelegde vraag in dit licht als de vraag of verweerder verboden onderscheid maakt door voor verzoeker geen uitzondering te willen maken op de hoofdregel dat elke buitengewoon ambtenaar bereid moet zijn om zonder onderscheid naar – in dit geval – seksuele voorkeur, paren in de echt te verbinden of hun partnerschap te registreren, terwijl verzoeker op grond van zijn godsdienst bezwaren heeft tegen het voltrekken van huwelijken en partnerregistraties tussen personen van hetzelfde geslacht.

Juridisch kader
3.7 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk is reeds gesproken over de voorliggende problematiek van de zogenoemde 'weigerambtenaren', dat wil zeggen: ambtenaren die uit hoofde van hun godsdienstige overtuiging weigeren om huwelijken te sluiten tussen twee mannen of twee vrouwen (*Kamerstukken II* 2000/01, 26 672, nr. 12). Ook daarna is de kwestie voorwerp van politieke aandacht geweest, onder meer in de regeringsverklaringen van 2003 en 2007 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 637, nr. 19, p.12 (regeerakkoord CDA, VVD, D'66).

De regering heeft zich steeds op het standpunt

gesteld dat, vrij vertaald, alle belangen - van man/man- en vrouw/vrouw-paren en van gewetensbezwaarde ambtenaren - het best tot hun recht komen door besluiten daarover te laten nemen op lokaal niveau, waarbij aan de gemeenten een zekere beleidsvrijheid toekomt zolang het recht van paren van gelijk geslacht om te trouwen of hun partnerschap te laten registreren op geen enkele manier in gevaar komt.

3.8 De Commissie heeft eerder geoordeeld over een vergelijkbare rechtsvraag (CGB 15 maart 2002, oordelen 2002-25 en 2002-26). In oordeel 2002-25 lag de vraag voor of de gemeente Leeuwarden verboden onderscheid maakte door een buitengewoon ambtenaar niet voor een nieuwe termijn te benoemen omdat zij had verklaard geen huwelijken tussen twee personen van hetzelfde geslacht te willen sluiten. De Commissie oordeelde, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat wanneer een gemeente de diensten van (buitengewoon) ambtenaren zo kan verdelen dat gewetensbezwaarde (buitengewoon) ambtenaren zonder al te grote organisatorische problemen kunnen worden vrijgesteld van het voltrekken van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht, indirect onderscheid op grond van godsdienst eenvoudig kan worden voorkomen. De gemeente had daarom volgens de Commissie onvoldoende belang bij zijn weigering om een uitzondering te maken voor de gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaar in kwestie.

3.9 De rechter heeft zich ook over voornoemde zaak gebogen, maar heeft zich daarbij slechts uitgesproken over de ambtenarenrechtelijke aspecten (Rechtbank Leeuwarden 24 juni 2003, *LJN* AH8543). De gelijkebehandelingsaspecten bleven buiten beschouwing.

3.10 Hoewel evenals in de onderhavige zaak, in de zaken 2002-25 en 2005-26 een principieel verweer is gevoerd, is in die oordelen met name ingegaan op pragmatische organisatorische aspecten. De vraag of verweerder van iedere afzonderlijke buitengewoon ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijken sluit - los van de eventuele praktische, organisatorische oplossingen - is daarbij onbeantwoord gebleven. Deze principiële vraag zal hierna wel worden beantwoord.

Toepasselijke bepalingen
3.11 In artikel 5, eerste lid, onderdeel a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is, in samenhang met artikel 1 AWGB, bepaald dat het verboden is onderscheid te maken op grond van onder meer godsdienst bij de aanbieding van een betrekking.

Betrekking
3.12 Het begrip betrekking ziet zowel op privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten als op ambtelijke aanstellingen. Een buitengewoon ambtenaar heeft een bijzondere positie omdat zijn taken en bevoegdheden rechtstreeks uit het BW voortvloeien (artikel 1:16a, tweede lid BW) en omdat hij in verband daarmee een eed aflegt en een eigen verantwoordelijkheid heeft. Echter, voor het overige – bijvoorbeeld met betrekking tot het aangaan van de arbeidsrelatie en de arbeidsvoorwaarden – is sprake van een gezagsrelatie met B&W. Een buitengewoon ambtenaar wordt door B&W benoemd en kan door datzelfde college worden geschorst en ontslagen.

De buitengewoon ambtenaar moet daarom worden aangemerkt als een ambtenaar in de zin van artikel 1 van de Ambtenarenwet (Aw) (vlg. Rechtbank Leeuwarden 24 juni 2003, *LJN* AH8543). Het aanbieden van deze functie valt daarmee onder artikel 5, eerste lid, onder a, AWGB.

Godsdienst
3.13 Om te kunnen beoordelen of verweerder jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst, is het vaste praktijk van de Commissie na te gaan of verzoeker met de weigering om medewerking te verlenen aan het voltrekken van een huwelijk of het registeren van een partnerschap tussen personen van gelijk geslacht, uiting geeft aan zijn geloofsovertuiging. Het begrip godsdienst dient overeenkomstig het door artikel 6 Grondwet, artikel 9 Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 18 van het Internationaal verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten gewaarborgde recht op vrijheid van godsdienst, ruim te worden uitgelegd. Het omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar kunnen gedragen (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 39-40; vergelijk *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 29). Dit laatste aspect van de godsdienstvrijheid, ook wel aangeduid met 'handelingsvrijheid', beoogt betrokkenen onder meer in staat te stellen hun leven volgens godsdienstige voorschriften en regels in te richten. Het is niet aan de Commissie om te bepalen wat een uiting is van godsdienst (vgl. onder meer CGB 1 oktober 2001, oordeel 2001-89). Wel kan de Commissie toetsen of is voldaan aan het vereiste dat het om méér gaat dan een individuele opvatting over godsdienstige voorschriften.

3.14 Verzoeker heeft schriftelijk en ter zitting toegelicht waarom zijn geloofsovertuiging hem belet huwelijken te voltrekken en part-

nerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht. Hij heeft daartoe aangevoerd zich als belijdend lid van de Hervormde Gemeente te baseren op de brieven van Paulus en met name de uitspraak dat het huwelijk is voorbehouden aan een man en een vrouw zoals is beschreven in Timotheus 1:8-11 en Romeinen 1:18-32. Tevens heeft verzoeker verklaard dat zijn opvatting wordt gedeeld door verschillende van zijn geloofsgenoten. Verweerder heeft aangevoerd dat sommige geloofsgenoten van verzoeker zijn opvattingen omtrent het huwelijk delen, maar dat andere leden van 'streng christelijke' kerkgemeenten geen problemen hebben met het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht. Conform haar vaste oordelenlijn oordeelde de Commissie in eerdergenoemde oordelen 2002-25 en 2002-26 dat het feit dat niet alle geloofsgenoten binnen een geloofsgemeenschap een opvatting delen, niet afdoet aan de bescherming die een religieuze uiting toekomt. Immers, godsdienstige voorschriften kunnen op verschillende manieren worden geïnterpreteerd en nageleefd. Bepalend is dat het gaat om méér dan een individuele opvatting. Dat dit in de voorliggende zaak ook het geval is, is voldoende aannemelijk gemaakt en ook niet betwist door verweerder.

Onderscheid

3.15 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt begrepen. Het begrip direct onderscheid ziet op onderscheid dat rechtreeks verwijst naar of gebaseerd is op een van de door de AWGB beschermde gronden, waaronder godsdienst. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van een neutraal criterium, voorschrift of handelen dat personen bijzonder treft in verband met een of meer in de wet genoemde gronden.

3.16 De Commissie overweegt ten aanzien van de vraag of sprake is van (in)direct onderscheid als volgt. Vaststaat dat verweerder in de functiebeschrijving bij de vacature voor een buitengewoon ambtenaar de functie-eis heeft opgenomen dat kandidaten bereid moeten zijn tot het voltrekken van huwelijken en het registreren van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht, waarmee wordt bedoeld alle huwelijken en partnerschappen.
Deze eis is neutraal geformuleerd in de zin dat deze niet rechtstreeks verwijst naar de godsdienstige overtuiging van de kandidaat. Er is daarom geen sprake van direct onderscheid op grond van godsdienst.

3.17 De Commissie is van oordeel dat als feit van algemene bekendheid kan worden aangenomen dat de functie-eis dat een trouwambtenaar alle huwelijken dient te voltrekken, personen in verband met hun godsdienstige overtuiging in het bijzonder kan treffen. Zo is bekend dat het in ieder geval tot de geloofsovertuiging van delen van christelijke, islamitische en andere geloofsgemeenschappen behoort dat het huwelijk is voorbehouden aan partners van verschillend geslacht. Door het hanteren van de functie-eis heeft verweerder dan ook indirect onderscheid op grond van godsdienst gemaakt.

Objectieve rechtvaardiging

3.18 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

Legitimiteit van het doel

3.19 Allereerst is de vraag aan de orde of het doel dat verweerder nastreeft met het hanteren van het vereiste dat buitengewoon ambtenaren bereid moeten zijn alle huwelijken te voltrekken en alle partnerschappen te registeren, legitiem is.
Verweerder heeft verklaard de uitvoering en naleving van wettelijke verplichtingen na te streven. De wetgever heeft bepaald dat het huwelijk ook openstaat voor paren van hetzelfde geslacht en verweerder heeft deze wetgeving uit te voeren. Sinds de Wet openstelling huwelijk van kracht werd, heeft in beginsel elk paar dat dat wenst en aan de wettelijke vereisten voldoet, ongeacht geslacht, het recht om een huwelijk of geregistreerd partnerschap aan te gaan. Op grond van deze wet behoort het tot verweerders verantwoordelijkheid te voorkomen dat paren op grond van hun seksuele gerichtheid van dit recht worden uitgesloten.

Door geen uitzonderingen toe te staan voor gewetensbezwaarde ambtenaren wil verweerder tevens voorkomen dat een ambtenaar bij de uitvoering van het werk discrimineert door zijn medewerking te weigeren aan het voltrekken van huwelijken tussen paren van hetzelfde geslacht. Daarbij acht verweerder van belang dat het inwilligen van een verzoek om te worden uitgezonderd een precedent schept. Verweerder voorziet een hellend vlak waarbij ook andere, nu wellicht nog onvoorziene, godsdienstig geïnspireerde gewetensbezwaren te verwachten zijn. Verweerder meent dat het niet goed mogelijk zal zijn om een (anders dan praktisch-organisatorische) grens te trekken, waardoor mogelijk aan allerhande, naar de mening van verweerder onaanvaardbare, discriminerende opvattingen ruimte zal moeten worden geboden.

3.20 In de eerder door de Commissie gegeven oordelen 2002-25 en 2002-26 is het standpunt ingenomen dat het voldoen aan op de overheid rustende verplichtingen in ruime zin een legitiem doel is, maar gelet op de bijzondere omstandigheden van die gevallen evenwel onvoldoende zwaarwegend, omdat door de aanwezigheid van voldoende ambtenaren zonder gewetensbezwaren het sluiten van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht voldoende was gewaarborgd. De Commissie heeft daardoor in die oordelen in feite niet het doel zelf beoordeeld, maar in haar beoordeling van het doel de noodzakelijkheid van de gestelde functie-eis betrokken. Een beoordeling van het doel zelf - de uitvoering en de naleving van wettelijke verplichtingen, alsook het voorkomen van discriminatie door haar ambtenaren - leidt echter tot het oordeel dat deze als zodanig wel voldoende zwaarwegend is: de overheid is er immers toe gehouden wettelijke taken en verplichtingen te vervullen. De Commissie acht dit doel tevens niet discriminerend. Het doel is derhalve legitiem.

Geschiktheid middel

3.21 Het middel - het hanteren van de functie-eis dat buitengewoon ambtenaren bereid moeten zijn alle paren die aan de wettelijke vereisten voldoen te huwen of hun partnerschap te registeren – is naar het oordeel van de Commissie, vanzelfsprekend, geschikt om het nagestreefde doel te bereiken. Het doel de wet volledig en zonder discriminatie uit te voeren kan immers volledig door de functie-eis worden bereikt.

Noodzakelijkheid middel

3.22 Vervolgens is de vraag aan de orde of het middel noodzakelijk is. Daarvoor is van belang of er een alternatief is voor de gestelde functie-eis, dat niet of minder onderscheidmakend is (subsidiariteit) en of het middel in evenredige verhouding staat tot het doel dat verweerder ermee nastreeft (proportionaliteit).

3.23 In haar eerdere oordelen 2002-25 en 2002-26 heeft de Commissie in wezen geoordeeld dat het middel niet in een evenredige verhouding stond tot het doel. Bij de betreffende gemeenten waren voldoende buitengewoon ambtenaren werkzaam die geen gewetensbezwaren hadden tegen het sluiten van huwelijken en het registreren van partnerschappen tussen personen van hetzelfde geslacht, zodat voldoende was gewaarborgd dat alle huwelijken konden worden gesloten. Zoals onder 3.6 verwoord gaat het thans – los van de eventuele praktische, organisatorische oplossingen - om de vraag of verweerder van iedere individuele buitengewoon ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijken sluit.

3.24 Verweerder heeft betoogd dat zowel op de gemeente als op de individuele ambtenaar een eigen verantwoordelijkheid rust de wet uit te voeren. Ter zitting heeft verweerder dit standpunt toegelicht door te wijzen op de verplichting tot uitvoering van de wet en de noodzaak dat voor overheidsfunctionarissen, zoals buitengewoon ambtenaren, eisen gelden waaraan ook de in dat openbare ambt vertegenwoordigde overheid moet voldoen. Meer specifiek blijkt dit volgens verweerder voor de (buitengewoon) ambtenaren uit de eed of belofte die zij moeten afleggen, waarmee zij zich verplichten tot het volledig naleven van de wet. Het karakter van de eed of belofte maakt, volgens verweerder, dat deze niet kan worden uitgelegd naar gelang de godsdienstige overtuiging van degene die hem aflegt. Daarnaast is verweerder van mening dat de vrijheid van godsdienst weliswaar net zo moet worden beschermd als het recht niet te worden gediscrimineerd op grond van seksuele gerichtheid, maar dat een geloofsovertuiging niet in de weg mag staan aan een goede functie-uitoefening en aan ieders wettelijke verantwoordelijkheden. Onder een goede functie-uitoefening begrijpt verweerder onder meer de verplichting, neergelegd in artikel 125a, eerste lid, Aw, dat de ambtenaar zich dient te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens indien hierdoor een goede vervulling van zijn functie of het functioneren van de openbare dienst in het gedrang komt.

3.25 Verzoeker heeft zich daarentegen op het standpunt gesteld dat de volledige uitsluiting van gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaren een te zwaar middel is. De verplichting om te garanderen dat binnen een gemeente

niet alleen huwelijken van paren van verschillend geslacht, maar ook van paren van hetzelfde geslacht kunnen worden gesloten, rust naar zijn mening alleen op verweerder en niet op iedere individuele ambtenaar. Daarbij beroept verzoeker zich op de artikelen 3 en 5 Grondwet waarin is bepaald dat alle Nederlanders op gelijke voet benoembaar zijn in de openbare dienst, respectievelijk dat geen onderscheid mag worden gemaakt op grond van godsdienst en levensovertuiging.
Verzoeker heeft voorts verklaard juist vanwege zijn godsdienstige achtergrond belangstelling te hebben voor de functie van buitengewoon ambtenaar. Verzoeker vindt het huwelijk een bijzondere instelling en zou graag meewerken aan de voltrekking ervan, mits tussen een man en een vrouw. Hij meent dat hij over de juiste vaardigheden beschikt en wil die graag voor dit doel inzetten. Verzoeker heeft verklaard dat hem in het bijzonder aanspreekt dat hij tevens leden uit zijn eigen kerkelijke gemeente in de echt zal kunnen verbinden en daaraan door de gemeenschappelijke achtergrond een bijzondere kleur kan verlenen.

3.26 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat op verweerder de verplichting rust de wet na te leven en uit te voeren. Tot deze verplichtingen moet ook worden gerekend de verplichting van de overheid om bij de uitvoering van haar taken niet in strijd te handelen met het discriminatieverbod. Dat geldt te meer nu van de overheid mag worden verwacht dat zij zelf het goede voorbeeld geeft. Het kan voorkomen dat ambtenaren bepaalde handelingen, die zij voor en namens verweerder moeten verrichten, niet willen of kunnen verrichten vanwege hun godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Verweerder onderschrijft dat dit in beginsel bescherming verdient.
Uiting geven aan een godsdienst is immers, zoals hiervoor reeds is overwogen, beschermd als onderdeel van het recht op vrijheid van godsdienst. Godsdienstvrijheid is evenwel geen absoluut recht. De vrijheid van godsdienst wordt begrensd door de rechten van anderen. Daarvan is sprake wanneer door de uitoefening van godsdienstvrijheid inbreuk wordt gemaakt op de rechten van anderen.
Hiervan moet worden onderscheiden het geval dat iemand met een beroep op de vrijheid van godsdienst verzoekt om vrijstelling van zondagsdiensten of van het innen van bepaalde belastingen. In dergelijke gevallen is er geen sprake van een botsing met rechten van anderen om niet gediscrimineerd te worden (vgl. CGB 12 juli 2006, oordeel 2006-247).

3.27 In het onderhavige geval echter zijn wel de rechten van anderen in het geding. In het licht van de proportionaliteitsafweging dient het belang dat wordt gediend met het in vrijheid uiting kunnen geven aan een godsdienstige overtuiging, op te wegen tegen het belang van bepaalde bevolkingsgroepen om niet te worden gediscrimineerd.
Verzoeker vraagt immers niet om een vrijstelling van de werkzaamheden als zodanig, of de plaats of het tijdstip van uitvoering, maar om de werkzaamheden van een buitengewoon ambtenaar niet te hoeven uitvoeren ten aanzien van een specifieke groep personen. Verzoeker vraagt verweerder om hem, in de uitoefening van de door hem geambieerde functie, de gelegenheid te geven onderscheid te maken tussen twee groepen bruids- en partnerschapsparen, te weten man/vrouw-paren enerzijds en vrouw/vrouw- en man/man-paren anderzijds. Dit druist in tegen het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als verweerder een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal naar het oordeel van de Commissie niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn.

3.28 De Commissie concludeert op basis van het voorgaande dat, hoezeer ook te begrijpen is dat verzoeker, juist gezien zijn achtergrond, graag wil meewerken aan huwelijkssluitingen, dit belang niet opweegt tegen het belang van verweerder om de wens van (toekomstige) medewerkers om te willen discrimineren naar seksuele gerichtheid, niet te faciliteren.

3.29 Voorts is de Commissie niet gebleken dat er een ander middel is om aan de wettelijke verplichting te voldoen dat minder onderscheidmakend is dan de onderhavige functie-eis. De enige manier om onderscheid tussen hetero- en homoparen te voorkomen, is om een gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaar geheel vrij te stellen van het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties. Dit heeft echter tot gevolg dat er geen taken meer resteren en kan derhalve niet gelden als een alternatief.

3.30 Nu de Commissie heeft geconcludeerd dat de weigering van verweerder om in voorkomende gevallen vrijstelling te verlenen van

het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties van paren van gelijk geslacht in evenredige verhouding staat tot het legitieme en zwaarwegende doel dat verweerder daarmee nastreeft - het naleven van in het bijzonder de Wet openstelling huwelijk en het discriminatieverbod - is de Commissie van oordeel dat het indirecte onderscheid dat het gevolg is van de weigering van verweerder om aan de bezwaren van verzoeker tegemoet te komen, objectief gerechtvaardigd is. De in de eerdere oordelen van de Commissie (2002-25 en 2002-26) gehonoreerde praktische oplossing is derhalve niet langer aan de orde.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat het College van Burgemeester en Wethouders van de Gemeente Langedijk geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst jegens . . . . .

Aldus gegeven te Utrecht op 15 april 2008 door mr. M.M. van der Burg, voorzitter, mr. M. van den Brink en mr. drs. P. van Geel, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. M. Graven, secretaris.

Noot door prof. E. Bonthuys

1. Met dit oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) zijn er nu twee diametraal tegenovergestelde oordelen over het onderwerp van het accommoderen van de bezwaren van gewetensbezwaarde trouwambtenaren tegen het voltrekken van huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht. Volgens de eerdere oordelen (oordeel 2002-24, oordeel 2002-25 en oordeel 2002-26), die betrekking hadden op dezelfde feitenconstellatie, hebben gemeenten een verplichting om de gewetensbezwaarde ambtenaren tegemoet te komen door hen uit te zonderen van de plicht om huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht te voltrekken, op voorwaarde dat er voldoende trouwambtenaren beschikbaar zijn om te garanderen dat mensen van gelijk geslacht getrouwd konden worden.

In paragraaf 3.10 van het oordeel uit 2008 probeert de CGB het verschil tussen dit oordeel en de eerdere oordelen te verklaren door te zeggen dat zij in die eerdere oordelen is "ingegaan op pragmatische organisatorische aspecten. De vraag of verweerder van iedere afzonderlijke buitengewoon ambtenaar mag verlangen dat hij of zij alle huwelijken sluit – los van de eventuele praktische, organisatorische oplossingen – is daarbij onbeantwoord gebleven. Deze principiële vraag zal hierna wel worden beantwoord". Met andere woorden, het oordeel uit 2008 wordt gekenschetst als een principe-oordeel, terwijl de oordelen uit 2002 worden gekarakteriseerd als overwegend praktisch of pragmatisch van aard.

Er zijn drie redenen te noemen waarom dit onderscheid tussen principe en pragmatisme tamelijk kunstmatig is. In de eerste plaats kunnen de oordelen uit 2002 wel degelijk als principieel worden gekarakteriseerd voor zover het gaat om de vraag of de gemeente de vrijheid moet hebben om te beslissen tot accommodatie van de religieuze scrupules van trouwambtenaren – het principe is dan immers dat de gemeente die vrijheid inderdaad heeft. Het oordeel uit 2008 lijkt deze redenering te verwerpen en lijkt te zijn gebaseerd op het principe dat individuele gemeenten die vrijheid juist niet hebben.

Een tweede probleem is dat het oordeel uit 2008 niet helemaal duidelijk en consistent is als het gaat om de vraag of gemeenten überhaupt nog enige ruimte hebben om invulling te geven aan hun bevoegdheid om de bezwaren van religieuze trouwambtenaren te accommoderen. Aan de ene kant lijkt het hiervoor weergegeven citaat te impliceren dat het oordeel de vraag betreft of een specifieke gemeente alle ambtenaren mag dwingen om huwelijken te voltrekken tussen mensen van gelijk geslacht. Dit is niet logischerwijze dezelfde vraag als die of een andere gemeente mag besluiten bepaalde ambtenaren alleen huwelijken tussen mensen van verschillend geslacht te laten voltrekken. Met andere woorden: dit is niet *noodzakelijkerwijze* een vraag waarop maar één antwoord mogelijk is. Men zou bijvoorbeeld kunnen volhouden dat, zelfs als het principieel mogelijk is voor sommige gemeenten om hun ambtenaren te dwingen om alle huwelijken te sluiten, hetzelfde principe het mogelijk maakt voor andere gemeenten om de religieuze opvattingen van sommige trouwambtenaren te accommoderen die alleen huwelijken tussen mensen van verschillend geslacht willen sluiten. Toch eindigt het oordeel uit 2008 in paragraaf 3.29 met de volgende conclusie: "De in de eerdere oordelen van de Commissie gehonoreerde praktische oplossing is … niet langer aan de orde". Het oordeel lijkt erop te duiden dat gemeenten nauwelijks tot geen vrijheid meer hebben om praktische oplossingen te vinden voor die ambtenaren die aangeven religieuze bezwaren te hebben tegen het sluiten van huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht.

Dit leidt tot het derde en laatste punt, namelijk het argument dat het onderwerp van redelijke aanpassing aan religieuze opvattingen – waar al deze oordelen over gaan – per definitie betrekking heeft op zowel *principes* – namelijk de waarde van religieuze diversiteit in het openbare leven en de noodzaak voor de staat om mensen niet op grond van bepaalde kenmerken te discrimineren – als *pragmatisme* – namelijk de vraag hoever gemeenten moeten gaan om religieuze bezwaren te accommoderen en de vraag of er andere, minder vergaande maatregelen voorhanden zijn waarmee tegemoet kan worden gekomen aan de doelstellingen van de staat. *Praktische* accommodatie van religieuze opvattingen kan een *principe* in zichzelf zijn.

De redenen voor de koerswijziging in het oordeel uit 2008 houden waarschijnlijk vooral verband met de mogelijke gevolgen van het toestaan van accommodatie van religieuze bezwaren door bepaalde gemeenten, zoals wordt gesuggereerd in paragraaf 4.2 van het advies inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand (CGB-advies/2008/24). Het lijkt erop dat sommige gemeenten niet alleen toelieten dat ambtenaren alleen mensen van verschillend geslacht trouwden, maar deze informatie ook bekend maakten aan het publiek. Hierdoor ontstaat het beeld dat de gemeente zelf bereid is om te discrimineren jegens homoseksuele mannen en vrouwen, of zulke discriminatie tenminste oogluikend toestaat. Deze gemeentelijke praktijk maakt het daarnaast mogelijk dat religieuze (of gewoonweg homofobe) paren ervoor kiezen om hun huwelijk te laten voltrekken door een ambtenaar die niet ook mensen van gelijk geslacht trouwt, waarbij ambtenaren die deze bereidheid wel hebben worden vermeden. Op deze manier faciliteert en bevordert de accommodatie van religieuze bezwaren indirect een ruimere uitdrukking van homofobie. Deze onbedoelde gevolgen van het oordeel uit 2002 bevorderen de doelstellingen van redelijke accommodatie niet. Zij ondermijnen bovendien rechtstreeks het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en tasten de kern van de Wet openstelling huwelijk aan – die wet is immers bedoeld om de waardigheid en gelijke maatschappelijke participatie van paren van gelijk geslacht te beschermen en te bevorderen.

2. Er bestaan twee visies op het honoreren van de religieuze en levensbeschouwelijke bezwaren van trouwambtenaren tegen het sluiten van huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht. De eerste visie, die bijvoorbeeld wordt aangehangen door MacDougall en Wintemute, houdt in dat ambtenaren die hun ambtelijke taken uitoefenen, vertegenwoordigers van de staat zijn. De staat mag niet discrimineren op basis van seksuele gerichtheid door te weigeren om huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht te voltrekken. De persoonlijke religieuze of andere opvattingen van ambtenaren over huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht mogen om die reden niet worden geaccommodeerd door het mogelijk te maken dat zij dit soort huwelijken niet voltrekken. Als de staat of gemeenten toestaan dat trouwambtenaren alleen huwelijken sluiten tussen mensen van verschillend geslacht, is de staat medeschuldig aan homofoob gedrag, of lijkt de staat dit soort gedrag tenminste door de vingers te zien (R. Wintemute, "Religion vs. sexual orientation: A clash of human rights?" *Journal of Law & Equality* (1) 2002, p. 125 en B. MacDougall, "Refusing to officiate at same-sex civil marriages" *Saskatchewan LR* (69) 2006, p. 351). Dit wordt onderkend in het CGB advies (2008/04), par. 2.2. Een argument dat deze visie ondersteunt is dat het fundamentele recht om een religie te kunnen belijden in het algemeen beperkt kan worden door het fundamentele recht van anderen om niet te worden gediscrimineerd. Met andere woorden, de religieuze rechten van trouwambtenaren betekenen nog niet dat zij andere mensen mogen schaden door hen te discrimineren vanwege hun seksuele gerichtheid (P. Lenta, "Religious liberty and cultural accommodation", *South African Law Journal* (122) 2005, p. 376 en P. Lenta "Muslim headscarves in the workplace and in schools" *South African Law Journal* (124) 2007, p. 297). Dit wordt besproken in paragraaf 3.26 van het oordeel uit 2008). Deze visie spreekt ook uit het oordeel uit 2008.

Naast deze relatief compromisloze visie (die de (directe) discriminatie op grond van seksuele voorkeur tot uitgangspunt neemt) staat een tweede, genuanceerdere visie die uitgaat van de positie van de buitengesloten gelovige en neerkomt op het idee dat er een juridische verplichting bestaat om uit geloofs- of levensovertuiging voortvloeiende opvattingen voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is te accommoderen. In verschillende rechtsstelsels wordt het concept van redelijke aanpassing gehanteerd om tegemoet te komen aan de behoeften van gelovigen. In Zuid-Afrika, bijvoorbeeld, wordt de vraag of aan religieuze bezwaren moet worden tegemoetgekomen beoordeeld aan de hand van een gecontextualiseerde afweging van de verschillende betrokken rechten en belangen, te weten enerzijds de belangen van gelovige individuen en anderzijds het belang van de overheid bij het nastreven van een legitiem maatschappelijk doel. De Nederlandse wetgeving kent een dergelijke verplichting niet (*behalve in de WGBH/CZ, noot vert.).* Maar de

mogelijkheid om indirect onderscheid objectief te rechtvaardigen is hiermee feitelijk vergelijkbaar: "Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn." In deze tweede visie draait het om de vraag of het, gegeven het gewicht van de conflicterende rechten en belangen, mogelijk is om hetzelfde doel te bereiken met minder of zelfs in het geheel niet discriminerende middelen.

Tegen deze achtergrond bezien is het gemakkelijker om de verschillen tussen de twee sets van CGB-oordelen te plaatsen. Volgens de oordelen uit 2002 was de doelstelling van de staat om homoseksuele personen toegang te geven tot de instituties van huwelijk en geregistreerd partnerschap. Op voorwaarde dat er voldoende ambtenaren beschikbaar zijn om huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht te sluiten, kan deze doelstelling ook worden bereikt als bezwaarde ambtenaren alleen worden ingezet voor het sluiten van huwelijken tussen mensen van verschillend geslacht. In het oordeel van 2008 legt de Commissie de doelstellingen van de Wet openstelling huwelijk echter ruimer uit. De relevante wetgeving heeft niet alleen tot doel om huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht te faciliteren, maar is er ook op gericht om het sociale stigma en de discriminatie weg te nemen die homo's en lesbiënnes in de Nederlandse samenleving in het verleden hebben ondervonden. Iedere uitzondering voor religieuze trouwambtenaren zou deze meer fundamentele doelstelling ondermijnen.

3. Ik kan mij vinden in de argumentatie zoals die in het oordeel van 2008 wordt gevolgd. Als gemeenten niet mogen discrimineren op grond van seksuele gerichtheid, dan mogen religieuze trouwambtenaren duidelijk geen toestemming krijgen om te discrimineren als ze handelen in hun officiële hoedanigheid. Ik denk echter dat deze interpretatie nader kan worden onderbouwd door de sociale context waarbinnen de gewetensbezwaarde ambtenaren opereren bij de beoordeling te betrekken en deze te vergelijken met die van de koppels van gelijk geslacht die willen trouwen. Degenen die huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht onaanvaardbaar vinden, vormen een kleine, maar mondige en vastberaden groep. Zij zijn gedurende vele eeuwen in hun mening ondersteund door de staat en door hun religieuze instellingen en de huidige parlementaire coalitie met religieuze partijen versterkt hun politieke claim op accommodatie. In vergelijking tot deze groep zijn homo- en biseksuelen historisch gezien een gemarginaliseerde groep. Betoogd kan worden dat het accommoderen van de gewetensbezwaarde ambtenaren een voortzetting vormt van deze marginalisering. Het is opvallend dat de enige grond waarvoor de trouwambtenaren accommodatie verzoeken en verkrijgen de seksuele oriëntatie van de huwelijkspartners betreft. Ik kan me bijvoorbeeld moeilijk voorstellen dat een katholieke trouwambtenaar zou worden geaccommodeerd als zij zou willen worden uitgezonderd van de verplichting om huwelijken te sluiten tussen mensen die eerder zijn gescheiden. MacDougall wijst erop dat tegemoetkoming aan de bezwaren van mensen tegen huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht de indruk versterkt dat andere vormen van vooroordelen weliswaar niet meer sociaal aanvaardbaar worden gevonden, maar dit anders is als het gaat om homofobie (MacDougall 2006, p. 359).

Een ander argument kan worden gevonden in de consistentie met het oordeel van de Commissie (oordeel 2007-100) dat een religieuze school die weigerde om homoseksuele leerkrachten aan te nemen in strijd handelde met de AWGB omdat sprake was van discriminatie op grond van het enkele feit van de seksuele gerichtheid van de docenten. Als de AWGB geen ruimte biedt voor accommodatie van de overtuigingen van een op religieuze grondslag gebaseerde onderwijsinstelling, dan is valt moeilijk te beredeneren dat aan de bezwaren van een individuele aanhanger van een geloofsovertuiging tegemoet moet worden gekomen als zijn enige reden om bepaalde mensen binnen de samenleving niet te dienen is gelegen in hun seksuele oriëntatie.

Een van de heilzame effecten van de scheiding tussen kerk en staat is geweest dat de retorische kracht van religieuze argumenten in het openbare leven is teruggedrongen. Toch hebben religieuze argumenten en normen nog steeds een bijzondere kracht en onverzettelijkheid als het gaat om het instituut van het huwelijk. Hoewel het Nederlandse burgerlijk huwelijk een puur wereldlijk instituut is, laat de praktijk om sommige trouwambtenaren de ruimte te geven om een religieus perspectief te 'representeren' en om huwelijkspartners in de gelegenheid te stellen om een ambtenaar van een bepaalde overtuiging te kiezen om hun huwelijk te voltrekken, zien dat er in de hoofden van veel mensen een blijvend verband bestaat tussen huwelijk en religie. Naar mijn mening wordt met de mogelijkheid voor religieuze organisaties om – na sluiting van het burgerlijk huwelijk – zelf huwelijken in te zegenen of te vieren, voldoende tegemoet gekomen aan hun belangen. Het is dus ook niet

nodig om daarenboven ook nog aanpassingen te treffen voor individuele ambtenaren – uiteindelijk leiden deze immers een burgerlijke, en geen religieuze ceremonie. Robert Leckey ("Profane Matrimony", 21 *Canadian Journal of Law and Society* 2006, no. 2, p. 1-23) brengt voor de Canadese context het in dit verband interessante argument naar voren dat de vele wettelijke aanpassingen in het instituut van het huwelijk hebben geresulteerd in een juridische vorm van het huwelijk dat radicaal verschilt van het sacrament van het huwelijk zoals dat in religieuze instituties zichtbaar is. Als religieuze ambtenaren toegestaan zou worden om bezwaren te hebben, dan zouden zij toestemming hebben om puur seculiere voordelen te weigeren aan paren van gelijk geslacht op de enkele grond dat dit huwelijk volgens hun religie niet zou mogen worden voltrokken.

4. Het is nooit eenvoudig om de parameters vast te stellen voor een redelijke accommodatie van religieuze opvattingen. Toch laten deze oordelen zien dat het belangrijk is om de sociale context van degenen die verzoeken om accommodatie zorgvuldig te onderzoeken, net als de effecten van de gevraagde accommodatie op andere groepen in de samenleving. Groepen vragen regelmatig om accommodatie van praktijken die discrimineren op basis van geslacht of seksuele gerichtheid. Redelijke accommodatie zou geen vehikel mogen zijn om populaire vooroordelen jegens sociaal minder machtige groepen toe te laten en voort te laten bestaan.

Het is om die reden, ten slotte, dat ik het niet eens ben met de parallel die Ben Vermeulen heeft getrokken tussen een islamitische rechtbankgriffier die verzoekt om accommodatie door haar toe te staan een hoofddoek te dragen op het werk, en de trouwambtenaar die weigert om huwelijken tussen mensen van gelijk geslacht te voltrekken (noot bij oordeel 2002-25 in: D.J.B. de Wolff (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 159-160, punt 2). De islamitische vrouw geeft weliswaar uitdrukking aan haar geloof, maar zij vraagt niet om toestemming om te weigeren om bepaalde mensen te helpen en daardoor rechtstreeks bepaalde categorieën van justitiabelen te schaden. Het verlenen van toestemming voor het dragen van een hoofddoek leidt bovendien niet tot voortzetting van bestaande vooroordelen jegens moslims, maar maakt het de vrouw juist mogelijk om als ambtenaar te werken, waardoor maatschappelijke tolerantie en religieuze diversiteit wordt bevorderd. De correcte parallel hierbij is die van een christelijke trouwambtenaar die weliswaar een kruisje draagt op het werk, maar die wel alle koppels trouwt. De juiste analogie voor de religieuze trouwambtenaren die weigeren om mensen van gelijk geslacht te trouwen is een ambtenaar die vanwege zijn religieuze opvattingen over de 'juiste' plaats van vrouwen verzoekt om geen vrouwen te helpen die niet onder begeleiding van hun echtgenoot of andere mannelijke verwanten naar het gemeentekantoor zijn gekomen. Honorering van een dergelijk verzoek zou duidelijk discriminatoir zijn jegens vrouwen en zou de ambtenarij medeplichtig maken aan deze discriminatie.

2008-74

Redelijke accommodatie bij opleiding sportmanagement

Noot: prof. mr. T. Loenen

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of zijn voornemen aanvullende eisen te stellen voor de toelating tot de door hem verzorgde opleiding Sport, Management en Ondernemen verenigbaar is met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).

1.2 Verzoeker heeft bij brief van 6 maart 2008 desgevraagd zijn verzoek nader toegelicht.

1.3 De Commissie heeft verzoeker opgeroepen te verschijnen ter zitting van 22 mei 2008. Op de zitting heeft verzoeker zijn standpunt mondeling toegelicht. Namens verzoeker was ter zitting tevens aanwezig, ... , juridisch medewerker.

2 Feiten

2.1 Verzoeker is het college van bestuur van een hogeschool. De hogeschool kent vijftien opleidingsinstituten, verspreid over tien locaties in Amsterdam, waaronder de opleiding Sport, Management en Ondernemen (SM&O) .

2.2 De opleiding SM&O bereidt studenten voor op een loopbaan in de sportwereld. Studenten doen actief aan sport en krijgen onderwijs in management en ondernemen. In de propedeuse zijn studenten gemiddeld tien uur per week bezig met actieve sportbeoefening. Gedurende de rest van de opleiding is dit gemiddeld vijf uur per week. Om de opleiding met succes te kunnen afsluiten dienen de studenten een trainer/coachlicentie te behalen in een sportdiscipline.

2.3 Artikel 7.26, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) bepaalt het volgende: "Indien de uitoefening van het beroep of de beroepen waarop een opleiding voorbereidt, dan wel de organisatie en de inrichting van het onderwijs, specifieke eisen stelt ten aanzien van kennis of vaardigheden die niet of niet in voldoende mate onderdeel zijn van het voortgezet onderwijs of van het beroepsonderwijs, bedoeld in de Wet educatie en beroepsonderwijs onderscheidenlijk specifieke eisen stelt ten aanzien van de eigenschappen van de student, kunnen bij ministeriële regeling in verband daarmee eisen worden gesteld in aanvulling op de eisen, bedoeld in artikel 7.24. (…)"

2.4 Verzoeker heeft bij brief van 18 december 2002 aan de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OC&W) verzocht om bij ministeriële regeling vast te leggen, met een beroep op artikel 7.26, eerste lid, WHW, dat de opleiding SM&O aanvullende eisen mag stellen om te worden toegelaten tot de opleiding. Verzoeker beoogt daarmee een mogelijkheid te creëren aanstaande studenten te kunnen onderwerpen aan een fysieke toelatingstest ter beoordeling van de aanleg en geschiktheid met betrekking tot de ontwikkeling van de praktische bedrevenheid in bewegingsactiviteiten. Deze test moet door de kandidaten met goed gevolg worden doorlopen om voor toelating in aanmerking te komen.

2.5 De Staatssecretaris van OC&W heeft bij brief van 12 september 2005 gereageerd op het schrijven van verzoeker van 18 december 2002. De staatssecretaris deelt verzoeker daarin onder andere het volgende mee:
"Voldoende aannemelijk is gemaakt dat het stellen van aanvullende eisen betreffende een zekere mate van fitheid en sportieve bekwaamheden en trainbaarheid daarin noodzakelijk is in verband met de eisen die de huidige inrichting en organisatie van het onderwijs stelt." De staatssecretaris schrijft vervolgens dat hij nog geen beslissing kan nemen over het verzoek, nu de aanvullende eisen niet zijn geconcretiseerd en er geen uitsluitsel is of de aanvullende eisen niet in strijd met de WGBH/CZ zijn. De staatssecretaris adviseert verzoeker tot slot de aanvullende eisen met betrekking tot de normen van de WGBH/CZ aan de Commissie Gelijke Behandeling ter toetsing voor te leggen.

2.6 Verzoeker hanteert voor de opleiding SM&O, naast minimaal een Havo-diploma, twee toelatingscriteria gericht op het bepalen van de fysieke fitheid van de aanstaande student op aanvangsniveau. Aanstaande studenten worden in het kader hiervan medisch gekeurd door de keuringsarts van de opleiding en dienen daarnaast een fysieke toelatingstest af te leggen, die is afgestemd op de eisen die het onderwijsprogramma stelt, waarbij kwaliteiten zoals kracht, snelheid en uithoudingsvermogen worden beoordeeld. De uitslag van de fysieke toelatingstest is thans niet bindend voor de kandidaat-studenten.

2.7 De nieuwe fysieke toelatingstest, die verzoeker voornemens is in te voeren en die met goed gevolg moet worden afgelegd alvorens voor toelating in aanmerking te komen, bestaat in totaal uit twaalf oefeningen. Alle oefeningen worden in een (gym)zaal uitgevoerd. De test bestaat uit een circuit met vier stations waarbij elf oefeningen gelijktijdig worden uitgevoerd. De oefeningen bestaan onder andere uit hangen met gebogen armen, kogelstoten, sneltikken en muurzitten. De laatste oefening, de zogenaamde 'shuttle run test' (uithoudingsvermogen), wordt aan het einde van de serie oefeningen uitgevoerd.

2.8 Verzoeker heeft in het kader van zijn toelatingsbeleid een aparte procedure ontwikkeld ter beoordeling van de geschiktheid van studenten met een handicap of een chronische ziekte en de mogelijkheden tot deelname aan de voorgenomen fysieke toelatingstest. Deze toelatingsprocedure is erop gericht te beoordelen in hoeverre een aanstaande student met een handicap of chronische ziekte aan het onderwijs kan deelnemen en de daarbij behorende competenties kan verwerven. Als is besloten dat een student met een handicap of chronische ziekte kan deelnemen aan het onderwijs, zal worden gekeken in hoeverre de student in staat is om aan de fysieke toelatingstest deel te nemen. Er wordt getracht om de student aan zoveel mogelijk onderdelen van de test mee te laten doen. Bij de onderdelen waar de student niet aan mee kan doen, zal worden bekeken of een alternatief beschikbaar is. Tegen een negatief besluit staat een rechtsmiddel open bij het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of het invoeren van de door verzoeker voorgestane fysieke toelatingstest ter bepaling van de toegang tot de opleiding SM&O verenigbaar is met de WGBH/CZ.

3.2 Verzoeker heeft ter toelichting van zijn verzoek om een oordeel aangevoerd, dat hij het zich kan voorstellen dat het voor aanstaande studenten met een handicap of chronische ziekte gemiddeld moeilijker is te slagen door de voorgenomen toelatingstest. Reden waarom verzoeker niet uitsluit dat invoering van deze tekst vanuit het perspectief van de WGBH/CZ problematisch ligt.

3.3 Verzoeker meent tegelijkertijd dat het met het oog op het met goed gevolg kunnen doorlopen van de opleiding SM&O zeer wenselijk is de aanleg en geschiktheid van aanstaande studenten met betrekking tot de ontwikkeling van de praktische bedrevenheid in bewegingsactiviteiten vooraf vast te stellen. Verzoeker heeft met het oog daarop, in samenwerking de Universiteit van Amsterdam, de fysieke toelatingstest ontwikkeld en inmiddels ook uitgetest. Verzoeker staat in voor de validiteit van de test.

3.4 Verzoeker merkt hierbij volledigheidshalve op dat hij tot op heden nog niet te maken heeft gehad met aanmeldingen van toekomstige studenten met een handicap of een chronische ziekte voor de opleiding SM&O. Verzoeker geeft aan zeer welwillend te staan tegenover toekomstige studenten met een handicap of chronische ziekte, omdat deze studenten vanuit een eigen specifieke invalshoek een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de verdere professionalisering van de opleiding en de gehandicaptensport in Nederland en daarbuiten. Verzoeker neemt dan ook het standpunt in dat studenten met een handicap of chronische ziekte een kans moeten krijgen om zich te ontwikkelen tot manager of ondernemer in de sport.

3.5 Ingevolge artikel 6, onderdeel b, WGBH/CZ in combinatie met artikel 1 van deze wet, is het aanbieders van beroepsonderwijs verboden onderscheid te maken op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte bij het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs dat is gericht op toetreding tot en functioneren op de arbeidsmarkt. Het begrip beroepsonderwijs uit de WGBH/CZ omvat tevens het hoger beroepsonderwijs (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 37 en CGB 18 mei 2004, oordeel 2004-55). Uit dit laatste volgt dat de Commissie de handelwijze van verzoeker kan toetsen aan de WGBH/CZ.

3.6 Op grond van artikel 2 WGBH/CZ houdt het verbod van onderscheid, zoals gedefinieerd in artikel 1 WGBH/CZ, mede in dat degene tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.

3.7 Deze verplichting tot het verrichten van een doeltreffende aanpassing voor aanbieders van beroepsonderwijs is in de WGBH/CZ opgenomen om personen met een handicap of chronische ziekte in individuele gevallen in staat te stellen deel te (blijven) nemen aan het beroepsonderwijs, indien die deelname wordt bedreigd door de wijze waarop het beroepson-

derwijs is ingericht, georganiseerd of anderszins geregeld (vergelijk CGB 6 april 2006, oordeel 2006-59 en 2006-60). Op grond van deze norm rust op aanbieders van beroepsonderwijs de verplichting om desgevraagd aan het beroepsonderwijs gerelateerde belemmeringen voor deelname weg te nemen, tenzij de aanpassingen in redelijkheid niet van hen kunnen worden gevergd.

3.8 In de WGBH/CZ is overigens het uitgangspunt dat er eerst sprake kan zijn van onderscheid bij de toegang tot het beroepsonderwijs op grond van handicap of chronische ziekte als vaststaat dat de betrokkene geschikt is voor de betreffende opleiding, in de zin dat hij beschikt over de vereiste vooropleiding en noodzakelijke competenties dan wel dat aannemelijk is dat die competenties kunnen worden ontwikkeld (CGB 10 juli 2007, oordeel 2007-128). Dit betekent onder meer dat er geen verplichting bestaat tot het maken van doeltreffende aanpassingen indien de betrokkene ongeschikt is voor het beroepsonderwijs.

3.9 De Commissie overweegt dat, gelet op het curriculum van de opleiding SM&O, verzoeker aannemelijk heeft gemaakt dat een zekere fysieke fitheid en aldus een zekere fysieke geschiktheid voor de opleiding noodzakelijk zijn. De Commissie is uit de stukken en hetgeen ter zitting is gesteld, gebleken dat verzoekers beleid erop is gericht om specifiek mensen met een handicap of chronische ziekte die over de vereiste vooropleiding beschikken, zo nodig met doeltreffende aanpassingen voor het fysieke element van de opleiding aan de opleiding SM&O te kunnen laten deelnemen (zie 2.8). Naast de bereidheid om bepaalde aanpassingen in de fysieke toelatingstest door te voeren, is verzoeker bereid om, indien nodig, deze aanpassingen ook gedurende de opleiding te treffen.

3.10 De Commissie concludeert uit het voorgaande dat de WHW de mogelijkheid biedt aan onderwijsinstellingen om aanvullende toelatingseisen te stellen. De toets die verzoeker heeft ontwikkeld is, naar het oordeel van de Commissie gelet op hetgeen door verzoeker naar voren is gebracht, geschikt en noodzakelijk om de fysieke geschiktheid van aanstaande studenten te bepalen. Om uitsluiting van aanstaande studenten met een handicap of chronische ziekte te voorkomen, voert verzoeker het beleid dat deze fysieke toelatingstest, zo nodig en waar mogelijk, wordt aangepast en dat ook gedurende de opleiding doeltreffende aanpassingen worden gemaakt. Verzoeker voldoet aldus aan de op hem krachtens de WGBH/CZ rustende verplichtingen.

3.11 De Commissie oordeelt derhalve dat de invoering van de door verzoeker voorgestane fysieke toelatingstest ter bepaling van de toegang tot de opleiding SM&O onder de hierboven beschreven omstandigheden verenigbaar is met de vereisten van de WGBH/CZ. Voor zover verzoeker hierdoor onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte is dit niet verboden.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . .geen verboden onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte door de voorgestelde fysieke toelatingstest in te voeren ter bepaling van de toegang tot de opleiding SM&O.

Aldus gegeven te Utrecht op 16 juni 2008 door prof. mr. A.C. Hendriks, voorzitter, mr. dr. L.P.M. Klijn en mr. R.A.A. Böcker, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. M. Derraz, secretaris.

Noot door prof. mr. T. Loenen

Dit oordeel met betrekking tot onderscheid op grond van handicap verdient nadere bespreking in verband met de afbakening tussen het doen van 'doeltreffende aanpassingen' die kunnen bewerkstelligen dat personen met een handicap alsnog aan de toelatingscriteria voor een opleiding kunnen voldoen en het versoepelen van die toelatingscriteria als zodanig voor personen met een handicap, zodat zij alsnog aan de betreffende opleiding kunnen deelnemen. Het eerste is in het licht van de WGBH/CZ een verplichting die voortvloeit uit artikel 2, het laatste lijkt me in het licht van diezelfde wet zeer dubieus. Toch lijkt de CGB in dit oordeel het versoepelen van toelatingscriteria alleen voor personen met een handicap acceptabel te achten. Zij bestempelt een verlaging van de eisen mijns inziens ten onrechte als een doeltreffende aanpassing. Enige toelichting is op zijn plaats.
Volgens de WGBH/CZ kan er geen sprake zijn van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte indien betrokkene ongeschikt is om een bepaalde opleiding te volgen. Geschiktheid betekent dat iemand beschikt over de vereiste vooropleiding en noodzakelijke competenties dan wel dat aannemelijk is dat die competenties kunnen worden ontwikkeld (zie paragraaf 3.8). Als sprake is van ongeschiktheid dient wel zorgvuldig bekeken te worden of die ongeschiktheid wellicht door doeltreffende

aanpassingen kan worden opgeheven. Als dat het geval is bestaat er op grond van de wet een verplichting om die aanpassingen te realiseren, tenzij dat een onevenredige belasting oplevert voor degene die de aanpassing moet doen.
In casu gaat het om eisen met betrekking tot de aanwezigheid van een zekere fysieke geschiktheid voor de opleiding Sport, Management en Ondernemen van een Hogeschool. De CGB is van oordeel dat de school aannemelijk heeft gemaakt dat die eis inderdaad noodzakelijk is. Ook de fitheidstest die de school ontwikkeld heeft wordt door de CGB bestempeld als 'geschikt en noodzakelijk' om de fysieke geschiktheid van aanstaande studenten te bepalen (paragraaf 3.10). Tegelijk voert de school een beleid dat deze toelatingstest wordt aangepast bij personen met een handicap om uitsluiting te voorkomen. Zo wordt op onderdelen waaraan de student niet mee kan doen bekeken of een alternatief beschikbaar is (paragraaf 2.8).
Dit lijkt me een tegenstrijdige benadering. Als niet alleen de fitheidseisen zelf, maar ook de fitheid*stest* inderdaad noodzakelijk is om de gevergde fitheid te kunnen vaststellen, dan betekent het (op onderdelen) aanleggen van een andere maatstaf voor personen met een handicap in feite dat zij worden toegelaten tot de opleiding zonder aan alle fysieke vereisten te voldoen. Dat is niet alleen vanuit de kwaliteitsbewaking van de opleiding onwenselijk, maar ook vanuit het perspectief van aanstaande studenten zonder handicap problematisch aangezien aan de laatste groep dan blijkbaar hogere eisen omtrent fysieke geschiktheid worden gesteld. De enige mogelijkheid die de WGBH/CZ biedt om dit verschil in behandeling te rechtvaardigen zou mijns inziens liggen in de bepaling inzake voorkeursbeleid, maar daar is door de CGB niet aan getoetst.
Het kan ook zijn, en dat lijkt me meer voor de hand te liggen, dat de school van oordeel is dat studenten met een handicap die niet op alle onderdelen aan de fitheidstest kunnen voldoen toch geschikt kunnen zijn om de opleiding te volgen, maar dan is het de vraag waarom hetzelfde niet zou gelden voor studenten zonder handicap. Met andere woorden, dan lijkt het voldoen aan de door de school ontwikkelde test als zodanig toch minder 'noodzakelijk' dan de school en CGB aannemen en is het de vraag waarom de school dan niet ten aanzien van alle aanstaande studenten een test toepast die is geënt op de maatstaf voor personen met een handicap. Het maken van onderscheid op grond van handicap is dan in feite onnodig en lijkt me uit dien hoofd in strijd met de WGBH/CZ, tenzij ook hier een beroep zou kunnen worden gedaan op de bepaling inzake voorkeursbehandeling.
Mijn conclusie op grond van het voorgaande is dat de CGB in dit oordeel een problematische benadering heeft gekozen door een versoepeling van toelatingseisen die zich beperkt tot personen met een handicap te accepteren als een vorm van doeltreffende aanpassingen. Dat lijkt me vanuit de systematiek van de WGBH/CZ onzuiver en verwarrend.
Het is van tweeën één: óf de fitheidseisen en de daarvoor ontwikkelde test zijn daadwerkelijk noodzakelijk, met als gevolg dat een persoon met een handicap die daar niet aan kan voldoen ongeschikt is voor de opleiding, óf de fitheidseisen zijn niet (allemaal) noodzakelijk zodat er uitzonderingen mogelijk zijn, maar dan is het de vraag waarom een versoepeling van de eisen alleen zou gelden voor aanstaande studenten met een handicap en niet voor alle studenten. Het maken van direct onderscheid op grond van handicap lijkt dan onnodig.

2008-81

Voorkeursbehandeling op grond van ras en geslacht

Noot: prof. mr. C.A. Groenendijk

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerder bij de behandeling bij de vervulling van de functie van beleidsmedewerker sport jegens verzoeker onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door voorrang te geven aan sollicitanten afkomstig uit etnische minderheidsgroepen.

1.2 Verzoeker heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd. Verweerder heeft schriftelijk verweer gevoerd, waarop verzoeker bij brief van
29 januari 2007 schriftelijk heeft gereageerd.

1.3 Partijen hebben hun standpunten mondeling toegelicht op de zitting van 16 april 2008. Verzoeker is in persoon verschenen. De vertegenwoordiger van verweerder werd ter zitting vergezeld door . . . ., senior adviseur rechtspositie, en . . . ., hoofd juridische zaken, beiden werkzaam bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling, en door . . . ., adviseur personeel en management ontwikkeling.

2 Feiten

2.1 Verzoeker heeft op 26 september 2007 gesolliciteerd naar de functie van beleids-medewerker sport bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder. Verweerder had op 13 september 2007 een vacature voor deze functie op zijn website geplaatst.
Verzoeker heeft de Nederlandse nationaliteit en is van Nederlandse afkomst.

2.2 In de vacature stond de volgende passage:
"DMO hecht een groot belang aan een evenredige vertegenwoordiging van doelgroepen in het personeelsbestand, zoals vrouwen, etnische minderheidsgroepen en mensen met een handicap. Gezien de samenstelling van het huidige personeelsbestand is deze functie in eerste instantie gereserveerd voor een kandidaat van allochtone afkomst."

2.3 Verweerder heeft op 8 oktober 2007 een brief aan verzoeker gezonden waarin hij meedeelde dat zijn sollicitatie op dat moment niet in behandeling werd genomen. Verzoekers sollicitatie werd wel in portefeuille gehouden, voor het geval de eerste ronde van gesprekken geen bevredigend resultaat zou opleveren. Verweerder schreef, voor zover relevant:
"Wij hebben een groot aantal sollicitaties mogen ontvangen. Daarbij zit ook een aantal van personen die van allochtone afkomst zijn en op basis van hun cv voldoen aan de gestelde functie-eisen. Met deze kandidaten gaan we de komende periode eerst gesprekken voeren. De functie is immers in eerste instantie gereserveerd voor een kandidaat van allochtone afkomst."
Verweerder heeft een allochtone kandidaat aangenomen. Daarna is verzoeker definitief voor de functie afgewezen.

2.4 De Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling bestond eind 2007 uit dertien afdelingen, waaronder de afdeling Sport. Op 19 november 2007 waren er 347 mensen werkzaam.
Op 30 juni 2007 telde de dienst 60 allochtone medewerkers uit de aandachtsgroepen voor het voorkeursbeleid (dat wil zeggen: personen van wie minimaal één van de ouders in het buitenland is geboren)[1], ofwel 18 procent.
Op 19 november 2007 werkten er 78 personen van allochtone afkomst voor de dienst, 22,5 procent van het personeel. Bij de afdeling Sport bedroeg het percentage allochtone medewerkers op 30 juni 2007 15 procent, op 19 november 2007 13,3 procent.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerder onderscheid op grond van ras heeft gemaakt jegens verzoeker bij de vervulling van de functie van beleidsmedewerker sport door deze functie in eerste instantie te reserveren voor een kandidaat van allochtone afkomst.

3.2 Niet in geschil is dat de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder bij de selectie van een beleidsmedewerker sport de functie in eerste instantie gereserveerd had voor een persoon van allochtone afkomst. Dit heeft verweerder in zijn advertentie vermeld en uit de brief aan verzoeker en de verklaringen van verweerder blijkt dat daar in de selectieprocedure ook naar is gehandeld. Vast

1 Allochtonen onderverdeeld in westerse en niet-westerse allochtonen. Alleen niet-westerse allochtonen afkomstig uit Suriname, de Antilllen, Turkije en Marokko en personen uit de overige niet-westerse landen (m.u.v. de voormalige Sovjet-Unie) behoren tot de aandachtsgroepen voor het voorkeursbeleid van verweerder.

staat dat dit thans de gebruikelijke wijze van selecteren is van de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling.

3.3 De selectiemethode die de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder hanteert, kent de volgende stappen. Er vindt een eerste selectie plaats op grond van de binnengekomen sollicitatiebrieven. Kandidaten die niet aan de functie-eisen voldoen, worden meteen afgewezen. De overige kandidaten worden gesplitst in twee categorieën: te weten, de in beginsel geschikte allochtone kandidaten en de in beginsel geschikte autochtone kandidaten. De selectie allochtoon/autochtoon geschiedt aan de hand van de gegevens zoals die uit de brieven blijken. In geval van twijfel over de afkomst van de sollicitant wordt telefonisch contact met hem/haar opgenomen. Autochtone sollicitanten krijgen een brief zoals verzoeker heeft ontvangen, waarin hun wordt meegedeeld dat hun sollicitatie op dat moment niet wordt voortgezet, maar wordt aangehouden voor het geval uit de andere groep geen geschikte kandidaat naar voren komt. Uit de groep allochtone kandidaten worden personen geselecteerd voor een sollicitatiegesprek. Er geldt één uitzondering op deze scheiding allochtoon/autochtoon: een uitzonderlijk goed gekwalificeerde autochtone sollicitant wordt ook uitgenodigd voor een gesprek.

3.4 Verzoeker meent dat het voorkeursbeleid van de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder disproportioneel is, aangezien deze dienst zich bij de selectie uitsluitend richt op allochtone sollicitanten. Autochtone kandidaten hebben niet dezelfde mogelijkheid om hun geschiktheid voor een functie aan te tonen en worden derhalve door dit beleid benadeeld. Volgens verzoeker kan de achterstand van allochtonen op de arbeidsmarkt de mate waarin autochtone kandidaten door dit beleid worden benadeeld, niet rechtvaardigen.

Wettelijk kader

3.5 Een werkgever, of, zoals in de voorliggende zaak: het bevoegd gezag - die in het kader van zijn selectiebeleid bij gelijke geschiktheid de voorkeur geeft aan een allochtone kandidaat boven een autochtone kandidaat, handelt in beginsel in strijd met het verbod van onderscheid op grond van ras, zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, onderdelen a en c van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Op dit verbod bestaan enkele uitzonderingen. Ingevolge artikel 2, derde lid, AWGB geldt het verbod van onderscheid niet indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke nadelen verband houdende met de grond ras op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel.

3.6 Verweerder heeft verklaard dat de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling vacante functies in eerste instantie reserveert voor allochtone kandidaten vanuit de wens het personeel een goede afspiegeling te laten zijn van de (beroeps)bevolking van Amsterdam. Verweerder beroept zich daarmee op de mogelijkheid tot het voeren van een voorkeursbeleid, zoals hierboven (zie 3.5) weergegeven.

3.7 Het is vaste oordelenlijn van de Commissie dat de gelijkebehandelingswetgeving wordt uitgelegd conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) (onder meer: CGB 31 oktober 2002, oordeel 2002-162, CGB 23 november 2005, oordeel 2005-225, CGB 14 mei 2008, 2008-52).

3.8 Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in een reeks van arresten, waaronder de zaak *Kalanke* (HvJ EG 17 oktober 1995 , zaak C-450/93, *NJ* 1996, 507) strikte voorwaarden geformuleerd waaraan voorkeursbeleid voor vrouwen bij de toegang tot specifieke functies moet voldoen. Het Hof heeft bepaald dat de voorkeurs-bepaling in artikel 2, vierde lid, van Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid (*PbEG* 1976, L_39) nationale maatregelen toestaat op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, die in het bijzonder vrouwen bevoordelen met het doel hen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen. In hetzelfde arrest bepaalt het Hof echter dat absolute en onvoorwaardelijke voorrang voor vrouwen uitsluitend op grond van hun sekse bij werving en selectie ontoelaatbaar is.

3.9 Het is vaste oordelenlijn van de Commissie dat voorkeursbeleid met betrekking tot andere discriminatiegronden zoveel mogelijk aan dezelfde criteria wordt getoetst. Dat betekent dat voor de toetsing van voorkeursbeleid bij de toegang tot functies, met betrekking tot ras in beginsel wordt aangesloten bij de door het HvJ EG geformuleerde toets voor voorkeursbeleid op grond van geslacht (zie onder meer CGB 31 maart 2004, oordeel 2004-36).

3.10 Het voorgaande betekent dat voorkeurs-

beleid bij de werving en selectie voor specifieke functies aan de volgende voorwaarden moet voldoen: ten eerste dient de achterstand van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod. Op de tweede plaats dient gewaarborgd te zijn dat alle sollicitanten worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten. Tot slot dient het onderscheid in redelijke verhouding te staan tot het doel, dat wil zeggen dat de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.

Eerste criterium: aantoonbare achterstand
3.11 Ter beoordeling van de achterstand die aanleiding was voor het voorkeursbeleid, is van belang dat de cijfers van verweerder omtrent personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep die bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling in dienst zijn, worden gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel in het wervingsgebied van verweerder.

3.12 Uit de door verweerder overgelegde stukken blijkt dat ongeveer 34 procent van de Amsterdamse bevolking en 28,1 procent van de Amsterdamse beroepsbevolking in 2007 allochtoon was in de zin van de door verweerder gehanteerde definitie in het kader van voorkeursbeleid. Op 19 november 2007 was 22,5 procent van de medewerkers bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder allochtoon. Dit percentage fluctueert enigszins: op 30 juni 2007 was 18 procent van de werknemers van allochtone afkomst, op 31 maart 2007 22 procent en op 31 december 2006 20 procent. Uit deze cijfers blijkt dat bij verweerder sprake is van achterstand van personen behorende tot een van de allochtone doelgroepen van het voorkeursbeleid. Daarmee is aan het eerste vereiste voor voorkeursbeleid voldaan.

Tweede criterium: objectieve beoordeling
3.13 Het tweede criterium - waarborgen dat sollicitanten worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten - houdt in dat de geschiktheid van de kandidaten moet worden bepaald aan de hand van objectieve maatstaven die relevant zijn voor de uitoefening van de functie, op basis van een procedure die inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is. Indien een dergelijke beoordeling de balans doet doorslaan in het voordeel van een kandidaat afkomstig uit een groep die geen onderwerp is van voorkeursbeleid, dient geen voorrang te worden verleend aan een kandidaat uit een groep die wel onderwerp is van voorkeursbeleid.

3.14 Zoals eerder gememoreerd (zie 3.4) meent verzoeker dat het voorkeursbeleid van verweerder niet aan deze voorwaarde voldoet, omdat autochtone kandidaten niet dezelfde mogelijkheden hebben om de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder van hun geschiktheid te overtuigen als allochtone kandidaten. Autochtone kandidaten krijgen immers in eerste instantie niet de gelegenheid hun kwalificaties in een gesprek toe te lichten. Verzoeker stelt dat de wijze van selecteren er niet toe leidt dat de beste kandidaat wordt gekozen, maar slechts de beste van de allochtone kandidaten.

3.15 Verweerder erkent dat het beleid van de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling verschilt van een voorkeursbeleid waarbij na één of meer gespreksrondes met zowel autochtone en allochtone kandidaten, uit meerdere, gelijkelijk geschikte kandidaten, de allochtone kandidaat wordt gekozen. Verweerder meent echter dat wel degelijk sprake is van een objectieve beoordeling van kandidaten: de brieven van alle sollicitanten worden immers beoordeeld aan de hand van objectieve maatstaven.

3.16 Verweerder heeft betoogd dat de beoordeling van sollicitanten door de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling als objectief moet worden beschouwd, aangezien alle ongeschikte kandidaten direct worden afgewezen en de uiteindelijke kandidaat op basis van geschiktheid wordt gekozen. Daarom worden ook zeer goed gekwalificeerde autochtone kandidaten op gesprek uitgenodigd. Dit beleid heeft tot resultaat dat ongeveer vijftig procent van de nieuw aangestelde werknemers van autochtone afkomst is. Verweerder meent dan ook dat geenszins kan worden gezegd dat kandidaten van autochtone afkomst volledig worden uitgesloten van de selectieprocedure of dat zij geen kans meer maken op functies bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling.

3.17 De Commissie volgt deze redenering van verweerder niet. Naar haar oordeel leidt de wijze waarop de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling nieuwe werknemers selecteert tot een ongelijke procedure voor autochtone en allochtone kandidaten. Het vereiste dat een objectieve beoordeling van alle kandidaten moet zijn gewaarborgd, ziet niet alleen op het opstellen van functie-eisen waaraan kandidaten moeten voldoen, maar ook op de wijze waarop de geschiktheid wordt vastgesteld. Ook die moet gelijk zijn voor alle kandidaten, ongeacht afkomst. In de door verweerder gehanteerde

procedure krijgen, althans in eerste instantie, uitsluitend (geschikte) allochtone kandidaten de gelegenheid zich in persoon te presenteren en hun geschiktheid nader toe te lichten in een gesprek. Daardoor zijn (geschikte) autochtone kandidaten in het nadeel. Immers, in een sollicitatieprocedure gaat het niet alleen om de wijze waarop iemand zijn of haar motivatie en geschiktheid formuleert in een brief, maar ook om andere geschiktheids-eisen die alleen in een gesprek naar voren kunnen komen. Door alleen uit de groep allochtonen sollicitanten te selecteren die op gesprek mogen komen, heeft deze groep een aanzienlijk grotere kans om aangenomen te worden dan de groep autochtone kandidaten. Dit is niet in overeenstemming met het vereiste dat álle kandidaten op dezelfde wijze moeten worden beoordeeld. Dat uitzonderlijk goed gekwalificeerde autochtone kandidaten wel op gesprek mogen komen maakt dit niet anders, nu in dat geval de lat voor autochtone kandidaten hoger ligt dan voor allochtone kandidaten.

3.18 De Commissie is derhalve van oordeel dat het voorkeursbeleid dat de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder voert, niet voldoet aan het criterium dat alle sollicitanten worden onderworpen aan dezelfde, objectieve beoordeling.

3.19 Verweerder stelt zich echter op het standpunt dat dit tweede criterium niettemin ruimte biedt voor de door hem gevolgde procedure. Verweerder acht in dit verband van belang dat dit criterium is gebaseerd op jurisprudentie van het HvJ EG, met andere woorden is ontwikkeld aan de hand van casuïstiek, en niet voortvloeit uit de wet, zoals de andere twee criteria. Omdat er dus strikt genomen geen algemene regel is gegeven, is er volgens verweerder ruimte om in bijzondere gevallen van het vereiste van een voor iedereen gelijke objectieve beoordeling af te wijken. Daarnaast heeft de jurisprudentie van het HvJ EG waarop dit criterium is gebaseerd betrekking op voorkeursbeleid ten behoeve van vrouwen. Volgens verweerder volgt uit de jurisprudentie niet noodzakelijkerwijs dat deze onverkort op de grond ras kan of moet worden toegepast. Ook de Commissie heeft eerder geoordeeld (CGB 19 april 1999, oordeel 1999-32) dat zich uitzonderingssituaties kunnen voordoen waarin een zwaardere vorm van voorkeursbeleid - zoals het reserveren van posities voor allochtonen - gerechtvaardigd kan zijn, aldus verweerder.

3.20 Naar de mening van verweerder doet zich in het onderhavige geval zo'n bijzondere situatie voor. Er is sprake van een hardnekkige ondervertegenwoordiging van allochtone werknemers. Het aantal allochtone werknemers van verweerder was 22,5 procent in 2001. Eind 2006 was dit aantal nog precies gelijk, ondanks verschillende maatregelen om de diversiteit binnen het personeelsbestand van verweerder te vergroten. Ook bij de dienst waar verzoeker solliciteerde bedroeg het percentage allochtone werknemers eind 2006 (toevallig precies) 22,5 procent. Dit percentage is in 2007 niet omhoog gegaan. Een dergelijke discrepantie tussen de samenstelling van het personeel en de beroeps-bevolking is volgens verweerder niet goed voor de gemeente als geheel, maar zeker niet voor de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling. Juist voor deze dienst is het van belang, in het kader van de effectiviteit van haar werkzaamheden, dat er affiniteit is met de doelgroep en dat er affiniteit is van de doelgroep met de werknemers van de dienst. Dit wordt naar de mening van verweerder onder meer bereikt door ernaar te streven het personeelsbestand een afspiegeling te laten zijn van de beroepsbevolking. Daarnaast is het voor de overheid in zijn algemeenheid van belang mensen bij het maatschappelijk leven te betrekken, iedereen kansen te bieden en uitsluiting van bepaalde groepen te voorkomen.
Aangezien eerdere, minder verstrekkende maatregelen niet effectief zijn gebleken om het percentage allochtone werknemers te vergroten, heeft de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling besloten tot het voeren van het hierboven beschreven beleid. Verweerder meent dat deze methode ertoe leidt dat allochtonen zich, meer dan bij een minder vergaand voorkeursbeleid, werkelijk serieus genomen voelen en weten dat ze echt een kans maken. Verweerder ziet sinds de invoering van dit beleid dan ook een lichte stijging van het aantal sollicitaties van personen van allochtone afkomst.

3.21 De Commissie overweegt hieromtrent als volgt. Het is juist dat het eerste en het derde criterium – aantoonbare achterstand en proportionaliteit – rechtstreeks uit de wet voortvloeien, terwijl het tweede criterium uit de rechtspraak voortvloeit. Dit tweede criterium kan worden beschouwd als een ondergrens van het proportionaliteitsvereiste, dat wil zeggen als een minimumvereiste waaraan voorkeursbeleid moet voldoen wil het beleid als proportioneel kunnen worden aangemerkt. Het is niet uit te sluiten dat er onder omstandigheden wellicht aanleiding kan zijn om te oordelen dat sprake is van een dusdanig uitzonderlijke situatie, dat de strenge toets op basis van de jurisprudentie van het HvJ EG, in verband met het proportionaliteitsvereiste, niet onverkort behoort te worden toegepast. In het onderhavige geval is echter geen sprake van een dergelijke bijzondere situatie.

3.22 Daartoe overweegt de Commissie dat de achterstand van het aantal allochtone werknemers bij verweerder en meer in het bijzonder bij de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling weliswaar hardnekkig is, maar niet zo groot als verweerder suggereert. Het verschil tussen de allochtone beroepsbevolking in Amsterdam (27 procent van de hele beroepsbevolking) en het aantal allochtone werknemers bij deze dienst (22,5 procent) is 4,5 procent, hetgeen naar het oordeel van de Commissie niet van zodanige omvang is dat het uitsluiting van leden van bepaalde etnische groepen kan rechtvaardigen, in dit geval van mensen van Nederlandse afkomst en westerse allochtonen. Ook hetgeen verweerder verder heeft aangevoerd om aan te tonen dat er sprake is van een uitzonderlijke situatie - de positie van de overheid in het algemeen en van deze dienst in het bijzonder, het gebrek aan effect van eerdere maatregelen – is weliswaar niet onjuist, maar niet van een dusdanige ernst dat er sprake is van een uitzonderlijke situatie. Dit klemt temeer nu verweerder niet goed heeft kunnen aangeven waarom eerdere maatregelen in het kader van voorkeursbeleid en positieve actie niet werkten. Daardoor kan niet worden uitgesloten dat die maatregelen wél geschikt kunnen zijn wanneer onzichtbare drempels, zoals bijvoorbeeld vooringenomenheid van leden van sollicitatie-commissies of op de autochtone cultuur gebaseerde vooronderstellingen in assessments en competentietesten, worden geslecht. Voorts heeft verweerder weliswaar gesteld dat werkzoekenden van allochtone afkomst door de huidige advertentietekst eerder zullen solliciteren omdat zij menen een serieuze kans te maken, maar ook dit is niet nader door verweerder onderbouwd.

3.23 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het betoog van verweerder dat in de voorliggende situatie sprake is van een uitzonderlijke situatie, niet overtuigt.

3.24 De Commissie is op grond van het voorgaande van oordeel dat het beleid van de Dienst Maatschappelijke Ontwikkeling van verweerder niet voldoet aan de criteria waaraan voorkeursbeleid moet voldoen. Door dit beleid te hanteren, heeft verweerder dan ook verboden onderscheid gemaakt op grond van ras jegens verzoeker bij de werving en selectie.

3.25 Het voorgaande neemt niet weg dat de Commissie waardering heeft voor het streven van verweerder om bij werving en selectie de achterstand op te heffen van personen van allochtone afkomst en hen een eerlijke kans op werk te bieden. Het is bekend dat het niet eenvoudig is dit streven te realiseren. Echter, bij het formuleren van beleid om dit streven te realiseren, mag het nadelige effect van de voorgenomen maatregelen voor anderen dan de kandidaten uit de groepen voor wie het voorkeursbeleid geldt, niet uit het oog worden verloren. Immers, het voeren van een voorkeursbeleid is een uitzondering op de algemene regel dat afkomst (of elke andere gelijkebehandelings-grond) er niet toe mag doen bij de keuze voor een kandidaat. Met uitzonderingen op deze regel, hoe goed bedoeld ook, moet restrictief en terughoudend worden omgegaan.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat het College van Burgemeester en Wethouders van Gemeente Amsterdam jegens . . . . verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van ras.

5 Aanbeveling

De Commissie beveelt verweerder aan om met het oog op het herformuleren van zijn voorkeursbeleid te onderzoeken waarom eerdere maatregelen niet werkten en te onderzoeken in hoeverre daar oplossingen voor kunnen worden gevonden, waarbij steeds moet worden gezocht naar maatregelen waarmee geen, althans zo min mogelijk, onderscheid naar ras wordt gemaakt.

Aldus gegeven te Utrecht op 7 juli 2008 door mr. M. van den Brink, voorzitter, mr. C.A. Goudsmit en mr. M. Zwamborn, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. M. Graven, secretaris.

Noot van prof. mr. C.A. Groenendijk

1. De bepalingen over positieve actie in door Nederland geratificeerde verdragen (artikel 1, vierde lid, van het VN Verdrag tegen rassendiscriminatie (CERD) en artikel 4 van het VN Vrouwenverdrag CEDAW) en in de betreffende EG richtlijnen (artikel 2, vierde lid, van Richtlijn 76/207/EEG, artikel 3 van Richtlijn 2006/54, artikel 5 van Richtlijn 2000/43/EG en artikel 7, eerste lid, van Richtlijn 2000/87/EG) laten de staten vrij om positieve maatregelen te nemen. Op één na verplichten zij de organen van de betrokken staten niet tot het nemen van dergelijke maatregelen. Alleen artikel 2, tweede lid, CERD schept een dergelijke verplichting. Die bepaling verplicht "verdragsstaten tot het nemen van positieve maatregelen op de terreinen die bijzondere bescherming

genieten, waaronder het terrein van de arbeid". Wel zijn de lidstaten en hun organen, inclusief gemeenten, verplicht om als zij maatregelen nemen binnen de ruimte die genoemde bepalingen laten, het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen. Dat betekent dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van hun ongelijkheid. Dat geldt ook het al dan niet toelaten van voorkeursbeleid. Die verplichting geldt ook voor de Commissie Gelijke Behandeling, als orgaan van de overheid, bij de toepassing en de uitleg van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

2. In bovenstaand oordeel overweegt de Commissie dat het een vaste oordelenlijn van de Commissie is om voorkeursbeleid met betrekking tot andere discriminatiegronden dan geslacht zoveel mogelijk aan dezelfde criteria te toetsen als die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in verband met voorkeursbeleid voor vrouwen bij de toegang tot arbeid en de uitleg van artikel 2, vierde lid, van Richtlijn 76/207/EEG. Ook bij voorkeursbeleid bij de toegang tot arbeid met betrekking tot ras sluit de Commissie "in beginsel" aan bij de rechtspraak van het Hof betreffende voorkeursbeleid voor vrouwen; zie punt 3.8 en 3.9 van dat oordeel. De Commissie behandelt die twee situaties impliciet als gelijke gevallen. Die keuze wordt in dat oordeel en ook in het eerdere oordeel waarnaar de Commissie verwijst (oordeel 2004-36) niet gemotiveerd. Dat gebeurt wel in het tussenoordeel 2008-134, waarop ik hierna terugkom.

3. Met een beroep op het arrest Kalanke (*NJ* 1996, 507) legt de Commissie bij de beoordeling van voorkeursbeleid bij werving en selectie drie criteria aan: er moet sprake zijn van aantoonbare achterstand, er moet een objectieve beoordeling plaatsvinden en het middel moet proportioneel zijn. Het eerste en derde criterium volgen uit artikel 2, derde lid, AWGB. De invulling van het tweede criterium maakt de kern van bovenstaand oordeel uit. In punt 3.13 overweegt de Commissie dat een objectieve beoordeling vereist dat de geschiktheid van alle kandidaten moet worden beoordeeld "aan de hand van objectieve maatstaven die relevant zijn voor de uitoefening van de functie, op basis van een procedure die inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is". De gemeente stelde dat haar procedure aan die eisen voldeed nu alle brieven werden beoordeeld aan de hand van objectieve maatstaven. Het voorkeursbeleid bestond daarin dat van de allochtone kandidaten alle geschikte kandidaten voor een gesprek worden geselecteerd, terwijl van de autochtone sollicitanten alleen de uitzonderlijk goed gekwalificeerden worden uitgenodigd voor een gesprek. De Commissie acht dit niet toelaatbaar. In punt 3.17 voegt zij aan de eerder genoemde eisen ook nog toe dat de procedure voor alle kandidaten gelijk moet zijn. De lat mag voor autochtone kandidaten niet hoger liggen dan voor allochtone kandidaten. De Commissie leidt die eis af uit het proportionaliteitsvereiste dat in haar ogen deze procedurele benedengrens stelt (punt 3.21). Afwijking is alleen in "uitzonderlijke situaties" toegestaan. Daarvan is volgens de Commissie in dit geval geen sprake omdat de achterstand van het aantal allochtone werknemers bij de gemeente en bij de betrokken dienst niet zodanig groot is dat het "uitsluiting van leden van bepaalde etnische groepen kan rechtvaardigen" en omdat de gemeente niet had kunnen aangeven waarom eerdere maatregelen van voorkeursbeleid en positieve actie niet het beoogde effect hadden gehad (punt 3.22). Met "uitsluiting" doelt de Commissie waarschijnlijk op uitsluiting uit een bepaalde fase van de selectieprocedure. De gemeente voerde aan dat de gehanteerde procedure er toe had geleid dat ongeveer de helft van de nieuw aangestelde werknemers van autochtone afkomst was. Zij waren dus als groep allerminst uitgesloten. Voor het standpunt van de Commissie dat een werkgever eerst minder ingrijpende maatregelen moet nemen valt veel te zeggen. De eis dat de gemeente eerst nagaat of de gehanteerde tests niet *culturally biased* zijn lijkt me redelijk. Maar de door de Commissie in punt 3.22 genoemde eis dat eerst moet worden aangetoond dat de leden van sollicitatiecommissies niet vooringenomen zijn, acht ik niet redelijk. Hoe is dat aan te tonen? Is het genoeg als er tenminste één lid van de sollicitatiecommissie zelf uit de betrokken groep afkomstig is?
De uitkomst van deze redenering van de Commissie is dat alleen lichte varianten van voorkeursbeleid zijn toegelaten, zoals het aanmoedigen van leden uit de doelgroep om te solliciteren, het aanbieden van extra scholing aan leden van de doelgroep, of bij gelijke geschiktheid benoemen van een persoon uit de doelgroep. Andere varianten, zoals alle geschikte kandidaten uit de doelgroep voorrang geven boven andere kandidaten, die mogelijk iets beter gekwalificeerd zijn, het hanteren van quota, of het reserveren van functies voor gekwalificeerde kandidaten uit de doelgroep, zijn volgens de Commissie alleen in uitzonderlijke omstandigheden toegestaan.

4. Overigens is de lijn van de Commissie om voorkeursbeleid op grond van ras en van geslacht op dezelfde wijze te beoordelen minder vast dan bovenstaand oordeel suggereert. Voor 1999 werden bij voorkeursbeleid in verband met ras en met geslacht dezelfde criteria

aangelegd. In 1999 is de Commissie in twee oordelen van die lijn afgeweken. Op grond van "de juridische en maatschappelijke context waarbinnen de voorkeursbehandeling plaatsvindt" werd de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid voor etnische of culturele minderheden anders beoordeeld. Als argumenten daarvoor werden de Wet Samen (*Stb.* 1994, 423) en de artikel 1, vierde lid, en artikel 2, tweede lid, CERD genoemd. De Wet Samen werd als een uitwerking van die verdragsverplichting gezien en de voorkeursbehandeling als een in CERD bedoelde positieve maatregel; oordeel 1999-31 punt 4.3-4.6 en oordeel 1999-32 punt 4.4-4.7. Zie uitvoerig en instemmend over deze nieuwe lijn A.G. Veltman, Juridische toetsing van voorkeursbehandeling bij werving en selectie, Actuele Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen, in: T. Loenen (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 1999*, Deventer: Kluwer 2000, p. 89-104.

5. In 2004 kwam de Commissie weer terug op haar lijn van voor 1999. De terugkeer naar de oude lijn werd als volgt gemotiveerd: "De noodzaak aan een verschillende beoordeling van voorkeursbeleid voor vrouwen en personen die afkomstig zijn uit etnische en/of culturele minderheidsgroepen doet zich in dit geval niet voor. In het voorgestelde voorkeursbeleid kunnen immers de doelstellingen worden getoetst en bijgesteld aan de hand van statistische gegevens. Daarbij wordt de instroom van mannen noch die van kandidaten van autochtone afkomst geblokkeerd. Tenslotte gaat het hier niet om een incidentele voorkeursbehandeling, maar om een langjarig en breed voorkeursbeleid. De Commissie is derhalve van oordeel dat ook het voorkeursbeleid voor allochtonen aan de hiervoor in 4.5 genoemde criteria dient te voldoen" (oordeel 2004-36, punt 4.6).
De motivering was beperkt tot dit geval. Maar in de praktijk verwijst de Commissie in volgende oordelen telkens naar dit oordeel uit 2004 (zie oordeel 2006-61, oordeel 2007-55 en oordeel 2008-81). In oordeel 2006-61 wordt nog wel verwezen naar het CERD, maar daaraan worden geen consequenties verbonden; zie punt 3.24.
In oordeel 2007-55 wordt overwogen: "Het is vaste oordelenlijn van de Commissie dat voor de beoordeling van een voorkeursbeleid gericht op etnische minderheden wordt aangesloten bij de in de jurisprudentie van het Hof van justitie EG ontwikkelde toets, die dient te worden gehanteerd bij een voorkeursbeleid voor vrouwen waar het gaat om de toegang tot arbeid en/of promotie" (punt 3.4).
6. In het oordeel van 2004 waarbij de Commissie weer terugkeert naar haar oude lijn, worden voor die omslag twee argumenten genoemd: de aanwezigheid van statistische gegevens en dat het gaat om "een langjarig en breed voorkeursbeleid". Het valt op dat de Commissie het argument van de aanwezigheid van statistische gegevens gebruikte drie maanden nadat de Wet Samen buiten werking was getreden. Daardoor verviel per 1 januari 2004 de verplichting voor werkgevers om de betreffende gegevens te verzamelen en publiceren. Bovendien werd de verplichting van Nederland op grond van het CERD tot het nemen van positieve maatregelen, een van de twee argumenten in het oordeel van 1999, door de Commissie in het oordeel van 2004 zelfs niet genoemd. Mijn indruk is dat het oordeel van 2004 moet worden gezien in licht van het destijds heersende politieke klimaat jegens immigranten, dat onder meer tot niet-verlenging van de Wet Samen leidde.

7. In haar oordeel 2008-143 noemt de Commissie voor het eerst twee argumenten voor de toepassing van de criteria voor het toestaan van voorkeursbeleid voor vrouwen, die het heeft afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, ook bij voorkeursbeleid in verband met ras of etnische herkomst: de wenselijkheid van uniforme regelgeving voor verschillende gronden en "de verwachting dat ook het Hof van Justitie de verschillende gronden zoveel mogelijk langs dezelfde lijnen zal beoordelen" (punt 3.8).
Waarop die laatste verwachting is gebaseerd maakt de Commissie niet duidelijk. Het Hof heeft zich tot nu toe alleen over voorkeursbeleid voor vrouwen uitgesproken. Over de EG Richtlijn tegen rassendiscriminatie 2000/43 heeft het Hof één arrest gewezen, maar dat ging over de bewijs van en sancties tegen rassendiscriminatie bij de werving (arrest Feryn, 10 juli 2008, C-54/07). Dat arrest werd gewezen in een zaak die door het Centrum voor gelijkheid van kansen en racismebestrijding, een Belgische zusterorganisaties van de Commissie Gelijke Behandeling, bij de nationale rechter was aangespannen. Een argument voor gelijke aanpak is dat er geen duidelijke verschillen zijn tussen de eerdergenoemde bepalingen over voorkeursbeleid in de drie relevante EG richtlijnen (2000/43, 2000/87 en 2006/54). Uniforme regelgeving heeft allerlei voordelen, zoals minder complexiteit, gemakkelijker kenbaar voor de betrokkenen en eenvoud in de toepassing.
De vraag is echter of uniformiteit ook wenselijk en gerechtvaardigd is als de feitelijke situaties waarop die uniforme regels worden toegepast wezenlijk verschillen. Daarnaast is het de vraag of die uniforme aanpak in overeenstemming is met de verplichtingen van Nederland en de andere EU lidstaten onder het EVRM

en het CERD. Over die twee vragen, "de juridische en maatschappelijke context waarbinnen de voorkeursbehandeling plaatsvindt", zoals de Commissie het in haar oordeel van 1999 noemde, gaat de rest van deze noot.

8. Geslacht en ras zijn beide aangeboren kenmerken, die alleen door aantasting van de fysieke integriteit van de individuen en dan nog maar gedeeltelijk ongedaan gemaakt kunnen worden. In beide gevallen draagt de persoon, anders dan bijvoorbeeld bij leeftijd, die immers voordurend verandert, dit zichtbare kenmerk zijn hele leven mee. Op die punten is er geen verschil.
De sociale positie van de vrouwen en etnische groepen in Nederland verschilt echter aanmerkelijk. Vrouwen vormen iets meer dan de helft van de bevolking. Zij zijn gelijk verdeeld over alle lagen van de bevolking. De voornaamste etnische groepen in Nederland zijn immigrantengroepen. Dat betekent dat zij getalsmatig klein zijn, overwegend in lage sociale posities verkeren en vaak eerst sinds een of enkele generaties in Nederland wonen. Dit leidt tot een aanmerkelijk verschil in maatschappelijke positie, in gemiddeld opleidingsniveau en in politieke invloed van beide groepen. De werkloosheid onder migrantengroepen in Nederland is twee tot drie keer zo hoog als onder de hele beroepsbevolking. Immigranten die het CBS aanduidt als "niet-westerse allochtonen" moesten in 2006 vier keer zo vaak als autochtonen rondkomen van een inkomen dat onder de lage-inkomensgrens lag in alle drie de varianten van die grens die werden gehanteerd (F. Otten e.a., Armoedemonitor 2008, CBS/SCP 2008, p. 28). De positie van vrouwen op de arbeidsmarkt is nog steeds slechter dan die van mannen, zowel op het punt van beloning als wat betreft de toegang tot hogere functies. Die verschillen zijn echter van een andere orde dan de verschillen tussen immigranten en autochtonen. Bij immigranten zijn de belemmeringen voor de toegang tot arbeid niet alleen veel groter, maar zijn die belemmeringen niet beperkt tot hogere functies maar doen zich voor op alle functieniveaus.

9. Wat betreft de juridische context zagen we al dat de bepalingen die ruimte bieden voor voorkeursbeleid in het gemeenschapsrecht voor wat betreft de gronden geslacht en ras praktisch gelijk zijn. De verschillen doen zich echter voor op internationaal niveau. Ten eerste noemen de artikelen 1, vierde lid, CERD en 4 CEDAW weliswaar op veel punten dezelfde criteria waaraan voorkeursbehandeling moet voldoen, maar de tijdelijkheid krijgt in artikel 4 CEDAW meer nadruk. Artikel 1, vierde lid, CERD laat de verdragsstaten op dat punt meer ruimte: de maatregelen mogen alleen niet tot (permanente) groepsrechten leiden.
Ten tweede kent het CEDAW geen met artikel 2, tweede lid, CERD vergelijkbare verplichting tot het nemen van positieve maatregelen. De verplichtingen op grond van het CERD gaan duidelijk verder dan die onder CEDAW. Het is geen toeval dat de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname van allochtonen (WBEAA) en de Wet Samen alleen voor personen uit immigrantengroepen golden en dat er nooit een overeenkomstige wetgeving voor vrouwen is geweest. Het CERD legt minder nadruk op tijdelijkheid van voorkeursbeleid. Dat verdrag laat duidelijk ruimte voor langjarige en brede maatregelen. De gedachte dat het CEDAW uit 1979 als later verdrag de uitdrukking is van voortschrijdend inzicht en dus impliciet als een correctie van de bepalingen over positieve maatregelen in het CERD uit 1965 moet worden gezien, is niet goed houdbaar. Het gaat om verschillende verdragen over verschillende onderwerpen. Een later verdrag kan niet een eerder verdrag tussen andere staten stilzwijgend amenderen.
In de derde plaats zijn er ook in de Straatsburgse rechtspraak aanwijzingen dat discriminatie op grond van ras door het Hof anders wordt behandeld dan discriminatie op grond van geslacht.

10. In de rechtspraak van het EHRM over artikel 14 EVRM is uitgemaakt dat verschillen in behandeling van vrouwen en mannen in de socialeverzekeringswetgeving alleen door 'compelling reasons' kunnen worden gerechtvaardigd: "any such measure, in principle, applies even-handedly to both men and women unless compelling reasons have been adduced to justify a difference in treatment" (arrest Van Raalte, EHRM 21 februari 1997, *NJ* 1997, 580 en *NJCM Bulletin* 1997, p. 475 § 42). Voor de rechtvaardiging van een onderscheid in de socialezekerheidswetgeving uitsluitend op grond van nationaliteit vereist het Hof "very weighty reasons" (arrest Gaygusuz, EHRM 16 september 1996, *NJ* 1998, 738, *RV* 1996, 87 en *NJCM-Bulletin* 1997, p. 496-474). Dezelfde terminologie "very weighty reasons" gebruikte het Hof al eerder bij onderscheid naar geslacht in de immigratiewetgeving (arrest Abdulaziz, EHRM 28 mei 1985, *NJ* 1988, 187 en *RV* 1985, 105 §78) en bij onderscheid op grond van geboorte buiten huwelijk (arrest Inze, EHRM 27 oktober 1987, *NJ* 1989, 661 en *NJCM Bulletin* 1988, p. 242 § 41). Bijna altijd voegt het Hof aan deze passages toe dat de 'margin of appreciation' van de verdragsstaten "will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background". Het lijkt er op dat het Hof aan de rechtvaardiging van

onderscheid naar geslacht en naar nationaliteit ruwweg dezelfde eisen stelt.
Uit een drietal recente arresten over onderscheid naar ras maak ik op dat het Hof aan de rechtvaardiging van onderscheid naar ras hogere eisen stelt. In de arresten Nachova/Bulgarije (2005), Timishev/Rusland (2005) en D.H./Tsjechië (2007) komt telkens een passage voor waarin het Hof sterke nadruk legt op de ernst van rassendiscriminatie door de overheid in een democratische samenleving:
"Discrimination on account of, inter alia, a person's ethnic origin is a form of racial discrimination. Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment (Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 145; and Timishev v. Russia, nos. 55762/00 and 55974/00, § 56). The Court has also held that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures (Timishev, cited above, § 58)" (EHRM 13 november 2007, *D.H./Tsjechië*, *NJ* 2008/380 m.nt. Alkema).
Dit wijst er op dat het Hof onderscheid naar ras als bijzonder ernstig aanmerkt. Daaruit volgt dat onderscheid naar geslacht en naar ras niet zonder meer als soortgelijke situaties kunnen worden aangemerkt. Overigens werd discriminatie op grond van ras al vroeg in de rechtspraak over het EVRM als een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM is aangemerkt (*Yearbook of the European Convention on Human Rights* XIII (1970), p. 928 (994)).
Het arrest Nachova betrof racistisch gemotiveerd geweld van gemeentelijke autoriteiten dat leidde tot de dood van twee mensen. De zaak Timishev betrof de opdracht van de Russische overheid aan politie en militaire wachtposten om personen van Tsjetsjeense herkomst aan een binnenlandse grens tegen te houden. De zaak D.H. betrof de sterke oververtegenwoordiging van Roma kinderen in het bijzonder onderwijs in Tsjechië. Die zaken maken duidelijk dat het Hof niet alleen het oog heeft op in wetgeving neergelegde vormen van racisme of segregatie, maar ook op vormen van discriminatie op grond van ras die ook in de wat oudere lidstaten van de EU voorkomen. Denk aan de Britse immigratieambtenaren die in de jaren negentig de opdracht kregen om op de luchthaven van Praag te verhinderen dat Tsjechische Roma aan boord van vluchten naar Londen konden komen (House of Lords 9 december 2004 [2004] *UKHL* 55 Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others) of aan de zogenaamde 100% controles op Schiphol op passagiers van vluchten uit Suriname en Curaçao. Mijn eigen ervaring met die controle was dat mijn reisgenoot, eveneens een mannelijke Nederlandse jurist op leeftijd, wel werd gecontroleerd en ik niet. De enige aanleiding voor dat verschil in behandeling dat wij zagen, was dat hij een zwarte en ik een witte huid had. De Commissie sprak zich tot nu toe alleen uit over preflightcontroles op Schiphol bij vluchten naar Curaçao, zie oordeel 2003-153.
Overigens heeft het EHRM zich, voor zover ik kan overzien, nog niet uitgelaten over de voorwaarden voor toelaatbaarheid van voorkeursbeleid op grond van ras of geslacht. Wel heeft het Hof zich al in 1968 uitgesproken over de toelaatbaarheid van maatregelen om feitelijke ongelijkheid tussen taalgroepen ongedaan te maken (Belgische taalzaken 23 juli 1968, Series A-6 § 10). Het Hof overwoog toen in verband met artikel 14 EVRM dat "indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article". In § 175 van het arrest D.H./Tsjechië verwijst het Hof naar dat vroege arrest.

11. De zeer strenge eisen die het Hof stelt aan de rechtvaardiging van onderscheid op grond van ras kunnen ook gebruikt worden als argument om hoge eisen te stellen aan voorkeursbeleid op grond van ras. Of dat in alle gevallen een doorslaggevend argument zal zijn, waag ik te betwijfelen. Waar het mij hier om gaat is dat het CERD en de Straatsburgse rechtspraak er aan in de weg staan om situaties van discriminatie op grond van geslacht en van ras en positieve maatregelen ter wegneming of vermindering van die vormen van discriminatie als gelijke situaties te behandelen. Het verschil tussen die gronden kan juist aanleiding zijn om varianten van voorkeursbeleid bij de ene discriminatiegrond als regel wel gerechtvaardigd te achten, terwijl die varianten bij de andere grond alleen onder uitzonderlijke omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In zijn noot onder D.H./Tsjechië waarschuwt Alkema terecht voor de hang naar uniforme toetsingsmodellen voor discriminatie. Onderscheid op grond van geslacht en onderscheid op grond van ras zijn maatschappelijk en juridisch geen gelijke gevallen. Voorkeursbehandeling op die twee gronden dient niet gelijk te worden behandeld.

2008-91

Docent NT2

Noot: prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerster jegens haar onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking door haar af te wijzen voor de functie van docent Nederlands als Tweede Taal (hierna: docent NT2).

1.2 Tevens heeft verzoekster bij het voornoemde verzoekschrift aan de Commissie gevraagd om te beoordelen of het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente 's-Gravenhage, hierna: de opdrachtgever, jegens haar onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

1.3 Verzoekster heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd bij brief van 26 februari 2008.

1.4 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd bij brief van 29 februari 2008.

1.5 Op de zitting van 27 maart 2008 hebben partijen hun standpunten mondeling toegelicht.

1.6 De Commissie heeft de verzoeken gevoegd behandeld. In de zaak tegen de opdrachtgever heeft de Commissie op 15 juli 2008 een oordeel uitgesproken, onder nummer 2008-92.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is docent NT2 en moslim.

2.2 Verweerster is een onderwijsinstelling die onder meer docenten detacheert bij opdrachtgevers.

2.3 Verzoekster heeft op 20 oktober 2007 een e-mail gestuurd naar verweerster om te solliciteren naar de functie van docent NT2, welke vacature zij op het internet had gezien. Het betrof een vacature bij verweerster voor 32 uur per week voor de duur van zes weken, vanaf half november 2007, waarbij de kandidaat zou worden gedetacheerd bij Startbaan Zakelijke Dienstverlening.

2.4 Startbaan Zakelijke Dienstverlening is een onderdeel van de Dienst Sociale Zaken en Werkgelegenheidsprojecten van de opdrachtgever en draagt zorg voor de re-integratietrajecten van langdurig werklozen in die gemeente. Het onderdeel Zakelijke Dienstverlening is vooral gericht op werk in de detailhandel, administratieve werkzaamheden (vooral receptiewerkzaamheden) en beveiliging.

2.5 Verweerster en haar rechtsvoorganger hebben de afgelopen drie jaren, tot januari 2008, docenten NT2 gedetacheerd bij de opdrachtgever. Deze docenten NT2 treden in dienst van verweerster. Afgesproken is dat alle docenten die worden voorgedragen voor detachering, de goedkeuring behoeven van de opdrachtgever.
2.6 De opdrachtgever rekent het tot zijn taak om langdurig werkloze anderstaligen te begeleiden naar betaald werk, in dit geval voor de zakelijke dienstverlening.
In het kader van die begeleiding verzorgen docenten NT2 aan groepen langdurig werkloze anderstaligen onderwijs in de Nederlandse taal en een sollicitatietraining, gedurende een periode variërend van zes maanden tot twee jaar. In deze groepen zitten doorgaans ook cursisten die religieuze kleding dragen. De opdrachtgever draagt docenten NT2 op om in de sollicitatietraining cursisten aan te moedigen zich netjes en neutraal te kleden om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Docenten NT2 moeten cursisten die religieuze kleding dragen, aanmoedigen deze niet op een 'orthodoxe' wijze te dragen. Cursisten die een hoofddoek dragen moeten door de docent NT2 worden aangemoedigd deze op een 'moderne' wijze te dragen, bijvoorbeeld in een knot naar achteren.

2.7 Verzoekster heeft op 5 november 2007 een sollicitatiegesprek gevoerd met . . . . projectleider bij verweerster, hierna: de projectleider, voor de functie van docent NT2. Direct na het sollicitatiegesprek heeft de projectleider twee medewerkers van de opdrachtgever uitgenodigd om met verzoekster in gesprek te gaan. Zij hebben eveneens een sollicitatiegesprek met verzoekster gevoerd.

2.8 Na overleg tussen de twee medewerkers van de opdrachtgever en de projectleider van verweerster, heeft de projectleider verzoekster meegedeeld dat de opdrachtgever haar niet geschikt achtte voor de functie, omdat verzoekster cursisten niet wilde aanmoedigen zich neutraal te kleden, dan wel zich gematigder te kleden wat betreft religieuze kleding.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoekster onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking door haar af te wijzen voor de functie van docent NT2.

3.2 In artikel 5, eerste lid, onderdeel a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is bepaald dat onderscheid op grond van godsdienst is verboden bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.
Artikel 1 AWGB bepaalt onder meer dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt begrepen. Onder direct onderscheid wordt verstaan onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar één van de in de AWGB genoemde discriminatiegronden.
Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van een ander criterium dan de door de AWGB beschermde gronden, dat direct onderscheid tot gevolg heeft.

3.3 De Commissie stelt vast dat verweerster de formele werkgever van de docent NT2 zou worden en dat de docent vervolgens zou worden gedetacheerd bij de opdrachtgever.

3.4 Verweerster heeft erkend dat zij zich heeft geconformeerd aan de beslissing en de hiervoor gegeven reden van de opdrachtgever om verzoekster af te wijzen voor de functie van docent NT2. De reden van afwijzing is door verweerster meegedeeld aan verzoekster. Verweerster heeft (deels) samen met de opdrachtgever het sollicitatiegesprek met verzoekster gevoerd. Zij heeft bij de beraadslaging de door de opdrachtgever gegeven reden om verzoekster af te wijzen tot de hare gemaakt.

Geloofsuiting?
3.5 Om te kunnen beoordelen of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst, wordt eerst nagegaan of verzoekster met haar handelwijze uitdrukking geeft aan haar geloofsovertuiging.

3.6 Het begrip godsdienst dient overeenkomstig het door de Grondwet en mensenrechtenverdragen gewaarborgde recht op vrijheid van godsdienst ruim te worden uitgelegd en omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich er naar kunnen gedragen (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 5, p.39-40; vergelijk *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr.3, p. 29). Deze handelings- of uitingsvrijheid stelt betrokkenen in staat hun levens volgens de voor hen geldende godsdienstige voorschriften en regels in te richten en hieraan ook anderszins gestalte te geven in hun leefsituatie en omgeving. Het is niet aan de Commissie om te bepalen wat een uiting is van godsdienst (vergelijk CGB 15 april 2008, oordeel 2008-40). Wel kan de Commissie toetsen of is voldaan aan het vereiste dat het om méér gaat dan een individuele, subjectieve opvatting over wat kan worden beschouwd als geloofsuiting van leden van een geloofsgemeenschap of een bepaalde richting daarbinnen (vergelijk CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22).

3.7 Vertrekpunt is of iemand een bepaalde uiting zelf beschouwt als een religieus voorschrift, ook als daarover in de geloofsgemeenschap verschillend wordt gedacht. In geval van uitingen die niet rechtstreeks zijn gerelateerd aan de godsdienstbeleving, en ook als er naar objectieve maatstaven anderszins twijfels zijn of er sprake is van een geloofsuiting, is het aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat het gaat om méér dan een individuele opvatting over godsdienstige voorschriften.

3.8 Zo is als godsdienstige uiting aangemerkt het spreken over een religie en het uitdelen van folders over deze religie (CGB 16 augustus 2007, oordeel 2007-153). Dit geldt ook voor het meerdere malen per dag bidden (CGB 10 mei 2004, oordeel 2004-49) en de weigering alcohol te schenken in een verzorgingscentrum (CGB 29 november 2000, oordeel 2000-75). In dezelfde lijn heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat van een moslim niet kan worden verwacht dat zij loten verkoopt voor een loterij, nu van algemene bekendheid is dat het voor moslims niet is toegestaan om te gokken (Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 24 mei 2007, *AB* 2007, 306 (m.nt. L.C. Groen en B.P. Vermeulen)).

3.9 Verzoekster is moslim en heeft aangevoerd dat haar geloofsovertuiging haar belet om cursisten aan te moedigen zich minder 'orthodox' te kleden en hun hoofddoek op een 'modernere' wijze te dragen. Verzoekster benadrukt het belang van een ieder zich volgens de regels van de islam te kunnen kleden en door middel van kleding uitdrukking te kunnen geven aan zijn of haar geloof. Zo draagt verzoekster zelf als uiting van haar geloof een hoofddoek die ook de hals bedekt. Verzoekster wil cursisten aanmoedigen hun draai in de maatschappij te vinden met behoud van hun (religieuze) identiteit.

3.10 Verzoekster motiveert cursisten om op werkinhoudelijke terreinen uit te blinken. Zij erkent dat een 'orthodoxe' uitstraling (bijvoor-

beeld het dragen van een hoofddoek die ook de hals bedekt, zoals verzoekster) de kansen op de arbeidsmarkt kan verkleinen. Verzoekster benadrukt dat voor zover sprake is van minder kansen op de arbeidsmarkt ten gevolge van een 'orthodoxe' uitstraling, dit het gevolg is van discriminatie. Het aanmoedigen van cursisten om neutrale kleding te dragen, dan wel om hun religieuze kleding niet op 'orthodoxe' wijze te dragen, speelt in op discriminatoire bejegening vanwege kleding waarmee uitdrukking wordt gegeven aan het geloof. De buitenwereld moet daarentegen worden aangemoedigd de religieuze kledingkeuze van de cursisten te respecteren, aldus verzoekster, omdat een ieder door middel van zijn of haar kleding uitdrukking moet kunnen geven aan zijn of haar geloofsovertuiging.

3.11 De Commissie constateert dat bij verzoekster godsdienstige en maatschappelijke overwegingen meespelen bij haar weigering om cursisten aan te moedigen zich minder 'orthodox' te kleden. Evenals het geval kan zijn bij culturele overwegingen, gaat het hierbij om motieven die elkaar niet uitsluiten en elkaar zelfs kunnen versterken. Dit is in ieder geval geen reden om thans aan te nemen dat voormelde weigering van verzoekster hoofdzakelijk, of zelfs uitsluitend, is gebaseerd op haar overtuiging dat niet moet worden ingespeeld op discriminatoire motieven.

3.12 Verzoekster benadrukt niettemin dat het haar geloofsovertuiging is, die haar belet om cursisten aan te moedigen zich minder 'orthodox' te kleden en hun hoofddoek op een 'modernere' wijze te dragen. De weigering van verzoekster om iets te verkondigen dat zij ervaart als strijdig met haar geloof, ligt in het verlengde van het spreken over de eigen geloofsopvattingen. Zo ligt ook de weigering vanwege het geloof een handeling te verrichten, zoals de weigering alcohol te schenken, in het verlengde van het verrichten van handelingen op grond van het geloof, zoals het meerdere malen per dag bidden. Zoals in 3.8 is overwogen zijn zowel het spreken over de eigen religie, de weigering om alcohol te schenken als het bidden aangemerkt als uitingen van een religieuze overtuiging.

3.13 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen kan verzoeksters weigering om cursisten die religieuze kleding dragen aan te moedigen zich minder 'orthodox' te kleden en hun hoofddoek op een 'modernere' wijze te dragen, worden aangemerkt als uitdrukking van haar geloofsovertuiging.

Onderscheid op grond van godsdienst?

3.14 Het is in beginsel aan verweerster en aan de opdrachtgever om eisen te stellen waaraan docenten NT2 moeten voldoen. Deze vrijheid is echter begrensd door de gelijke behandelingswetgeving. In CGB 2 december 2004, oordeel 2004-154, heeft de Commissie geoordeeld dat zelfs als uitsluitend sprake zou zijn van een instructienorm, de gehanteerde norm niet tot een verboden onderscheid mag leiden. De gelijkebehandelingswetgeving beoogt de werknemer immers te beschermen tegen discriminerende voorschriften, regels of instructies van de werkgever die hem direct in zijn belang raken. Gelet hierop kan het voorschrift van verweerster om cursisten aan te moedigen hun religieuze kleding niet op 'orthodoxe' wijze te dragen, worden getoetst aan de gelijke behandelingswetgeving.

3.15 Het voorschrift om cursisten aan te moedigen neutrale kleding te dragen, dan wel hun religieuze kleding niet op 'orthodoxe' wijze te dragen, zoals de hoofddoek in een knot naar achteren, geldt voor alle docenten NT2, ongeacht hun godsdienst. Derhalve is geen sprake van direct onderscheid op grond van godsdienst. Dit voorschrift is met name bezwaarlijk voor docenten die moslim zijn en die het als strijdig met hun geloof ervaren om cursisten die vanwege hun (moslim)geloof bepaalde kleding en/of een hoofddoek dragen aan te moedigen zich neutraler te kleden. Gelet hierop is sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst.

Objectieve rechtvaardigingstoets

3.16 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid

geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

Legitimiteit van het doel
3.17 Allereerst is de vraag aan de orde of het doel dat verweerster nastreeft met het hanteren van het vereiste dat docenten NT2 de cursisten in de sollicitatietraining aanmoedigen zich neutraal te kleden, dan wel hun religieuze kleding niet op een 'orthodoxe' wijze te dragen (bijvoorbeeld de hoofddoek in een knot naar achteren), legitiem is.

3.18 Verweerster heeft aangevoerd dat het doel van dit vereiste is het vergroten van de kansen op de arbeidsmarkt (meer specifiek de zakelijke dienstverlening) van langdurig werkloze anderstaligen. Verweerster heeft toegelicht dat de anderstalige cursisten doorgaans slecht zijn opgeleid. Ook met de door de opdrachtgever gegeven opleiding gedurende een periode van zes maanden tot twee jaar zullen zij niet het niveau bereiken van het gros van de kandidaten op de arbeidsmarkt. Daarom is het te meer van belang dat hun kleding geen struikelblok vormt in de zoektocht naar werk.
De Commissie is van oordeel dat dit doel voorziet in een werkelijke behoefte en tevens niet discriminerend is. Het doel is derhalve legitiem.

Geschiktheid middel
3.19 Vervolgens is de vraag aan de orde of het middel - het hanteren van het vereiste dat docenten NT2 de cursisten in de sollicitatietraining aanmoedigen zich neutraal te kleden, dan wel hun religieuze kleding niet op een 'orthodoxe' wijze te dragen (bijvoorbeeld de hoofddoek in een knot naar achteren) – geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, te weten het vergroten van de kansen van de cursisten op de arbeidsmarkt.
Verweerster voert aan dat het de ervaring is van de stagebegeleider van de opdracht-gever dat door het dragen van neutrale kleding of door het dragen van religieuze kleding op 'moderne' wijze, de kans op het vinden van werk groter is dan door het dragen van religieuze kleding op 'orthodoxe' wijze. Verweerster verwijst voorts naar de uitlatingen van verzoekster ter zitting dat een 'orthodoxe' uitstraling (bijvoorbeeld het dragen van een hoofddoek die ook de hals bedekt) de kansen op de arbeidsmarkt verkleint.
Mede gelet hierop is de Commissie van oordeel dan het voormelde vereiste kan bijdragen aan het vergroten van de kansen van de cursisten op de arbeidsmarkt. Het middel is derhalve geschikt.

Noodzakelijkheid middel
3.20 Vervolgens is de vraag aan de orde of het middel noodzakelijk is. Daarvoor is van belang of er een alternatief is voor het vereiste om cursisten aan te moedigen zich neutraal te kleden, dan wel hun religieuze kleding niet op een 'orthodoxe' wijze te dragen, dat niet of minder onderscheidmakend is (subsidiariteit) èn of voldaan is aan het vereiste dat het middel in evenredige verhouding staat tot het doel dat verweerster ermee nastreeft (proportionaliteit).

3.21 Verzoekster heeft aangevoerd dat de kansen van langdurig werkloze anderstaligen op de arbeidsmarkt ook op andere manieren kunnen worden vergroot, waardoor geen onderscheid op grond van godsdienst wordt gemaakt. Vaak speelt een gebrek aan werkervaring de cursisten parten. Door het laten opdoen van werkervaring door middel van stages, kunnen de kansen op de arbeidsmarkt worden vergroot, aldus verzoekster. Dit geldt ook voor specifieke op de werksituatie toegespitste taaltraining. Of het aanmoedigen van cursisten om op andere terreinen uit te blinken, bijvoorbeeld door enthousiasme. Verzoekster heeft zich bereid getoond om de cursisten voor te houden wat de mogelijke effecten zijn van bepaalde (religieuze) kledingkeuzen op hun kansen op de arbeidsmarkt. Haar geloofsovertuiging belet haar echter om een stapje verder te gaan en om cursisten aan te moedigen zich niet religieus of minder 'orthodox' te kleden en/of hun hoofddoek 'moderner' te dragen, zoals verweerster vereist.

3.22 Verweerster heeft het bovenstaande niet gemotiveerd weersproken en heeft niet toegelicht waarom zij van mening is dat niet kon worden volstaan met het voorhouden aan cursisten van de effecten van bepaalde (religieuze) kledingkeuzes op hun kansen op de arbeidsmarkt, zoals voorgesteld door verzoekster. Dit klemt te meer nu onweer-sproken is dat verzoekster als ervaren NT2 docent aan de overige functievereisten voldeed en het slechts ging om een waarneming voor de duur van zes weken, terwijl de totale begeleidingsduur van de cursisten zes maanden tot twee jaar bedraagt.

3.23 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat verweerster de noodzakelijkheid van het middel onvoldoende heeft onderbouwd en dat er alternatieven zijn voor het vereiste om langdurig werkloze anderstaligen *aan te moedigen* zich neutraal te kleden, dan wel hun religieuze kleding niet op een 'orthodoxe' wijze te dragen. Met het *voorhouden* aan cursisten van de mogelijke *effecten* van bepaalde religieuze kleding, al dan niet tezamen met de

overige door verzoekster in 3.21 genoemde middelen, kan ook worden bereikt dat de kansen van de cursisten op de arbeidsmarkt worden vergroot. Hiermee wordt geen onderscheid gemaakt naar godsdienst jegens de docent. Bovendien wordt met het voorhouden van mogelijke effecten van de diverse kledingkeuzes de religieuze kledingkeuze van cursisten in beginsel gerespecteerd, hetgeen bij het aanmoedigen zich anders te kleden in twijfel kan worden getrokken.

3.24 Gelet hierop is geen sprake van een noodzakelijk middel.

3.25 Ten overvloede overweegt de Commissie dat met het voorhouden aan de cursisten van de mogelijke effecten van hun kleding, de religieuze kledingkeuze van cursisten in beginsel wordt gerespecteerd. Dit kan bij het aanmoedigen zich anders te kleden in twijfel worden getrokken.

Conclusie
3.26 Gelet op hetgeen hiervoor overwogen, is het door verweerster gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst jegens verzoekster niet objectief gerechtvaardigd. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op grond van godsdienst.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . jegens . . . . verboden onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

Aldus gegeven te Utrecht op 15 juli 2008 door mr. Ch. M. van der Bas, voorzitter,
in tegenwoordigheid van mr. B.H.M. Werker, secretaris.

Noot door prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1. Dit oordeel heeft betrekking op de relatie van een sollicitante tot een onderwijsinstelling. Deze instelling zou haar – als de sollicitatie effect zou hebben gesorteerd – formeel in dienst hebben genomen, maar vervolgens zou zij bij een onder het gezag van het gemeentebestuur van Den Haag vallende instelling zijn gedetacheerd. Oordeel 2008-92 betreft dan de relatie van dezelfde sollicitante tot het gemeentebestuur van Den Haag. Het laatstgenoemde oordeel, dat van dezelfde datum is, bevat grotendeels aan het onderhavige oordeel gelijke overwegingen en leidt tot dezelfde conclusie. In beide oordelen gaat het in de kern om de vraag of een hoofddoek dragende moslima mag worden geweigerd voor de functie van docent NT2 (Nederlands als tweede taal), niet omdat zij een hoofddoek draagt – dat is noch voor de instelling, noch voor het gemeentebestuur een probleem – maar omdat zij cursisten die religieuze kleding dragen, niet zou willen aanmoedigen zich neutraal of ten minste gematigder te kleden om hun kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. In beide oordelen komt de Commissie tot een ontkennend antwoord op deze vraag: voor het gemaakte, indirecte onderscheid op grond van godsdienst bestaat geen objectieve rechtvaardiging. In het navolgende zal alleen nader worden ingegaan op wat ik als de kern van dit oordeel beschouw, namelijk de vaststelling door de Commissie dat verzoekster met haar handelwijze uitdrukking geeft aan een geloofsovertuiging.

2. De Commissie besteedt een groot gedeelte van de twee oordelen aan de toepasselijkheid van de grond godsdienst. Het is daarbij 'vaste praktijk' van de Commissie, zoals ze het elders zelf noemt (zie oordeel 2008-40, geannoteerd door Bonthuys in deze Oordelenbundel), om na te gaan of de handelwijze van de verzoeker die aanleiding is geweest tot het maken van het gewraakte onderscheid, kan worden aangemerkt als een geloofsuiting. In een vast stramien van overwegingen wordt dan aandacht besteed aan de ruime – ook het handelen volgens een geloofsovertuiging omvattende – reikwijdte van de in de Grondwet en verdragen beschermde vrijheid van godsdienst en aan de vraag of het om meer gaat dan een individuele, subjectieve opvatting over de betreffende handeling als een godsdienstig voorschrift. Of een handelwijze als een godsdienstige uiting kan worden aangemerkt moet dus in beginsel worden bepaald door een 'extern standpunt', door objectieve factoren. Maar dat betekent weer niet dat de subjectieve opvatting volledig van belang ontbloot is. Zoals de Commissie opmerkt in rechtsoverweging 3.7 is de subjectieve opvatting het vertrekpunt, zelfs als die niet volledig gedeeld wordt in de geloofsgemeenschap. Als het gaat om een als geloofsuiting bekende of herkenbare gedraging vallen het intern en extern perspectief, de subjectieve opvatting en de objectieve factoren, zonder problemen samen. De problemen ontstaan, zoals het in het vervolg van rechtsoverweging 3.7 is geformuleerd, wanneer het gaat om uitingen die niet rechtstreeks zijn gerelateerd aan de godsdienstbeleving of die naar objectieve maatstaven anderszins twijfel oproepen. Of er dan sprake is van een geloofsuiting, kan alleen vastgesteld worden aan de hand van het feit dat het om méér gaat dan een individuele opvatting

over godsdienstige voorschriften. Dit feit zal dan door de betrokkene, dat wil zeggen degene die zich op de uiting als geloofsuiting beroept, aannemelijk gemaakt moeten worden. Dat het externe perspectief uiteindelijk de doorslag moet geven bij interpretatiekwesties inzake het geloof hangt samen, zoals Vermeulen heeft laten zien, met het gegeven van een objectieve rechtsorde, waarin de gelding en toepassing van algemeen verbindende regels een afweging van belangen meebrengt die vanuit algemene gezichtspunten moet plaatsvinden. Verder zou het verbinden van aanspraken en rechten aan een loutere subjectieve opvatting van een persoon of groep ook het gevaar in zich bergen dat deze groep of dit individu buitenproportioneel wordt bevoordeeld ten opzichte van anderen. En dat levert dan weer strijd op met het gelijkheidsbeginsel (zie hierover diepgaand en uitgebreid: B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap. Over verschuivende fundamenten van het Nederlandse minderhedenrecht en beleid: immigratie, integratie, onderwijs en religie*, Den Haag: Sdu 2007, p. 77-82).

3. In casu wordt de weigering van verzoekster om cursisten aan te moedigen zich minder 'orthodox' te kleden en hun hoofddoek op een 'modernere' manier te dragen, als een godsdienstige uiting aangemerkt. De verzoekster meent dat eenieder door haar of zijn kleding uitdrukking moet kunnen geven aan de geloofsovertuiging. Verder wijst zij erop dat met het inspelen op de verwachting dat een orthodoxe uitstraling leidt tot minder kansen op de arbeidsmarkt ten onrechte wordt tegemoetgekomen aan discriminatoire opvattingen bij werkgevers. Hoewel hier religieuze, culturele en maatschappelijke argumenten door elkaar heen lopen, ziet de Commissie geen reden aan de weigering het karakter van een geloofsuiting te ontzeggen. De Commissie merkt ook terecht op (overweging 3.11) dat de verschillende motieven elkaar niet uitsluiten. Veeleer moet worden aangenomen dat ze elkaar kunnen versterken. De kern van de zienswijze van verzoekster is naar mijn mening dat de geëiste aanmoediging strijdig is met haar geloof, niet zozeer omdat er een leefregel zou bestaan die haar verbiedt andere kledingwijzen te propageren, maar omdat dan van haar geëist zou worden aan anderen een (dringende) keuze voor te leggen over iets waarvan zij vanuit haar geloof vindt dat er niets te kiezen valt. Het aanmoedigen van het dragen van neutrale kleding zou – nu het zeker ook ten aanzien van moslima's, dus geloofsgenoten zou dienen te geschieden – van verzoekster eisen dat zij marchandeert met een regel die dwingend is, dat zij met andere woorden door haar zelf aanvaarde, algemeen bekende leefregels van haar geloof niet die betekenis mag toekennen die er door haarzelf en in haar geloofsgemeenschap door velen aan toegekend wordt.

4. In de jurisprudentie van de Commissie en de rechter is al een reeks van handelingen, gezien de context, als geloofsuiting aangemerkt: het spreken over een religie of het uitdelen van folders over een religie, het bidden, de weigering alcohol te schenken in een verzorgingscentrum en de weigering tot het verkopen van loten. Zie overweging 3.8 met daar aangegeven oordelen en uitspraken. Ook de weigering om huwelijken te sluiten tussen paren van hetzelfde geslacht, zoals aan de orde in oordeel 2008-40, hoort hierbij. Een duidelijk voorbeeld van een geval waarin geen geloofsuiting werd aangenomen betrof oordeel 2007-53. Het bezwaar van een vader tegen het douchen van zijn dochter op school, samen met andere meisjes, omdat de islam het zou verbieden naar de intieme delen van de ander te kijken en dit verbod ook zou gelden voor vrouwen onderling, werd bij gebreke van nadere onderbouwing niet als een religieus bezwaar opgevat.

2008-102

Vrouwentaxi

Noot: mr. G.Th. Terpstra

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij het aanbieden van goederen en diensten en bij de arbeid door een taxiservice te exploiteren 'voor vrouwen, door vrouwen'.

1.2 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd.

1.3 Partijen hebben hun standpunten mondeling toegelicht ter zitting van 13 mei 2008. De vertegenwoordigers van verzoekster waren daarbij vergezeld door M.G. Orgelist.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is een regionale afdeling van een stichting die (onder meer) ten doel heeft gevallen en patronen van discriminatie op de gronden die worden genoemd in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en andere relevante wetgeving te voorkomen, te bestrijden, te onderzoeken, te signaleren en in de openbaarheid te brengen. Zij beoogt dit doel te bereiken door middel van onder meer klachtbehandeling en toepassing van juridische instrumenten.

2.2 Verweerster exploiteert een sinds 1935 bestaand, regionaal taxibedrijf. Verweerster had op het moment van de zitting ongeveer 80 chauffeurs in dienst, waaronder vijftien vrouwen. Naast regulier taxivervoer biedt verweerster specifieke diensten aan, waaronder groepsvervoer, een vliegvelddienst, huisartsenvervoer, shuttle-vervoer van en naar het ziekenhuis en gehandicaptenvervoer.

2.3 Sinds november 2007 biedt verweerster voorts een taxidienst aan voor vrouwen en door vrouwelijke chauffeurs, opererend onder de eigen handelsnaam Pink Lady Cab, hierna: vrouwentaxi. Verweerster biedt de vrouwentaxi uitsluitend aan vrouwen alsmede aan mannen die met vrouwen reizen. De vrouwentaxi kan zowel door de betreffende reizigers worden gereserveerd, alsmede worden besteld door derden bijvoorbeeld door ouders voor hun dochters. Verweerster zorgt er dan voor dat de rit door de vrouwentaxi wordt verzorgd.

2.4 In het geval de vrouwentaxi op een taxistandplaats staat en aldaar wordt aangesproken door een mannelijke reiziger, die niet in het gezelschap is van een vrouw, is het beleid van verweerster dat de chauffeur van de vrouwentaxi de reiziger verwijst naar een andere taxi op de standplaats, dan wel dat zij voor deze reiziger een andere taxi oproept, zo nodig van een ander bedrijf. In het laatste geval zal er doorgaans binnen vijf tot tien minuten een andere taxi ter plaatse zijn.

2.5 Verweerster heeft 36 reguliere taxi's in bedrijf en één vrouwentaxi. Degene die de planning bij verweerster verzorgt, maakt iedere dag een verdeling van de op die dag beschikbare chauffeurs over de verschillende taxi's. De chauffeurs van verweerster besturen alle taxi's, met uitzondering van de vrouwentaxi. Bij met maken van een planning draagt verweerster er zorg voor dat een vrouwelijke chauffeur wordt ingeroosterd voor de vrouwentaxi.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Verzoekster heeft aan de Commissie de vraag voorgelegd of verweerster onderscheid maakt op grond van geslacht bij het aanbieden van en verlenen van toegang tot goederen en diensten, door de taxidienst alleen aan te bieden aan vrouwen en bij de arbeid, door alleen vrouwelijke werknemers in te zetten voor de vrouwentaxi.

Ontvankelijkheid

3.2 In artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB is onder meer bepaald dat een stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van degenen in wier bescherming deze wet beoogt te voorzien, de mogelijkheid toekomt een verzoek als het onderhavige bij de Commissie in te dienen.

3.3 Desgevraagd heeft verzoekster ter zitting aangegeven dat aan haar verzoek geen concrete klachten ten grondslag liggen en dat sprake is van een gering nadeel. Zij meent evenwel dat verweerster door het exploiteren van de vrouwentaxi mannen in hun belangen schaadt, althans jegens hen rechtstreeks onderscheid maakt op grond van geslacht. Verzoekster verlangt hierover een principiële uitspraak.

3.4 De Commissie stelt vast dat verzoekster, gegeven het onder 2.1 gemelde statutaire doel en gegeven haar werkzaamheden, moet gel-

den als een stichting als bedoeld in artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de wetgeving gelijke behandeling behoeft een zodanige stichting een verzoek aan de Commissie om een onderzoek in te stellen niet te doen aan de hand van een concreet voorbeeld van ongelijke behandeling (zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 25). Wel dienen diegenen in wier bescherming de wet voorziet in hun belangen te worden geschaad door de aangevallen bepaling, maatstaf of handelwijze. Gelet op deze toelichting concludeert de Commissie dat verzoekster procesbelang heeft bij het verkrijgen van een oordeel. Dat er, zoals in de voorliggende zaak, tot op heden geen klachten zijn van mannelijke klanten of werknemers doet aan de ontvankelijkheid van verzoekster niet af.

Wettelijk kader

3.5 Verweerster is een besloten vennootschap die een taxibedrijf exploiteert. Zij biedt als zodanig tal van taxidiensten aan, waaronder de vrouwentaxi. In artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van de AWGB, in samenhang met artikel 1 van die wet, is bepaald dat het is verboden onderscheid te maken op grond van onder meer geslacht bij onder andere het aanbieden van en het verlenen van toegang tot goederen of diensten, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De door verweerster aangeboden diensten, waaronder de vrouwentaxi, vallen derhalve binnen de reikwijdte van deze bepaling.

3.6 Verweerster heeft verklaard dat zij zowel mannen als vrouwen in dienst heeft en dat zij mannen, als zij solliciteren naar de functie van chauffeur, niet afwijst vanwege hun geslacht. Mannelijke en vrouwelijke chauffeurs worden ingeroosterd voor alle taxi's behoudens de vrouwentaxi, die verweerster uitsluitend toebedeelt aan vrouwelijke chauffeurs.

Aan de orde is derhalve niet de vraag of verweerster bij de aanbieding van betrekkingen of bij de behandeling bij de vervulling van openstaande betrekkingen, zoals bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), onderscheid maakt op grond van geslacht, maar bij het inroosteren van haar personeel.

3.7 Met betrekking tot dit laatste is van belang dat het de werkgever ingevolge artikel 7:646, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet is toegestaan onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij onder meer de arbeidsvoorwaarden. Het begrip arbeidsvoorwaarden, dat door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen afhankelijk van de richtlijn enigszins verschillend wordt uitgelegd, betreft afspraken en regelingen die tussen de werkgever en werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen of die hier gedurende het dienstverband (al dan niet feitelijk) aan zijn toegevoegd (zie CGB 12 juli 2004, oordeel 2004-90, CGB 25 augustus 2005, oordeel 2005-161 en CGB 22 december 2006, oordeel 2006-256). De inroostering van werknemers kan onder omstandigheden worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde (CGB 23 maart 1999, oordeel 1999-24). De Commissie neemt in het verlengde hiervan voorshands aan dat zij de bestreden inroostering door verweerster kan toetsen aan de wettelijke norm.

Het onderzoek

3.8 Naar aanleiding van het verzoek heeft de Commissie een onderzoek ingesteld. In het kader daarvan is de procedure gevolgd zoals hierboven is beschreven. Tijdens dit onderzoek is naar het oordeel van de Commissie komen vast te staan dat het gewicht van de door verzoekster bestreden gedragingen zodanig gering is en dat tevens het belang van diegenen in wier bescherming de wet voorziet en die door die gedragingen in hun belangen zouden kunnen worden getroffen zodanig gering is, dat het verzoek om een oordeel moet worden afgewezen.

3.9 In de onderhavige situatie is sprake van een verzoek ingediend door een stichting als bedoeld in artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB. Dergelijke verzoeken behoeven niet te zijn gebaseerd op een concreet voorbeeld, zoals hierboven onder 3.4 is overwogen. Dit laat evenwel onverlet dat het achterliggende belang dat verzoekster met haar verzoek wenst te dienen, van enige gewicht moet zijn dan wel dat de bestreden gedraging waarover verzoekster een oordeel wenst enige importantie moet hebben. Zonder voldoende belang komt namelijk niemand een vordering toe. De Commissie is van oordeel dat aan een dergelijke ondergrens in het onderhavige geval niet wordt voldaan. Daartoe strekken de hiernavolgende overwegingen.

Taxiservice 'voor vrouwen'

3.10 Het is onbetwist dat de vrouwentaxi uitsluitend is bestemd voor vrouwen dan wel mannen die met vrouwen reizen. Mannen die zonder vrouw reizen kunnen derhalve geen gebruik maken van deze dienst. Echter, verweerster heeft bij wijze van verweer betoogd dat het nimmer haar bedoeling is geweest om mensen of groepen uit te sluiten en dat zij dat in haar ogen ook niet doet, nu haar andere 36 taxi's ter beschikking staan van de klanten die

geen gebruik (kunnen) maken van de vrouwentaxi.

Verweerster werkt in de stad waar zij is gevestigd voorts samen met enkele andere taxibedrijven, zodat zij ook bij grote drukte nog aan de vraag kan voldoen van klanten die geen gebruik (kunnen) maken van de vrouwentaxi en, meer in het algemeen, van klanten voor wie zij geen taxi beschikbaar heeft. Alles bij elkaar hebben deze bedrijven zo'n 200 taxi's in bedrijf. Verweerster merkt dan ook op dat slechts 0,5% van de taxivervoerscapaciteit door de vrouwentaxi in beslag wordt genomen.

3.11 Verweerster heeft voorts betoogd - en dit is evenmin betwist - dat haar vrouwentaxi op taxistandplaatsen hoogst zelden alleen staat, zodat voor alle klanten doorgaans een alternatief aanwezig is. Mocht het niettemin voorkomen dat de vrouwentaxi wel alleen staat, dan zal, gelet op haar onder 2.4. beschreven beleid, binnen gemiddeld vijf tot tien minuten een andere taxi ter plaatse zal zijn.

3.12 Ook het telefonisch niet kunnen bestellen van de vrouwentaxi door (of voor) een man is geen nadeel van enig gewicht. Mocht een man immers bellen naar het specifieke nummer van de vrouwentaxi, dan wordt hij direct doorverbonden naar het algemene telefoonnummer van verweerster, waaronder verweerster veel meer taxi's beschikbaar heeft.

3.13 De Commissie concludeert op grond hiervan dat het niet snel zal voorkomen dat mannen daadwerkelijk nadeel ondervinden van het bestaan van de vrouwentaxi en dat dit nadeel, als het zich voordoet, beperkt blijft tot een langere wachttijd van ongeveer vijf tot tien minuten. Daarmee kan het aanbieden van de vrouwentaxi, op de wijze zoals verweerster dit vormgeeft, niet worden gezien als een zodanig ernstige gedraging, dat dit vraagt om een beoordeling aan de gelijkebehandelingswetgeving.

Taxiservice 'door vrouwen'
3.14 Met betrekking tot het inzetten van alleen vrouwelijke chauffeurs op de vrouwentaxi, overweegt de Commissie dat het ook hier slechts gaat om één taxi op een bestand van 37 taxi's. Weliswaar betekent dit een feitelijke uitsluiting van mannelijke chauffeurs op deze specifieke taxi, maar geenszins is gebleken dat er, anders dan vanwege het uiterlijk van de taxi en het gegeven dat de meeste klanten vrouwen zijn, bijzondere redenen zijn waarom de werknemers van verweerster op de vrouwentaxi ingeroosterd zouden willen worden. Immers, de vrouwentaxi is qua rijcomfort en dergelijke een taxi als alle andere en ook het werk op de vrouwentaxi verschilt niet van dat op de overige taxi's; in beide gevallen gaat het om het vervoeren van klanten van en naar verschillende locaties.

3.15 Het inroosteren van alleen vrouwen op de vrouwentaxi kan naar het oordeel van de Commissie derhalve evenmin worden gezien als een zodanig ernstige gedraging, dat beoordeling daarvan aan de gelijkebehandelingswetgeving is geboden.

Onvoldoende belang of gewicht van de gedraging
3.16 Op grond van het voorgaande, mede bezien in het licht van de verklaring van verzoekster ter zitting dat zij de vraag of de vrouwentaxi in strijd is met het verbod van onderscheid op grond van geslacht (ook) geen werkelijk belangrijke kwestie acht, komt de Commissie dat de conclusie dat het verzoek om een oordeel moet worden afgewezen wegens een gebrek aan achterliggend belang en onvoldoende gewicht van de bestreden gedraging.

3.17 De Commissie sluit hiermee het onderzoek.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling wijst het verzoek om een oordeel van Stichting Rotterdamse Anti Discriminatie Actie Raad (Radar), regio Midden- en West-Brabant, gericht tegen . . . . , af.

Aldus gegeven te Utrecht op 31 juli 2008 door prof. mr. A. C. Hendriks, voorzitter, mr. drs. P.H.A. van Geel en mr. F. le Poole, in tegenwoordigheid van mr. M. Graven, secretaris.

Noot: mr. G.Th. Terpstra

1. In deze zaak biedt verweerster een zogenaamde 'seksegescheiden dienst' aan: een taxi *voor* en *door* vrouwen. Verzoekster in deze zaak, de stichting Rotterdamse Anti Discriminatie Actie Raad (RADAR) vindt dat rechtstreeks onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt en dat mannen door het exploiteren van de vrouwentaxi in hun belang worden geschaad. De zaak lijkt een helder voorbeeld van direct onderscheid op grond van geslacht. De Commissie Gelijke Behandeling gaat in deze zaak echter niet over tot toetsing aan de wettelijke uitzonderingsgronden. Zij oordeelt dat er in deze zaak kennelijk sprake is van *onvoldoende belang van verzoeker* en *onvoldoende gewicht van de gedraging*. De CGB sluit hiermee aan bij

artikel 14, eerste lid, onderdeel b, AWGB, dat de CGB opdraagt bij een gebrek aan belang bij verzoeker of gewicht van de gedraging geen onderzoek in te stellen. Artikel 14, eerste lid, onderdeel b, AWGB wordt in oordeel 2008-102 niet expliciet als grond genoemd, maar de CGB sluit aan bij de letterlijke bewoordingen ervan. In deze noot staat de vraag centraal of deze wijze van afdoening correct en wenselijk moet worden geacht. Daarbij komt eveneens de vraag aan de orde of het wettelijk regime rond seksegescheiden diensten genoeg ruimte biedt voor een bevredigende weging van belangen.

2. Afdoening via artikel 14, eerste lid, onderdeel b, AWGB doet aan als een formele afdoening van een zaak waarbij sprake is van een evident zinloze claim. In het verleden is er wel discussie geweest over de vraag of de CGB zich niet minder met bagatelzaken zou moeten bezighouden. De CGB heeft klachten over de vraag of het terecht was dat vrouwen tien km minder hoefden af te leggen voor een vierdaagsekruisje (oordeel 2004-175), de kwestie of mannelijke tramconducteurs een bermuda mogen dragen bij warm weer (2004-154) en een klacht over de vrouwendag die een sauna er op na hield (2004-75) echter niet met een beroep of artikel 14 AWGB afgewezen. Een gebrek aan rechtstreeks belang van verzoeker is hier niet aan de orde nu het verzoek om een oordeel in deze zaak is gedaan door een stichting ex artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB, dat wil zeggen een stichting ter bescherming van diegenen in wier bescherming de AWGB beoogt te voorzien. De CGB veronderstelt in dit geval dan ook dat het belang van een ieder die *zou kunnen worden* getroffen door het litigieuze onderscheid te gering zou zijn (overweging 3.8). Goed beschouwd doet de CGB hiermee een behoorlijk vergaande uitspraak: situaties waarin een man een voldoende substantieel belang zou hebben bij een oordeel over de vrouwentaxi acht zij kennelijk in het geheel ondenkbaar. De CGB geeft als onderbouwing het feit dat slechts 1 van de 37 taxi's van het bedrijf mannen weert en dat er in de betreffende stad (Tilburg) in totaal ruim 200 taxi's actief zijn, zodat er hoogst zelden enkel een vrouwentaxi op taxistandplaatsen zal staan (overweging 3.11). Mocht zo'n situatie toch ooit voorkomen, dan zal de vrouwentaxi een collega oproepen waardoor een man hooguit vijf tot tien minuten extra wachttijd zal hebben. Deze redenering roept natuurlijk vragen op. Is een risico van een wachttijd van een kwartier voor mannelijke passagiers ook nog billijk? Zou een tweede, derde of vierde damestaxi in Tilburg ook nog door de beugel kunnen? En hoe zit het in dorpen of gebieden waar slechts enkele taxi's actief zijn? Mogen hier géén vrouwentaxi's worden geëxploiteerd? De CGB gaat bovendien in het geheel niet in op de mogelijke consequenties van het gemaakte onderscheid voor de reguliere taxi's. Stigmatiseert het toelaten van een vrouwentaxi mannelijke chauffeurs van reguliere taxi's niet als vrouwonvriendelijk of zelfs gevaarlijk? Ook kunnen mannelijke taxichauffeurs klagen over benadeling, vanwege het feit dat de damestaxi zich dankzij het onderscheid kunnen onttrekken aan de rij wachtende taxi's. Zonder deze vragen hier te beantwoorden, lijken ze op het eerste gezicht minimaal zo belangwekkend als die van de eerdergenoemde 'flutzaken'. Afdoening via artikel 14, eerste lid, onderdeel b, AWGB lijkt in dit opzicht dan ook niet consequent (zie voor een gelijkluidende conclusie (oud CGB-lid) A.B. Terlouw, 'Het belang van een belang', *Tijdschrift voor Klachtrecht* 2008 nr. 6, p. 1-2).

3. Men zou oordeel 2008-102 kunnen opvatten als een toepassing van het benadelingscriterium. Dit houdt in dat wordt getoetst of de toepassing van een verboden of verdacht onderscheidscriterium ook daadwerkelijk benadelend heeft gewerkt jegens klager. Alleen op die voorwaarde zou sprake zijn van discriminatie. Toepassing van de benadelingstoets stelt de formele vergelijkingstoets meer op de achtergrond, en stelt de rechter of CGB ook in de gelegenheid immateriële gevolgen van discriminatoire handelingen te verdisconteren en te wegen. Het vraagstuk van symmetrie versus asymmetrie van de gelijkebehandelingsnorm zou daarmee eveneens worden opgelost: ongelijke behandeling jegens een lid van een maatschappelijk 'zwakkere' groep kan als een zwaardere benadeling worden erkend dan een ongelijke behandeling jegens een lid van een dominante groep.
Ondanks het feit dat 'benadeling' als zodanig geen criterium in de AWGB is, concludeert Gerards in haar dissertatie dat de CGB in de praktijk de benadelingstoets regelmatig als alternatieve toets voor de vergelijkbaarheidstoets toepast. Zelf geeft zij zelfs de voorkeur aan voor het benadelingscriterium als *toetsingsingang* (J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel,* (Diss. Maastricht), Sdu Uitgevers: Den Haag 2002, p. 77 en p. 576 e.v.).
Juist ten aanzien seksegescheiden diensten valt wel iets te zeggen voor een benadering vanuit het benadelingscriterium: de CGB concludeert althans dat mannen niets te klagen hebben over het feit dat er een vrouwentaxi rondrijdt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter niet dat artikel 14, eerste lid, onderdeel b, AWGB is bedoeld om een extra materieel toetsingscriterium aan de gelijkebehandelingswetgeving toe te voegen, al erkent de wetgever dat het

artikel noodzakelijkerwijs een zekere inhoudelijke beoordeling meebrengt (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 97 (MvA aangaande artikel 14, eerste lid, onderdeel b (ontwerp artikel 12, vierde lid)) AWGB). Een discussie over het meer centraal stellen van het benadelingscriterium in de gelijkebehandelingswetgeving zou bovendien niet via de achterdeur van artikel 14 AWGB gevoerd moeten worden.

4. Hoe zou de toetsing zijn verlopen als de CGB zich niet had verlaten op artikel 14, eerste lid, onderdeel b, AWGB? Buiten kijf staat dat de taxi-exploitant rechtstreeks onderscheid op grond van geslacht maakt. Het gesloten systeem van de AWGB houdt derhalve in dat alleen een wettelijk omschreven uitzondering soelaas kan bieden voor de vrouwentaxi. Van een toelaatbare voorkeursbehandeling (artikel 2, derde lid, AWGB) lijkt geen sprake omdat niet duidelijk is welke 'achterstand' met een vrouwentaxi zou moeten worden weggewerkt. De enige andere opties zijn om hier aan te nemen dat het een geval betreft waarin geslacht bepalend is (artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AWGB) ofwel te aanvaarden dat een beroep kan worden gedaan op de uitzondering voor maatregelen die strekken tot 'bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap en moederschap' (artikel 2, tweede lid, onderdeel b, AWGB). Krachtens artikel 2, zesde lid, AWGB worden beide concepten nader uitgewerkt in het Besluit Gelijke Behandeling (Besluit van 18 augustus 1994, *Stb.* 657, hierna: 'BGB'). Maar waar het NJCM de gesloten systematiek van de AWGB al eens betitelde als 'zeer strak' (NJCM Commentaar op het (concept-)Besluit Gelijke Behandeling, *NJCM-Bulletin* Vol. 9 (1994) nr. 1, p. 71), mogen we bij de systematiek met betrekking tot seksegescheiden diensten gerust spreken van 'zeer, zeer strak'. Blijkens artikel 1 van het BGB zijn seksegescheiden diensten *limitatief* te rechtvaardigen op grond van gezondheid (sub b); ter bescherming van de zedelijkheid van personen onder de 16 jaar (c); met betrekking tot sanitaire voorzieningen, baden, sauna's, en slaap- of kleedruimten mits gelijkwaardige voorzieningen aanwezig (d); ter bescherming tegen of bestrijding van seksueel geweld of seksuele intimidatie (e); in het kader van sport en schoonheidswedstrijden mits relevant sekseverschil (f en g) met betrekking tot levensverzekeringen (h) of gevallen waarin diensten feitelijk slechts aan mannen of vrouwen verleend kunnen worden (i). Deze limitatieve categorieën moeten bovendien eng worden uitgelegd (zie o.a. oordeel 2005-168, overweging 6.6). De toelichting op het BGB vermeldt dat de term 'bepalend' uit de rechtvaardigingsgrond 'gevallen waarin het geslacht bepalend is' (artikel 2, tweede lid, onderdeel a, AWGB) inhoudt dat een onderscheid dat naar verkeersopvattingen 'dwingend' moet volgen uit de aard van het geval en de omstandigheden. Er zou zelfs "in redelijkheid geen twijfel" mogen bestaan over de "rechtvaardiging of noodzaak van het onderscheid" (*Stb.* 2004, 657, p. 4). Blijkens de website van de damestaxi is de dienst met name bedoeld voor vrouwen die zich 's avonds onveilig voelen in de taxi. Als rechtvaardiging van de damestaxi zou dus mogelijk categorie (e) in aanmerking kunnen komen. Gezien de hierboven geformuleerde geringe reikwijdte van de categorieën uit het BGB, lijkt dit geen begaanbare weg. Er zou waarschijnlijk aangetoond dienen te worden dat vrouwen in reguliere taxi's feitelijk (meer) gevaar op seksueel geweld/intimidatie lopen, zodat de gescheiden dienst *noodzakelijk* moet worden geacht voor hun bescherming. Het lijkt onaannemelijk dat het door de exploitant van de damestaxi geconstateerde 'gevoel van onveiligheid' bij veel vrouwen hiervoor voldoende is.
Als tweede argument voor de vrouwentaxi noemt de website het feit dat er vrouwen zijn die uit geloofsovertuiging niet met een mannelijke chauffeur de auto willen delen. Een seksegescheiden dienst toelaten om tegemoet te komen aan normen uit de Islamitische religie past op dit moment echter in het geheel niet in het wettelijk systeem en zal op zijn minst controversieel zijn (vgl. het recente CGB oordeel 2009-1, waarin de CGB in overweging 3.16 stelt dat het creëren van geslachtsbepaalde functietaken "onwenselijk en strijdig met de doelen van gelijkebehandelingswetgeving" is). Het voorgaande betekent dat er onder de huidige AWGB feitelijk geen rechtvaardiging mogelijk is voor de damestaxi. Dit kan een verklaring vormen voor de werkwijze van de CGB: het is mogelijk dat de Commissie het nut van de damestaxi wel inzag, maar koos voor de afdoening ex artikel 14, eerste lid, AWGB vanwege het gebrek aan wettelijke rechtvaardigingsmogelijkheden. Toch is dan de vraag of afdoening ex artikel 14, eerste lid, AWGB dan de meest wenselijke weg is. Er zijn immers meer seksegescheiden diensten waarvoor iets te zeggen valt, maar die eigenlijk de wettelijke toets der kritiek niet lijken te kunnen doorstaan. Zo lijkt het tegenwoordig wijdverbreide fenomeen van fitnesscentra voor vrouwen niet binnen het wettelijk kader te passen (aldus de CGB bij *obiter dictum* in oordeel 2008-12, overweging 3.25). Ook heeft de CGB al aangegeven dat het BGB geen ruimte laat voor speciale echtscheidingsadvocaten voor vrouwen (oordeel 2005-139).

5. De regering heeft met de gesloten lijst van categorieën uit het BGB gemeend alle

wenselijke/rechtvaardigbare vormen van seksegescheiden diensten vooraf te kunnen voorzien. EG-richtlijnen vorderen een dergelijke stringente systematiek op dit punt echter niet. Artikel 4, vijfde lid, van Richtlijn 2004/113/EG (houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten) eist met betrekking tot seksegescheiden diensten enkel een legitiem doel en passendheid en noodzakelijkheid van het middel. Het NJCM heeft reeds bij de introductie van het concept BGB (vergeefs) opgeroepen tot onderzoek naar meer mogelijke vormen van gerechtvaardigd onderscheid (NJCM Commentaar op het (concept-)Besluit Gelijke Behandeling, *NJCM-Bulletin* 1994 p. 71. Bij de implementatie van Richtlijn 2004/113/EG gaf de regering aan dat het BGB voldoet aan de eisen van artikel 4, vijfde lid, van de Richtlijn (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 967, nr. 3, p. 4). Gezien de evident ruimere strekking van het laatste is deze opmerking weliswaar juist, maar obligaat. Niet duidelijk is wat precies het risico zou zijn van het hanteren van (meer) open rechtvaardigingsgronden voor seksegescheiden diensten. Natuurlijk blijven er onwenselijke en discriminerende seksegescheiden diensten denkbaar die verboden dienen te blijven. Maar in welke gevallen zou een toetsing door rechter en CGB van de rechtmatigheid van het doel en de passendheid en proportionaliteit van de seksegescheiden dienst hiervoor niet volstaan? In het geval van de damestaxi zou het in ieder geval bevredigender zijn wanneer zowel de subjectieve gevoelens van onveiligheid en de gefundeerdheid van deze gevoelens als de mogelijke benadeling voor mannen in de proportionaliteitstoets kunnen worden meegenomen. Er zou dan ook een maatstaf kunnen worden aangelegd waaraan gemeten kan worden of mannelijke *klanten* ooit daadwerkelijk nadeel zullen ondervinden aan de damestaxi. Zoals hiervoor beschreven zijn er ook andere seksegescheiden diensten, die niet zo zeer noodzakelijk zijn, maar evenmin benadelend. Zulke diensten voorzien soms kennelijk wel in een behoefte. Het is daarom zeer de vraag of het systeem van het BGB geen herziening behoeft. Ook om deze reden is het jammer te noemen dat de CGB deze zaak heeft afgedaan via artikel 14, eerste lid, AWGB. Deze vorm van afdoening prikkelt regering en wetgever immers niet tot herbezinning.

6. Er is reden om na te denken over een (meer) open wettelijk regime ten aanzien van seksegescheiden diensten. Het startpunt van dit denken zou het besef moeten zijn dat 'seksegescheiden diensten' een bijzondere categorie van onderscheidmakende gedragingen vormen: ondanks het feit dat seksegescheiden diensten naar hun aard een direct onderscheid inhouden, worden ze in de praktijk relatief vaak als niet erg kwetsend of benadelend ervaren. Ze vormen daarmee een uitzondering op een achterliggende vooronderstelling van het systeem van de AWGB, die stelt dat direct onderscheid in de regel ernstiger van aard is dan indirect onderscheid, en daarom aan striktere rechtvaardigingsgronden moet worden gebonden. Bij een meer grondige inhoudelijke herziening zou overwogen kunnen worden het benadelingscriterium meer centraal te stellen in de gelijkebehandelingswetgeving.
Materieel heeft oordeel 2008-102 op zichzelf geen duidelijk onbillijke uitkomst; de mogelijke benadeling van mannen is wellicht inderdaad gering. De afdoening ex artikel 14, eerste lid, AWGB in deze zaak doet echter geen recht aan alle in het geding zijnde belangen en is niet consequent gezien de oordelenlijn van de CGB. Zij lijkt eerder ingegeven te zijn door het gebrek aan bewegingsruimte in de AWGB/BGB. Mannelijke klanten én taxichauffeurs hebben belang bij een integrale beoordeling waarin alle nadelen van de damestaxi worden meegenomen. Dit zou moeten worden afgewogen tegen het belang van vrouwen die zich in reguliere taxi's onveilig voelen. Het wettelijk regime voor seksegescheiden diensten is voor een integrale weging van deze én andere seksegescheiden diensten op dit moment te strak. Het is daarom wenselijk dat regering en wetgever de langverwachte integratiewet gelijke behandeling ook benutten om te zoeken naar een meer op maat gesneden regime voor seksegescheiden diensten.

2008-103

Consequenties verboden leeftijdsonderscheid

Noot: prof. dr. Ch. Tobler

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift hebben verzoekers de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerder jegens hen onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden door hun toelage onregelmatige dienst deels af te bouwen in verband met een roosterwijziging, terwijl collega's van 55 jaar en ouder hun toelage volledig behouden.

1.2 Verzoekers hebben de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd.

1.3 Verweerder heeft schriftelijk verweer gevoerd.

1.4 Op de zitting van 13 mei 2008 hebben partijen hun standpunten mondeling toegelicht.

2 Feiten

2.1 Alle acht verzoekers zijn bij verweerder in dienst in de functie van boswachter. Er werken bij verweerder in totaal elf boswachters. De functie brengt met zich mee dat regelmatig onregelmatig wordt gewerkt. Ter compensatie hiervan ontvangen de medewerkers een maandelijkse toeslag.

2.2 Per 1 juli 2005 zijn alle boswachters overgeplaatst van de afdeling Stadsdelen naar de afdeling Leefbaarheid en Toezicht. Na verloop van enige tijd heeft verweerder besloten om het onregelmatige rooster waarin de boswachters werkten, te wijzigen. Ten gevolge van deze roosterwijziging is de onregelmatigheid afgenomen, hetgeen verweerder heeft doen besluiten de onregelmatigheidstoelage van verzoekers ingaande 1 januari 2008 te verminderen.

2.3 Verweerder heeft op verzoekers de gemeentelijke Afbouwregeling toelage of beloning 2006 toegepast. Deze regeling bepaalt voor zover relevant, dat de toelage van werknemers die meer dan tien jaar in dienst zijn in drie keer acht maanden wordt afgebouwd tot het resterende bedrag met respectievelijk 75, 50 en 25%. De afbouw tot het bedrag van de nieuwe toelage wordt in vier periodes van zes respectievelijk acht maanden in stappen van 25% gerealiseerd, al naar gelang de werknemer korter of langer dan tien jaar de toelage heeft ontvangen. Uiteindelijk zal de toeslag permanent met €52,66 bruto per maand verlaagd worden.
Voorts is in het eerste lid van artikel 3:2 van de Afbouwregeling het volgende opgenomen: "1. De ambtenaar, die op het moment van vermindering of beëindiging de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt, behoudt de oorspronkelijke toelage."

2.4 Twee van de elf boswachters waren op het moment dat de roosterwijziging van kracht werd, ouder dan 55 jaar. Voor een derde boswachter is een uitzondering gemaakt op de regeling, omdat hij op dat moment op acht dagen na 55 jaar was. Ook hij heeft zijn volledige toelage behouden.

2.5 Verzoekers hebben respectievelijk 16 jaar, 15 jaar, 14 jaar, 12 jaar, 8 jaar, 7 jaar, 3,5 jaar en 1 jaar een toelage genoten.

2.6 De Algemene bezwarencommissie personeelsbesluiten van verweerder heeft op 13 maart 2008 advies uitgebracht naar aanleiding van het bezwaar dat verzoekers 1, 2, 3 en 5 hadden gemaakt tegen het besluit om op hun toelage de Afbouwregeling toe te passen. De bezwarencommissie adviseert verweerder de regeling af te schaffen omdat zij in strijd is met de Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd (WGBL). Daarnaast adviseert de bezwarencommissie om de besluiten die zijn genomen op basis van de Afbouwregeling in stand te laten.

2.7 Bij brief van 17 maart 2008 heeft de afdeling Personeelszaken, Organisatie en Informatievoorziening namens verweerder verzoekers meegedeeld dat de drie oudere collega's ten onrechte hun toelage hebben behouden, maar dat dit geen reden is om het besluit om de toelagen van verzoekers (deels) af te bouwen, te herroepen.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerder jegens verzoekers onderscheid maakt op grond van leeftijd door hun toelage onregelmatige dienst deels af te bouwen in verband met een roosterwijziging, terwijl collega's van 55 jaar en ouder hun toelage volledig behouden.

3.2 In artikel 1, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) is bepaald dat onder onderscheid in

de zin van deze wet wordt verstaan onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen die onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg hebben. Ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGBL is onderscheid verboden bij de arbeidsvoorwaarden. De toelage voor de onregelmatige dienst moet worden gezien als een arbeidsvoorwaarde.

3.3 Vaststaat dat verweerder ten aanzien van drie collega's van verzoekers toepassing heeft gegeven aan het eerste lid van artikel 3:2, waardoor dezen de garantie hebben dat zij hun oorspronkelijke toelage behouden. Eveneens staat vast dat verweerder ten aanzien van verzoekers toepassing heeft gegeven aan artikel 3:1, waardoor hun toelage wordt verminderd.

3.4 Verweerder betoogt dat de drie collega's ten onrechte deze garantie hebben ontvangen. Het besluit tot toekenning van de garantie berustte op een fout.
Meergenoemd artikel 3:2 was bedoeld om oudere werknemers niet kort voor het ingaan van hun pensioen te confronteren met een salarisvermindering. Bij verweerder gold namelijk een pensioenregeling op basis van het eindloon. Inmiddels geldt echter een middelloonregeling, waardoor de salarisgarantie zijn betekenis grotendeels heeft verloren. Verweerder stelt dat in overleg met de bonden bij de invoering van de middelloonregeling is afgesproken alle bepalingen met een vergelijkbare strekking als die van artikel 3:2 te schrappen. Om onduidelijke redenen is dat bij de voorliggende bepaling niet gebeurd. Vermoedelijk is deze over het hoofd gezien.

3.5 Verweerder voegt daaraan toe de aan de drie collega's gegeven garantie niet te zullen intrekken, omdat dit in strijd is met de gewekte verwachtingen. Verweerder stelt echter in geen geval verplicht te zijn om ook aan verzoekers de toelage alsnog uit te betalen. Hij beroept zich op vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) waaruit zou blijken dat hij niet verplicht is een (incidenteel) gemaakte fout te herhalen. In casu bestaat de fout eruit dat per abuis toepassing is gegeven aan een artikel dat volgens verweerder eigenlijk niet meer geldt.

3.6 De Commissie overweegt dat voor de beantwoording van de voorliggende vraag niet relevant is wat er zij van verweerders standpunt dat artikel 3:2 van de Afbouwregeling "eigenlijk niet meer geldt". Relevant voor die beantwoording is slechts dat verweerder in feite het gewraakte onderscheid jegens verzoekers heeft gemaakt door hun, als gevolg van hun (jongere) leeftijd, nadeliger te behandelen dan hun drie oudere collega's. De Commissie concludeert daarom dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd.

3.7 In artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL is bepaald dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

3.8 Verweerder heeft zelf naar voren gebracht dat voor het in de Afbouwregeling gemaakte onderscheid geen objectieve rechtvaardiging meer bestaat, nu de eindloonregeling voor het pensioen is omgezet in een middelloonregeling. De Commissie komt daarom niet toe aan een beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid, en komt dan ook tot de conclusie dat verweerder jegens verzoekers verboden onderscheid maakt.

3.9 Met het oog op de door de Commissie hierna te formuleren aanbeveling overweegt de Commissie vervolgens dat zij de stelling van verweerder, inhoudende dat artikel 3:2 van de Afbouwregeling "eigenlijk niet meer geldt", niet kan volgen. In de beschikbare gegevens is voor die stelling geen enkele steun te vinden, en in zoverre is het dan ook niet als een fout of vergissing aan te merken dat aan die bepaling in het onderhavige geval toepassing is gegeven. De Commissie gaat er dan ook vanuit dat die bepaling ten tijde hier van belang nog altijd deel uitmaakte van die regeling. In dit verband merkt de Commissie ten overvloede nog op dat verweerder zich ten onrechte heeft beroepen op rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, inhoudende dat een bestuursorgaan niet gehouden is aan eerder gemaakte fouten een vervolg te geven. Anders dan in de door de Raad bedoelde situaties gaat het in het onderhavige geval immers over de vraag welke consequenties verweerder dient te verbinden aan het door hem gemaakte verboden onderscheid.

3.10 De Commissie stelt vast dat de hierboven geconstateerde strijdigheid met de WGBL er ingevolge artikel 13 van die wet toe leidt dat artikel 3:2 van de Afbouwregeling nietig is. Omdat niet op voorhand duidelijk is wat de gevolgen hiervan zijn, zal de Commissie een aanbeveling doen over de manier waarop verweerder met de ontstane situatie kan omgaan.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat het College van Burge-

meester en Wethouders van de gemeente Den Haag jegens. . . . , ... , ... , ..., ... , ... , ... en . . . . .verboden onderscheid maakt op grond van leeftijd.

5 Aanbeveling

5.1 In 3.10 heeft de Commissie geconstateerd dat artikel 3:2 van de Afbouwregeling nietig is. Het is niet op voorhand duidelijk wat de gevolgen van deze nietigheid zijn, nu nationale en Europese regelgeving en jurisprudentie niet een op het concrete geval toepasbare oplossing bieden. Per geval zal dus bekeken moeten worden wat de gevolgen van nietigheid zijn. Het is niet aan de Commissie om vast te stellen op welke manier de ontstane ongelijkheid moet worden rechtgetrokken. Wel acht de Commissie het op haar weg te liggen daarover een aanbeveling te doen. Daartoe strekken onderstaande overwegingen, die uitmonden in een concrete aanbeveling.

5.2 Een eerste mogelijkheid is dat verweerder, ondanks zijn eerdere mededeling dat hij de toezeggingen van garantie aan de drie oudere collega's zal respecteren, het teveel betaalde alsnog terugvordert en ook op hen de Afbouwregeling toepast. Op die manier kan gelijke behandeling worden gerealiseerd, zij het ten koste van de rechtszekerheid van de drie oudere collega's.

5.3 Een tweede mogelijkheid is om de toezeggingen aan de drie oudere collega's weliswaar in te trekken, maar niet met terugwerkende kracht, door deze geleidelijk af te bouwen. Dit zou kunnen door de gegarandeerde toelage van de drie bevoordeelde werknemers over een periode van bijvoorbeeld een jaar af te bouwen, waarbij per kwartaal de toelage telkens met een kwart van de totale vermindering wordt verminderd. De Commissie wijst erop dat hierdoor weliswaar de omvang van het onderscheid tussen verzoekers en hun drie collega's zal afnemen, maar dat sprake zal blijven van onderscheid op grond van leeftijd. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kan worden afgeleid dat 'sancties' op schendingen van het discriminatieverbod in ieder geval voldoende afschrikwekkend dienen te zijn (vgl. HvJEG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann*) en HvJEG22 april 1997, zaak C-180/95, *Jur.* 1997, p. I-2195 (*Draemphael*). Daarom en met het oog op de redelijkheid en billijkheid ligt het voor de hand om verzoekers alsnog volledig te compenseren voor het nadeel dat is ontstaan tussen aanvang van de toepassing van de nietige bepalingen en het moment waarop de toelage volledig is afgebouwd. Op deze wijze worden de gevolgen van een bepaling, die in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving, volledig weggenomen en is derhalve niet langer sprake van ongelijke behandeling.

5.4 De derde mogelijkheid sluit aan bij verweerders mededeling dat hij de gedane toezeggingen aan de drie oudere collega's gestand zal doen. Hierdoor zal het grote verschil in behandeling tussen verzoekers en hun collega's blijven voortduren. Op basis van de hiervoor genoemde Europese jurisprudentie, alsook in het licht van de redelijkheid en billijkheid, moet het ervoor worden gehouden dat dit in strijd is met de letter en geest van zowel de nationale als de Europese gelijkebehandelingsregels. Acceptatie van deze oplossing zou er immers ook toe leiden dat het wel heel makkelijk wordt om de eisen van de gelijkebehandelingswetgeving te omzeilen door een beroep op een 'foutje'. Anderzijds lijkt het toekennen van precies dezelfde regeling de grenzen van de redelijkheid en billijkheid te overstijgen, onder meer omdat zich onder de acht verzoekers jonge mensen bevinden, met geringe ancienniteit. Een garantie tot aan hun pensioen zou niet alleen voor verweerder aanzienlijke financiële consequenties hebben, maar zou ook de betrokken medewerkers een disproportioneel groot voordeel bieden, omdat zij dan een toelage blijven ontvangen terwijl het aantal door hen te werken onregelmatige uren blijvend is afgenomen.
Voor deze situatie ligt een financiële tegemoetkoming aan verzoekers al naar gelang de duur van de periode dat zij deze toeslag ontvingen, voor de hand. Het risico van precedentwerking, waarop verweerder heeft gewezen, acht de Commissie gering, nu er, naar verweerder heeft verklaard, maximaal drie werknemers van andere afdelingen in de nabije toekomst in een tot op zekere hoogte vergelijkbare positie zullen geraken.

5.5 De Commissie beveelt verweerder aan om een oplossing te zoeken voor de ontstane situatie die binnen de gegeven omstandigheden redelijk is, gelet op de belangen van alle betrokken partijen en de toepasselijke jurisprudentie. Een dergelijke oplossing ziet de Commissie in de onder 5.3 weergegeven maatregel waarmee zowel op geleidelijke wijze de ten onrechte toegekende garantie zal verdwijnen, als verzoekers in hun nadeel zullen worden gecompenseerd, zodat er in het geheel geen sprake meer zal zijn van ongelijke behandeling.

Aldus gegeven te Utrecht op 30 juli 2008 door mr. M. van den Brink, voorzitter,

mr. P.H. Hugenholtz en mr. E.J.M. Hofhuis, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. B. Bos, secretaris

Noot door prof. dr. Ch. Tobler

1. Het hier besproken oordeel betreft de vraag welke consequenties dienen te worden verbonden aan een gemaakt verboden onderscheid. De zaak betrof een verschillende behandeling van oudere en jongere werknemers bij de intrekking van een toelage. De toelage was oorspronkelijk bedoeld als compensatie voor onregelmatige werktijden voor boswachters. Na een roosterwijziging was echter de onregelmatigheid afgenomen. Als gevolg hiervan besloot de werkgever om de onregelmatigheidstoelage te verminderen respectievelijk af te schaffen. Hij maakte hierbij echter onderscheid tussen oudere en jongere werknemers: werknemers van 55 jaar en ouder mochten de toelage houden, jongere werknemers moesten hem inleveren. De CGB oordeelt dat er sprake is van verboden onderscheid wegens leeftijd (artikel 13 WGBL). Het meest interessante aspect van de zaak betreft echter niet dit punt, maar de overwegingen en de aanbeveling van de CGB met betrekking tot de consequenties van het geconstateerde verboden onderscheid. De Commissie spreekt zich hierover uit omdat het volgens haar "niet op voorhand duidelijk is wat de gevolgen [van de strijdigheid met de wet] zijn" (overweging 3.10). De Commissie beveelt aan dat oudere werknemers hun toelage kunnen houden, terwijl aan de jongere werknemers een financiële tegemoetkoming betaald wordt, naar gelang van de duur van de periode dat zij de toelage kregen. Andere varianten (volledig schrappen van de toelage voor iedereen, geleidelijk schrappen van de toelage voor de oudere werknemers, toelage voor iedereen tot aan het pensioen) keurt de CGB af.

2. De volgende opmerkingen betreffen de eisen gesteld door het Europese Gemeenschapsrecht voor wat betreft de gevolgen van discriminatie. In de zaak van de boswachters betreft dit leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid, zoals verboden door de richtlijn 2000/78/EG (Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pub.* 2000 L 303/16). Een 'remedy' voor dergelijke discriminatie omvat twee aparte onderdelen die de CGB in haar oordeel over de boswachters met elkaar combineert maar die mijns inziens beter gescheiden kunnen worden bekeken: aan de ene kant gaat het om het ongedaan maken van al gebeurde en nu vastgestelde discriminatie ten opzichte van de verzoekers en aan de andere kant om de vraag hoe de nu nog discriminerende regeling er in de toekomst zou moeten uitzien om niet meer in strijd te zijn met de WGBL. Bij het eerste aspect wordt als het ware teruggekeken, bij het tweede aspect vooruit. Voor beide aspecten geeft het EG-recht aanwijzingen.

3. De door de Commissie aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie betreft het eerste aspect (zaken 14/83 *Sabine von Colson en Elisabeth Kamann tegen Land Nordrhein-Westfalen*, *Jur.* 1984, 1891, en C-180/95 *Nils Draehmpaehl tegen Urania Immobilienservice OHG*, *Jur.* 1997, I-2195). De CGB schrijft dat volgens deze rechtspraak "'sancties' op schendingen van het discriminatieverbod in ieder geval voldoende afschrikwekkend dienen te zijn" (overweging 5.3). Het gaat echter om meer: waar het EG-recht - zoals in het non-discriminatierecht - geen concrete sancties voor inbreuken voorschrijft, maar de keuze aan de lidstaten overlaat, moeten de sancties in ieder geval evenredig, effectief en afschrikkend zijn. Bovendien moeten zij aan twee algemene beginselen van het EG-recht voldoen, die ook buiten de kwestie van sancties voor het recht van de lidstaten gelden, namelijk de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit (zie Ch. Tobler, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law* (for the European Commission), Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2005, http://www.migpolgroup.com/documents/3075.html). In *Adeneler (*Zaak C-212/04 *Konstantinos Adeneler en anderen tegen Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), Jur.* 2006, I-6057*)* heeft het Hof van Justitie deze voorwaarden op een heldere wijze samengevat. De zaak betrof het verbod van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of verhoudingen voor bepaalde tijd en de verplichting van de lidstaten om maatregelen te nemen om misbruik efficiënt te voorkomen. Het Hof schrijft in dit verband (overwegingen 94 en 95): "Wanneer, zoals in casu, het gemeenschapsrecht niet voorziet in specifieke sancties voor het geval dat toch misbruiken worden vastgesteld, staat het dus aan de nationale overheidsinstanties om, teneinde het hoofd te bieden aan een dergelijke situatie, passende maatregelen vast te stellen, die niet alleen evenredig moeten zijn, maar eveneens voldoende effectief en afschrikkend om ervoor te zorgen dat de krachtens de raamovereenkomst vastgestelde normen hun volle uitwerking krijgen. Hoewel de wijze waarop dergelijke normen ten uitvoer worden gelegd krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak is van de interne rechtsorde van die staten, mag zij echter niet ongunstiger zijn dan die voor vergelijkbare vorderingen op basis van nationaal recht (gelijkwaardigheidsbeginsel) en

mag zij evenmin de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel) [...]."

4. Deze EG-rechtelijke voorwaarden gelden zowel voor concrete discriminatiezaken met als zonder rechtstreekse slachtoffers. De zaak *Feryn (*Zaak C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding tegen Firma Feryn NV*, arrest van 8 juli 2008, nog niet gepubliceerd) is een voorbeeld voor het laatste. Zij betrof een publieke uitspraak van een werkgever. Verzoeker bij de nationale rechter was een belangenorganisatie. Er was dus geen klacht over discriminatie in een individueel geval. In zijn arrest beklemtoont het Hof van Justitie dat ook in dit soort gevallen de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn. Sancties kunnen bijvoorbeeld daarin bestaan „dat de rechter of de bevoegde administratieve instantie de discriminatie vaststelt en daaraan voldoende bekendheid wordt gegeven, waarbij de kosten van de bekendmaking ten laste van de verweerder worden gelegd. De sancties kunnen ook daarin bestaan, dat de werkgever, volgens de regels van het nationale recht, wordt gelast om de vastgestelde discriminerende praktijk te beëindigen, waarbij in voorkomend geval een dwangsom wordt opgelegd. Voorts kunnen zij bestaan in de toekenning van schadevergoeding aan het orgaan dat de procedure heeft gevoerd." (*Feryn,* overwegingen 38 en 39).

5. In non-discriminatiezaken die rechtstreekse slachtoffers betreffen (zoals de zaak van de CGB over de boswachters), eist het Gemeenschapsrecht een persoonlijke sanctie, dat wil zeggen, een sanctie die de individuele verzoekers op een concrete manier helpt. Het Hof schrijft hierover in *Jonkman* (gevoegde zaken C-231/06 tot C-233/06 *Office national des pensions tegen Emilienne Jonkman, Hélène Vercheval en Noëlle Permesaen tegen Office national des pensions, Jur.* 2007 I-5149, overweging 39): "Zoals het Hof in gevallen van met het gemeenschapsrecht strijdige discriminatie herhaaldelijk heeft geoordeeld, kan [...], zolang geen maatregelen zijn genomen om de gelijke behandeling te herstellen, de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel alleen worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep de voordelen toe te kennen die de leden van de bevoordeelde groep genieten." Met andere woorden: in dit verband is slechts 'levelling up' mogelijk, dat wil zeggen een even goede behandeling van de verzoekers als die welke de vergelijkingspersoon of –groep in het verleden genoot. 'Levelling down', d.w.z. een even slechte behandeling van de bevoordeelde persoon of groep als van de gediscrimineerde groep, is daarentegen niet toegestaan. Gezien deze gemeenschapsrechtelijke eisen lijkt het mij duidelijk dat wat het verleden betreft de verzoekers in de door de CGB beoordeelde zaak van de boswachters heel simpel recht op volledige doorbetaling van de toelage hebben, dat wil zeggen op betaling van de toelage op dezelfde manier als deze aan de oudere werknemers werd betaald. Hetzelfde geldt zolang de discriminerende regeling (toekenning van de volle toelage alleen aan de oudere medewerkers) niet is gewijzigd.
Met betrekking tot een toekomstige regeling liggen de dingen anders. Hier gaat het niet om het ongedaan maken van al gebeurde discriminatie in specifieke gevallen, maar om de meer algemene verplichting om schendingen van het EG-recht (hier zoals al opgemerkt de richtlijn 2000/78/EG) te vermijden.

6. In de reeds aangehaalde zaak *Adeneler* (overweging 93) wijst het Hof van Justitie in verband met richtlijnen op artikel 249, derde alinea, EG en daarmee op de verplichting van de lidstaten, "de meest passende vormen en middelen te kiezen om het nuttig effect van richtlijnen te verzekeren, rekening houdend met de doelstelling ervan". In het geval van non-discriminatiewetgeving betekent dit dat de toekomstige regeling geen verschil mag maken op grond van leeftijd. In dit verband kan nu of voor een 'levelling up' of voor een 'levelling down' worden gekozen - mits de nieuwe regeling niet meer discrimineert en mits zij doeltreffend is. Zoals het Hof van Justitie in *Jonkman* (overweging 28) heeft uitgelegd, moet elke maatregel, die een lidstaat neemt om te voldoen aan de voorschriften van het gemeenschapsrecht, doeltreffend zijn. Volgens het Hof is een maatregel niet doeltreffend wanneer zij tot een situatie leidt waarin het vermijden van discriminatie in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt. Het gaat in feite over het reeds in verband met de zaak *Adeneler* genoemde effectiviteitsbeginsel volgens welke de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden gemaakt.

7. *Jonkman* is een voorbeeld van een 'levelling up' remedie die noch aan het verbod van discriminatie, noch aan de eis van doeltreffendheid voldeed. De zaak betreft de gevolgen van de rechtspraak in de drie beroemde *Defrenne*-zaken uit de jaren 1970 (zaken 43/75 *Gabrielle Defrenne tegen Belgische Luchtvaartmaatschappij NV Sabena*, *Jur.* 1976, 455; 149/77 *Gabrielle Defrenne tegen de Belgische Luchtvaartmaatschappij NV Sabena*, *Jur.* 1978, 1365; en 80/70 *Gabrielle Defrenne tegen Belgische Staat*, *Jur.* 1971, 445).

Toen gold in België een regeling die vrouwen (stewardessen) tegenover mannen (stewards) ten opzichte van hun pensioenrechten discrimineerde. Als gevolg van de desbetreffende arresten van het Hof van Justitie werd de regeling zodanig gewijzigd dat vrouwen alsnog voor de volledige duur van hun pensioen van dezelfde pensioenregeling als mannen kunnen profiteren, door hen te laten aansluiten bij de regeling in kwestie. Deze aansluiting werd afhankelijk gesteld van de betaling in één keer van regularisatiebijdragen, vermeerderd met rente. Het Hof oordeelt in *Jonkman* ten eerste dat het is toegestaan om regularisatiebijdragen te vragen. Het Hof legt uit (overweging 23): "In het geval van discriminatie moet namelijk gelijkheid van behandeling tot stand worden gebracht, zodat de gediscrimineerde werknemer in dezelfde situatie wordt geplaatst als de werknemers van het andere geslacht. Die werknemer kan derhalve niet verlangen dat hij, in het bijzonder op het financiële vlak, gunstiger wordt behandeld dan wanneer hij regelmatig bij de regeling aangesloten was geweest [...]." In de praktijk ging het bij de regularisatiebijdragen echter om een bijzonder hoog bedrag wegens de lange duur van de discriminatie (1 januari 1964 tot en met 31 december 1980) en de vele jaren die sindsdien waren verstreken tot de invoering van de regularisatieprocedure (1981 tot en met 1997). Om deze reden maakte de verplichting om de regularisatiebijdragen in één keer te betalen de regularisatie van de pensioenrechten van de stewardessen uiterst moeilijk, met name wanneer het te betalen bedrag hoger lag dan het jaarlijkse pensioen van de betrokkene. Het Hof oordeelt derhalve dat de in de onderhavige zaak relevante richtlijn (Richtlijn 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *Publ.* 1979 L 6/24) zich tegen een dergelijke regeling verzet. Verder verzet de richtlijn zich ertegen dat de lidstaat verlangt dat over de regularisatiebijdragen andere dan ter compensatie van de inflatie bedoelde rente wordt betaald, want een te hoge rentevoet plaatst de stewardessen niet in dezelfde situatie als de stewards maar draagt er juist toe bij dat de ongelijke behandeling van de stewardessen blijft voortduren.

8. Terug naar de boswachters in de door de CGB beoordeelde zaak en de aanbevelingen van de Commissie voor de toekomst: De CGB beveelt aan dat de oudere werknemers hun toelage houden terwijl de jongere werknemers een compensatie krijgen naar gelang van de duur van de periode dat zij de toelage kregen. Dit komt neer op een zekere 'levelling up', die echter niet gelijke behandeling van oudere en jongere werknemers waarborgt. Discriminatie van jongere werknemers is nog steeds mogelijk, namelijk wanneer de anciënniteit van een jongere werknemer korter is dan de resterende werktijd van een oudere werknemer. In haar oordeel noemt de CGB dan ook twee jongere boswachters met een gedurende 3,5 jaar en 1 jaar genoten toelage. Als nu een oudere werknemer nog langer werkt, dan krijgt hij of zij meer toelage dan deze jongere werknemers. Op deze manier wordt de ongelijke behandeling tot op zekere hoogte voortgezet, net als in de zaak *Jonkman*, en dat is in strijd met het EG-recht.
De Commissie noemt ook twee varianten zonder discriminatie, maar keurt deze af. De ene variant betreft een volledige 'levelling down', namelijk het volledig schrappen van de toelage voor iedereen, zowel de oudere als ook de jongere werknemers. De Commissie acht dit niet wenselijk gezien de rechtszekerheid van de oudere collega's, aan wie de voortzetting van de betaling van de toelage door de werkgever is toegezegd. De andere variant is het toekennen van de toelage aan iedereen tot met aan het pensioen. Volgens de CGB zou deze oplossing de grenzen van de redelijkheid en billijkheid overstijgen, omdat zich onder de verzoekers jonge mensen bevinden met geringe anciënniteit en dus een lange tijd van aanspraak op de toelage, en dus hoge kosten voor de werkgever. Verder zou een dergelijke oplossing de jonge medewerkers een disproportioneel groot voordeel bieden, omdat zij een toelage zouden blijven ontvangen terwijl het aantal door hen te werken onregelmatig uren blijvend is afgenomen. Aan deze suggestie ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat het verschil uiteindelijk ligt in het feit dat, als iedereen de toelage tot aan het pensioen krijgt, jongere werknemers de toelage voor een langere tijd met in feite minder onregelmatige werkuren krijgen dan oudere werknemers. Dit zou inderdaad een soort omgekeerde discriminatie inhouden (namelijk nu van oudere werknemers vergeleken met de jongere werknemers), en dus het tegendeel van de door de CGB aanbevolen oplossing.

9. De handreiking die de CGB doet is klaarblijkelijk gedaan onder het voorbehoud van toetsing van de oplossing die de partijen verkiezen, maar het is de vraag of deze handreiking niet te grote verwachtingen schept. Er is immers een oplossing die discriminatie zowel van de oudere als ook van de jongere medewerkers vermijdt, terwijl de oudere werknemers hun toelage houden. Als de werkgever de toelage voor de oudere werknemers partout wil houden, dan bestaat de enige niet discriminerende oplossing in een volledige 'levelling

up' met een andere tijdelijke grens dan voorgesteld door de CGB: iedereen houdt de toelage tot op het moment dat de laatste van de oudere werknemers met pensioen gaat. Mocht de werkgever dan toch vinden dat dit te duur is of niet gerechtvaardigd omdat de oorspronkelijke reden voor de toelage (het werken van onregelmatige uren) niet meer bestaat, dan blijft als oplossing die met het gemeenschapsrecht strookt alleen over een niet discriminerende 'levelling down'.

2008-123

Procola-spook of broedende kip?

Noot: mr. J. Uzman

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerder jegens haar onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden door bepaalde werkzaamheden van verzoekster aan te merken als werkzaamheden die in uniform moeten worden verricht, terwijl het niet is toegestaan bij dat uniform een hoofddoek te dragen.

1.2 Verweerder heeft schriftelijk verweer gevoerd, dat op 22 april 2008 bij de Commissie is ontvangen. Bij brief van 8 mei 2008 heeft verzoekster op het verweer gereageerd. Op 16 mei 2008 is aanvullende informatie van verweerder ontvangen.

1.3 De Commissie heeft partijen opgeroepen hun standpunten ter zitting van 19 mei 2008 mondeling nader toe te lichten. Partijen zijn verschenen.

2 Feiten

2.1 Verzoekster heeft sedert 1998 een aanstelling als medewerker informatievoorziening bij de vreemdelingendienst van verweerder, een politiekorps. Zij is uit hoofde van deze functie benoemd tot buitengewoon opsporingsambtenaar. De medewerkers informatievoorziening bij verweerder verrichten hun werkzaamheden niet in uniform. Verzoekster is moslim en draagt sinds vijf jaar vanwege haar geloofsovertuiging een hoofddoek, ook tijdens haar werk.

2.2 Bij de politie werken politiemensen, onder wie buitengewoon opsporingsambtenaren zoals verzoekster, en zogenoemde burgerfunctionarissen. Deze laatste groep mag geen politieuniform dragen; hooguit dienstkleding. Politiefunctionarissen dragen afhankelijk van hun werkzaamheden al dan niet een uniform.

2.3 Verweerder heeft in 2002 in een dienstvoorschrift als uitgangspunt geformuleerd dat alle executieve medewerkers in uniform gekleed gaan. Een uitzondering hierop kan door de onderdeelchef worden bepaald. Medewerkers in administratief/technische functies kunnen bij het uitoefenen van bepaalde functionaliteiten in uniform gekleed gaan.

2.4 Verweerder verbiedt geüniformeerd personeel een hoofddoek te dragen. Hij verwijst hiertoe naar de Regeling van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, houdende regels voor de kleding van de politie (nr. EA94/U907, hierna: het kledingreglement). Daarin is een limitatieve opsomming opgenomen van kledingstukken die behoren tot het uniform. Een hoofddoek maakt daarvan geen deel uit. De combinatie van uniform en hoofddoek is echter niet in alle politieregio's verboden.

2.5 Verzoekster werkt op een afdeling waar informatie wordt verzameld ten behoeve van andere afdelingen. De afdeling ontvangt onder meer tips van burgers en collega's over illegale vreemdelingen en stelt processen-verbaal op. Een groot deel van de contacten verloopt via de telefoon. Bij de afdeling werken zeven medewerkers informatievoorziening. De medewerkers verrichten enkele dagen per maand loketwerkzaamheden. Verzoekster heeft deze loketwerkzaamheden verricht van 1998 tot medio 2007.

2.6 In juni 2007 zijn de taken van de informatieafdeling uitgebreid met het ter plekke verstrekken van informatie ten behoeve van het horen van vreemdelingen die in vreemdelingenbewaring worden of zijn gesteld. De werkzaamheden worden door medewerkers bij toerbeurt verricht in het cellencomplex. De medewerker informatievoorziening bevindt zich in een aparte kamer en geeft telefonisch de benodigde informatie aan de verbalisanten. Deze werkzaamheden in het cellencomplex moeten in uniform worden uitgevoerd. In dezelfde periode, derhalve sedert juni 2007, heeft verweerder besloten dat voortaan ook de loketwerkzaamheden in uniform moeten worden uitgevoerd.

2.7 Op 12 juni 2007 en op 29 augustus 2007 hebben verzoekster en verweerder gesproken over het werken in uniform en de (on)mogelijkheid om het uniform met een hoofddoek te combineren. Daarbij heeft verzoekster naar voren gebracht dat zij vanwege haar geloofsovertuiging haar hoofddoek blijft dragen.

2.8 Ten gevolge van het besluit van verweerder dat de onder 2.6 genoemde werkzaamheden in uniform moeten worden uitgevoerd, heeft verweerder met ingang van 1 september 2007 het takenpakket van verzoekster gewijzigd in die zin dat zij in plaats van genoemde werkzaamheden in het cellencomplex en aan het loket, administratief werk van haar collega's

overneemt alsook periodiek zondagsdiensten op een andere afdeling draait.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 De Commissie begrijpt het verzoek aldus dat verzoekster de Commissie primair vraagt te beoordelen of verweerder jegens haar onderscheid heeft gemaakt door enkele van haar werkzaamheden, die voorheen niet geüniformeerd werden uitgevoerd, aan te merken als werkzaamheden die in uniform moeten worden uitgevoerd, nu dit voor verzoekster betekent dat zij deze werkzaamheden niet langer kan uitvoeren omdat verweerder niet toestaat dat medewerkers in uniform een hoofddoek dragen. Subsidiair en alleen voor het geval de Commissie oordeelt dat de aanwijzing van uniformtaken geen verboden onderscheid oplevert, vraagt verzoekster een oordeel over het verbod van verweerder op het dragen van een hoofddoek bij het politie-uniform als zodanig.

Achtergrond

3.2 Verweerder staat niet toe dat medewerkers in uniform een hoofddoek dragen. Het beleid op dit punt is in Nederland niet eenduidig en niet alle politieregio's voeren, althans voerden, hetzelfde beleid. De regio Flevoland bijvoorbeeld staat of stond een uniform met hoofddoek wel toe.

3.3 De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) is voornemens hierin meer eenheid te brengen door het onder 2.4 genoemde kledingreglement voor de politie te herzien. De Raad van Hoofdcommissarissen heeft de minister van BZK in 2006 laten weten een 'life style-neutrale' uitstraling van politiefunctionarissen met publiekscontacten voor te staan, waarbij uitingen van een (religieuze) levensstijl tijdens de uitvoering van politiewerkzaamheden niet zijn toegestaan. Het gaat daarbij niet alleen om geloofsuitingen, maar ook om bepaalde haardrachten en sieraden, piercings en tatoeages.

3.4 Op verzoek van de minister van BZK heeft de Commissie in november 2007 advies uitgebracht over de vraag of sprake is van onderscheid op grond van godsdienst als het criterium 'life style-neutraliteit' zo wordt uitgelegd dat de voorgeschreven dienstkleding niet zichtbaar mag worden aangevuld met (onder meer) kledingstukken en accessoires die in verband met de geloofsovertuiging worden gedragen, zoals - bij het huidige politie-uniform dat slechts petten en hoeden kent - met de islamitische hoofddoek het geval is (Advies inzake uiterlijke verschijningsvormen politie: Pluriform uniform? CGB advies 2007/08).

De Commissie constateerde dat de bijzondere positie van de politie in de samenleving aanleiding kan zijn voor een minder strikte toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets. Dat wil zeggen dat bij de beoordeling van kledingreglementen voor de politie met die bijzondere positie rekening moet worden gehouden. Na afweging van de aangedragen argumenten voor een 'life style-neutrale' uitstraling tegen de zwaarwegende belangen van (potentiële) politieagenten die in verband met hun godsdienstige overtuiging kledingstukken dragen die daarmee niet stroken, concludeerde de Commissie dat er vooralsnog geen argumenten waren aangedragen die de noodzaak van het hanteren van het criterium 'life style-neutraliteit' konden aantonen. De Commissie stelde vast dat het aan de minister van BZK is om argumenten aan te dragen die de noodzaak van het hanteren van dit criterium kunnen rechtvaardigen.

3.5 Naar aanleiding van het advies van de Commissie is op 29 november 2007 in de Tweede Kamer aan de minister van BZK gevraagd of zij bereid is een landelijk beleid in te voeren dat bepaalt dat religieuze uitingen door politieagenten in diensttijd niet zijn toegestaan (Kamerstukken II 2007/08, vraagnr. 2070805650). De minister heeft nog niet gereageerd.

Wettelijk kader en het begrip godsdienst

3.6 In artikel 5, eerste lid, onderdeel d van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in samenhang met artikel 1 AWGB, is bepaald dat onderscheid op grond van godsdienst is verboden, onder meer bij de arbeidsvoorwaarden.

3.7 Het begrip godsdienst, dat in de AWGB als beschermde grond is opgenomen, dient overeenkomstig het door de Grondwet en de mensenrechtenverdragen gewaarborgde recht op vrijheid van godsdienst ruim te worden uitgelegd en omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar kunnen gedragen (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 39-40; vergelijk ook Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 29). Dit laatste aspect van de godsdienstvrijheid, ook wel aangeduid als handelingsvrijheid, beoogt betrokkenen onder meer in staat te stellen om hun leven volgens godsdienstige voorschriften en regels in te richten en hier ook anderszins gestalte aan te geven in de eigen leefsituatie en omgeving (vergelijk Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3). Hieruit volgt dat de AWGB tevens bescherming biedt aan gedragingen die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een

godsdienstige overtuiging (onder meer CGB 30 juli 2002, 2002-108). Hieraan doet niet af dat godsdienstige voorschriften op verschillende manieren worden uitgelegd en nageleefd en dat over het dragen van een hoofddoek in moslimkringen verschillend wordt gedacht (zie onder meer: CGB 19 juli 2007, 2007-139; CGB 20 juni 2007, 2007-104 en CGB 21 maart 2007, 2007-44). Hieruit volgt dat verzoekster een beroep kan doen op bescherming van de AWGB tegen onderscheid vanwege godsdienst.

3.8 Het is in beginsel aan een werkgever om aan te wijzen welke werkzaamheden moeten worden uitgevoerd en om instructies te geven over de wijze waarop die werkzaamheden moeten worden uitgevoerd. Die vrijheid wordt echter begrensd door de gelijkebehandelingswetgeving. Het is vaste oordelenlijn van de Commissie dat de bevoegdheid van een werkgever om voorschriften te geven met betrekking tot het dragen van bepaalde, al dan niet uniforme, kleding of dienstkleding tijdens de uitoefening van werkzaamheden als arbeidsvoorwaarde danwel als arbeidsomstandigheid kan worden getoetst aan de gelijkebehandelingswetgeving (vergelijk CGB 17 juni 1999, 1999-56; CGB 2 december 2004, 2004-154 en CGB 1 februari 2007, 2007-18). Dat geldt ook wanneer uitsluitend sprake is van een instructienorm. De gelijkebehandelingswetgeving beoogt de werknemer immers te beschermen tegen discriminerende voorschriften, regels of instructies van de werkgever die hem direct in zijn belang raken (CGB 2 december 2004, 2004-154). De toedeling van werkzaamheden valt eveneens binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelings-wetgeving, óók binnen de politieorganisatie (CGB 2 maart 2006, 2006-20).

3.9 De wetgever heeft er voor gekozen de gelijkebehandelingswetgeving op het handelen van de politie als werkgever van toepassing te laten zijn. De wetgever heeft in de bijzondere positie van de politieorganisatie geen aanleiding gezien om voor de politie, als geheel of op onderdelen, uitzonderingen te maken op het verbod op onderscheid. Dat betekent dat de politie jegens zijn werknemers, net zo min als andere werkgevers, onderscheid mag maken vanwege een van de beschermde gronden. Uiteraard moet met de bijzondere aspecten van de politieorganisatie, zoals gezagsuitoefening en het geweldsmonopolie, rekening worden gehouden bij de beoordeling of sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

Onderscheid?

3.10 Artikel 1 AWGB verbiedt zowel direct als indirect onderscheid. Van direct onderscheid is sprake wanneer rechtstreeks wordt verwezen naar een beschermde grond, in dit geval godsdienstige overtuiging. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen die onderscheid op, in dit geval godsdienst, tot gevolg hebben.

3.11 In de voorliggende situatie is geen sprake van direct onderscheid. Omdat verweerder geüniformeerd personeel verbiedt een hoofddoek te dragen, heeft de aanwijzing van taken als taken die in uniform moeten worden uitgevoerd, wel tot gevolg dat politieambtenaren, die uit godsdienstige overtuiging een hoofddoek dragen, deze werkzaamheden niet kunnen verrichten zonder afbreuk te doen aan deze door hun gevoelde godsdienstige verplichting. Door van verzoekster te verlangen dat zij bepaalde taken in uniform, en dus zonder hoofddoek verricht, maakt verweerder dan ook jegens haar indirect onderscheid op grond van godsdienst.

3.12 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. In dat geval dient de partij die onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

Doel van de aanwijzing als uniformtaak

3.13 Verweerder heeft verklaard dat hij de werkzaamheden in het cellencomplex en aan het loket heeft aangemerkt als werkzaamheden die in uniform moeten worden uitgevoerd, omdat hierbij sprake is van publiekscontacten. Op deze manier wil hij voorkomen dat bij het publiek verwarring ontstaat over de positie van de functionaris. Voor derden, onder wie burgers, vreemdelingen en advocaten, moet duidelijk zijn dat zij te maken hebben met een politiefunctionaris.

3.14 Verweerder benadrukt dat het cellencomplex een locatie is waar de medewerkers informatievoorziening in contact kunnen komen met derden, bijvoorbeeld advocaten. Weliswaar zit de medewerker informatievoorziening in een aparte kamer, en is dus niet in persoon aanwezig bij het horen van vreemdelingen, maar in de gangen van het complex kunnen ontmoetingen voorkomen. Verweerder acht het van belang dat ook politiefunctionarissen die in het cellencomplex werkzaamheden uitvoeren, zoals de medewerkers informatievoorziening, herkenbaar zijn als politiefunctionaris. Daarom heeft hij het uniform voor deze werkzaamheden verplicht gesteld.

3.15 Toen verweerder besloot de taken in het cellencomplex in uniform te laten uitvoeren, heeft hij nog eens gekeken naar andere functietaken van de medewerkers informatievoorziening. Hij heeft toen geconcludeerd dat ook de loketwerkzaamheden in uniform moesten worden uitgevoerd, zodat burgers weten dat zij met een politiefunctionaris te maken hebben.

3.16 Verweerder benadrukt dat met het uniform de neutraliteit van de overheid ten opzichte van zijn burgers tot uitdrukking wordt gebracht. Hij acht een neutrale gezagsuitstraling naar de burgers van belang. De politie als handhaver en geweldsmonopolist is bij uitstek gehouden tot een neutrale handelwijze en uitstraling, aldus verweerder.

3.17 Het doel van de aanwijzing als uniformtaak, en dus van het indirecte onderscheid kan derhalve worden samengevat als herkenbaarheid voor het publiek en een neutrale gezagsuitstraling.

3.18 De Commissie acht deze doelstelling van verweerder legitiem, zeker gelet op de bijzondere taken en bevoegdheden van de politie in de samenleving. Herkenbaarheid en een neutrale gezagsuitstraling van politiefunctionarissen kunnen om tal van redenen van belang zijn, bijvoorbeeld in verband met handhaving van de openbare orde op straat en in verband met het veiligheidsgevoel van het publiek. Dat eisen van neutraliteit verschillend kunnen worden uitgelegd doet niet af aan de legitimiteit van het doel (zie ook voornoemd CGB advies 2007/08, blz.16).

3.19 De Commissie stelt vast dat het middel, het verplicht voorschrijven van een uniform voor bepaalde werkzaamheden waarbij sprake is van publiekscontacten, in zijn algemeenheid geschikt kan zijn om het doel van herkenbaarheid en neutrale gezagsuitstraling te bereiken. Een uniform draagt immers in algemene zin bij aan de herkenbaarheid van de politieambtenaar en aan zijn neutrale gezagsuitstraling.

3.20 Het laatste criterium waaraan wordt getoetst of indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd is, is zoals gezegd de noodzakelijkheid. Daarbij gaat het zowel om de vraag of er geen minder onderscheidmakende middelen kunnen worden ingezet, als om een afweging van de in geding zijnde belangen. De vraag is dan of het belang van een werkgever, gegeven zijn doelstelling, zwaarder moet wegen of het belang van de werknemer, in dit geval het belang van verzoekster bij het volledig kunnen uitvoeren van alle bij haar functie behorende werkzaamheden, zonder daarbij haar godsdienstige overtuiging geweld aan te hoeven doen. De Commissie zal deze afweging voor de twee functietaken afzonderlijk maken.

Werkzaamheden in het cellencomplex

3.21 Verzoekster bestrijdt dat het dragen van een uniform van belang is voor de herkenbaarheid bij de werkzaamheden die zij verricht in het cellencomplex. In het complex moet te allen tijde een pasje worden gedragen waardoor haar functie steeds kenbaar is. Daar kan daarom geen misverstand over bestaan. Verwarring in verband met de uitvoering van functietaken is uitgesloten. Er kan hooguit sprake zijn van een toevallige ontmoeting in de gangen met bijvoorbeeld een advocaat. Verzoekster wijst erop dat ook politierechercheurs die in het cellencomplex werkzaam zijn doorgaans geen uniform dragen, en dus ook niet bij toevallige ontmoetingen in de gang.

3.22 Verweerder weerspreekt niet de gang van zaken in het cellencomplex rondom contacten met derden, zoals verzoekster deze heeft geschetst. De Commissie stelt daarom vast dat verzoeksters werkzaamheden in het complex geen enkel formeel direct contact met derden vraagt. Zij verricht haar werkzaamheden in een aparte kamer. Derden - tolken, advocaten - kunnen haar alleen tegenkomen wanneer zij van of naar die kamer gaat. Dat betekent dat het doel van herkenbaarheid en gezagsuitstraling feitelijk geen betekenis heeft voor deze werkzaamheden. Hoewel sprake kan zijn van toevallige ontmoetingen op de gang, geldt hier dat verzoeksters functie blijkt uit het pasje. Bovendien stelt de Commissie vast dat het hier gaat om een institutionele omgeving waar ook andere politiefunctionarissen zonder uniform vergelijkbare toevallige ontmoetingen kunnen hebben. Verweerder heeft de Commissie niet duidelijk kunnen maken waarom het dragen van een uniform juist voor verzoekster en haar collega's van groot belang wordt geacht binnen deze context.

3.23 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, weegt het belang van verweerder bij de aanwijzing van verzoeksters werk in het cellencomplex als werk dat in uniform moet worden verricht, ondanks de speciale positie van verweerder in de samenleving, in dit geval niet op tegen het belang van verzoekster bij het kunnen uitvoeren van haar werk in het cellencomplex, zonder daarbij haar godsdienstige overtuiging geweld aan te hoeven doen.

3.24 Het gemaakte indirecte onderscheid voor wat betreft de werkzaamheden in het cellencomplex is dan ook niet objectief gerechtvaardigd.

Loketwerkzaamheden
3.25 Verzoekster heeft gesteld dat zij de loketfunctie sedert 1998 in burgerkleding, de afgelopen jaren mét hoofddoek, heeft uitgevoerd, zonder een enkel probleem. Uitsluitend omdat de discussie over het dragen van een uniform in het cellencomplex ontstond, moest zij ook ineens bij de loketwerkzaamheden een uniform dragen, aldus verzoekster. Verzoekster wijst er op dat het op kantoor regelmatig voorkomt dat zij wordt gevraagd om - informeel - collega's bij te staan in verhoorsituaties door te vertalen. Ook dan heeft zij geen uniform aan. Van deze praktijk heeft verweerder nooit een probleem gemaakt. Bovendien wordt ook ander politiewerk met publiekscontacten - bijvoorbeeld recherchewerk - vaak in burger verricht.

3.26 Ook hier moet de vraag worden beantwoord of het dragen van een uniform bij de loketwerkzaamheden noodzakelijk is in verband met herkenbaarheid en een neutrale gezagsuitstraling. De Commissie stelt vast dat verweerder niet betwist dat de uitvoering van de loketfunctie in burgerkleding niet tot problemen heeft geleid in de afgelopen tien jaar. Ook het feit dat verzoekster de functietaak de laatste jaren met hoofddoek vervulde heeft geen problemen veroorzaakt. Het is in dit licht begrijpelijk dat verzoekster zich afvraagt waarom zij nu gedwongen wordt te kiezen tussen twee voor haar zwaarwegende belangen, enerzijds een volledige functie-uitoefening en anderzijds de vervulling van een door haar gevoelde godsdienstige verplichting, terwijl daar voor haar geen duidelijk belang van verweerder tegenover staat.

3.27 Daar staat tegenover dat bij loketwerkzaamheden sprake is van publiekscontacten en dat het uniform de aangewezen wijze is voor de politie om hierbij herkenbaarheid en een gezagsuitstraling van functionarissen te waarborgen. Mede gelet op noodzaak om bij de afweging van de belangen van partijen rekening te houden met de speciale positie van de politie in de samenleving, oordeelt de Commissie dat de politie moet kunnen besluiten dat bij publiekscontacten een uniform moet worden gedragen, zelfs als er in voorgaande jaren geen problemen zijn geweest. De politie komt in dezen een ruime beoordelingsvrijheid toe.

3.28 De Commissie oordeelt dan ook dat het indirecte onderscheid dat verweerder maakt jegens verzoekster door haar te instrueren de loketwerkzaamheden in uniform uit voeren, objectief gerechtvaardigd is omdat verweerder zijn belang bij herkenbaarheid en een neutrale gezagsuitstraling van haar functionarissen zwaar heeft mogen laten wegen.

De combinatie van politie-uniform en hoofddoek
3.29 Verzoekster heeft de Commissie gevraagd om, indien de Commissie zou oordelen dat verweerder één of beide taken heeft mogen aanwijzen als uniformtaken, vervolgens te beoordelen of verweerder onderscheid maakt door verzoekster niet toe te staan in uniform haar hoofddoek te dragen.

3.30 De Commissie heeft, zoals gezegd (zie 3.4), eerder op verzoek van de minister aangegeven hoe een eventueel (expliciet, landelijk) verbod op het dragen van een hoofddoek in combinatie met een politie-uniform, zich verhoudt tot de eisen die de gelijkebehandelingswetgeving stelt. Zij heeft daarbij aangegeven hoe de belangen van de politieorganisatie enerzijds en van gelovigen die aan bepaalde godsdienstige verplichtingen willen voldoen anderzijds, tegen elkaar moeten worden afgewogen. In dit verband is van belang dat een verbod op het dragen van een hoofddoek (maar ook andere kledingstukken die uit geloofsovertuiging worden gedragen) tot gevolg heeft dat leden van specifieke bevolkingsgroepen worden uitgesloten van deelname aan belangrijke onderdelen van het politiewerk.
Een dergelijke uitsluiting van arbeidsmarktparticipatie, in het bijzonder waar het gaat om een overheidsorganisatie met zo'n geheel eigen, belangrijke rol in de samenleving als de politie, moet op zwaarwegende belangen berusten. Dit geldt te meer wanneer de wens van de politieorganisatie om een afspiegeling te zijn van de samenleving in ogenschouw wordt genomen.

3.31 Het is de Commissie bekend dat de minister van BZK zich op dit moment beraadt op een reactie op de onder 3.5 bedoelde Kamervragen en op herziening van het onder 2.4 genoemde kledingreglement voor de politie. Op korte termijn kan een reactie worden verwacht. Gegeven de scheiding der machten - de

taakverdeling tussen bestuur en (semi-)rechtspraak - en de omstandigheden dat de Commissie de minister in dezen al heeft geadviseerd en dat op korte termijn meer duidelijkheid hierover te verwachten is van de zijde van het bestuur, zal de Commissie deze subsidiair door verzoekster voorgelegde vraag thans niet beantwoorden. Hoewel wellicht onbevredigend voor verzoekster, meent de Commissie dat het in dit bijzondere geval van belang is om de verhoudingen tussen bestuur en (semi)rechtspraak te respecteren.

Conclusie
3.32 Het door verweerder gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst jegens verzoekster door aanwijzing van haar werkzaamheden in het cellencomplex als uniformtaken, gegeven het feit dat verweerder niet toestaat bij het uniform een hoofddoek te dragen, is niet objectief gerechtvaardigd omdat daar feitelijk geen sprake is van publiekscontacten. Bij de loketwerkzaamheden is hiervan wel sprake. Mede gelet daarop is het gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst jegens verzoekster bij de aanwijzing van die werkzaamheden tot uniformtaken wel objectief gerechtvaardigd. Aan beantwoording van de subsidiaire vraag van verzoekster of verweerder onderscheid maakt op grond van godsdienst door verzoekster niet toe te staan in uniform haar hoofddoek te dragen, komt de Commissie niet toe, nu de minister van BZK hierover naar verwachting op korte termijn meer duidelijkheid zal verschaffen.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat Politiekorps Amsterdam-Amstelland jegens . . . .:

- verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst maakt bij de arbeidsvoorwaarden ten aanzien van de werkzaamheden in het cellencomplex;
- geen verboden onderscheid op grond van godsdienst maakt bij de arbeidsvoorwaarden, voorzover het betreft de loketwerkzaamheden.

Voor het overige onthoudt de Commissie zich van een oordeel.

5 Aanbeveling

Een verbod op het dragen van een hoofddoek bij een politie-uniform heeft voor een aanzienlijk aantal vrouwen met een islamitische geloofsovertuiging tot gevolg dat zij niet kan deelnemen aan belangrijke onderdelen van het politiewerk. Daarmee heeft dit verbod ook gevolgen voor de door de politie gewenste afspiegeling van de samenleving in haar personeelssamenstelling.
Daarom beveelt de Commissie aan om, voor zover landelijk of in bepaalde politieregio's is of wordt besloten dat het dragen van een hoofddoek niet is toegestaan in combinatie met het politie-uniform, bij het voornemen om bepaalde werkzaamheden als uniformtaken aan te wijzen steeds het belang hiervan af te wegen tegen voormelde zwaarwegende gevolgen.

Aldus gegeven te Utrecht op 23 oktober 2008
door mr. Ch.M. van der Bas, voorzitter,
mr. M. van den Brink en mr. L. Doyer, leden
van de Commissie Gelijke Behandeling,
in tegenwoordigheid van mr. B. Bos, secretaris.

Noot door mr. J. Uzman

1. 'Een spook waart door Europa'. Aan dit zinnetje, waarmee in 1847 het Communistisch Manifest begon, moest ik denken bij het lezen van het hiervoor afgedrukte oordeel. Ook daarin lijkt namelijk een spook op te duiken, zij het eentje van een geheel andere orde: het Procola-spook. Wat daarmee bedoeld wordt en waarom ik denk dat dit spook wellicht door de hoofden van de Commissieleden waart, licht ik hierna verder toe. Alvorens dat te doen schets ik kort de inhoud van het oordeel. Bij die inhoud, het hoofddoekverbod, zal ik niet lang stilstaan. Niet dat hoofddoekverbod, maar de rol van de Commissie als semi-rechter in de Trias Politica staat in deze noot centraal.

2. De hiervoor afgedrukte zaak draait om twee kwesties. De Amsterdamse politie hanteert het uitgangspunt dat bij het uniform geen hoofddoek gedragen wordt. Voor verzoekster, die haar werk altijd met hoofddoek heeft uitgevoerd, was dat tot dusverre geen groot probleem omdat zij niet verplicht was een uniform te dragen. Wanneer de korpsleiding nu van haar mag verlangen dat zij een uniform aantrekt, wordt dat wel een probleem, want dan moet de hoofddoek op bepaalde momenten worden afgelegd. Daarom is de eerste vraag die de verzoekster de Commissie voorlegt, of de korpsleiding van het politiekorps Amsterdam-Amstelland haar wel mag verplichten een uniform te dragen wanneer zij achter een loket, respectievelijk in een cellencomplex werkzaam is. De Commissie meent dat in een dergelijk geval sprake is van indirect onderscheid naar religie. Zij komt met betrekking tot de diensten in het cellencomplex tot de slotsom dat

daarvoor onvoldoende rechtvaardiging bestaat. In het geval van loketwerkzaamheden acht de Commissie de recht-vaardiging wel van voldoende gewicht. Nu deze verzoekster haar hoofddoek niet wenst af te nemen, rijst de tweede vraag: wordt met het verbod om bij het politieuniform een hoofddoek te dragen als zodanig een ongerechtvaardigd onderscheid naar godsdienst gemaakt? Over het antwoord van de Commissie op deze vraag, of liever het gebrek daaraan, wil ik het in deze noot hebben.

3. Opvallend is namelijk dat de Commissie meent er beter aan te doen deze tweede vraag niet te beantwoorden. Daarvoor heeft de Commissie twee met elkaar samenhangende, maar toch van elkaar te onderscheiden redenen. In onderdeel 3.4 maakt zij er gewag van dat zij in 2007 al een advies aan de Minister van BZK heeft uitgebracht, waarin relatief uitvoerig wordt ingegaan op de vraag hoe het criterium '*lifestyle*-neutraliteit' zich verhoudt tot de wetgeving omtrent gelijke behandeling (CGB Advies/2007/08). Daarnaast wijst de Commissie er op dat de minister zich (ten tijde van haar oordeel) nog aan het beraden is omtrent een reactie op Kamervragen. De PVV vroeg de regering eind 2007 om het advies van de CGB uitdrukkelijk te verwerpen en uit te spreken dat het dragen van de hoofddoek tijdens het vervullen van politietaken absoluut onwenselijk is. Zij verzocht de minister in dat kader om landelijk beleid en om opheffing van de CGB (zie *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, nr. 941). De minister antwoordde de Kamer dat zij over deze kwestie pas een standpunt zou innemen na consultatie van verschillende betrokkenen zoals de raad van hoofdcommissarissen en de vakbonden. De Commissie wil de minister niet voor de voeten lopen en overweegt dat de scheiding der machten, de taakverdeling en verhouding tussen bestuur en (semi-)rechtspraak haar ertoe nopen zich te onthouden van een oordeel over de mogelijke discriminatie van verzoekster.

4. Welke van deze beide redenen de doorslag geeft voor het abstineren blijft enigszins in de lucht hangen. Misschien bedoelt de Commissie hen ook niet te scheiden. Toch lijkt dat voor de hand te liggen. Met het eerste argument (de Commissie heeft reeds in algemene zin over het onderwerp geadviseerd) zou zij kunnen doelen op de vraag of zij nog wel onbevangen tegenover deze kwestie staat (ik kom daar later op terug). Het tweede argument lijkt te verwijzen naar het adagium dat de rechter zich doorgaans terughoudend opstelt wanneer de wetgever nadenkt over de wijziging van een regime, teneinde deze daarbij niet te storen. Royer, oud-president van de Hoge Raad, sprak in dat kader wel van de 'broedende kip' (vgl. *NJB* 1995, 886; zie ook het, vermoedelijk bekendere, artikel van J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken, *NJB* 1995, 1027). Dergelijke beeldspraak wordt veelal gebruikt in het kader van het leerstuk van rechterlijke rechtsvorming. Daarvan spreekt men wanneer de rechter het geldende recht wezenlijk verandert door middel van interpretatie of door het niet toepassen van een regel ten gunste van een andere (hogere), of zelfs een eigen norm. Dat laatste doet zich nog wel eens voor in het kader van de toetsing aan mensenrechtenverdragen. De rechter is dan immers gehouden een, met verdragsrecht strijdige bepaling buiten toepassing te laten op basis van artikel 94 Grondwet. Dat is een drastische maatregel die bovendien de klager lang niet altijd verder helpt. Het komt daarom wel voor dat de rechter meent dat het bieden van rechtsbescherming zijn rechtsvormende taak te buiten gaat (het standaardarrest is tegenwoordig HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271, *Arbeidskostenforfait*).

5. Bij de beslissing of de rechter wel of niet door middel van interpretatie nieuw recht mag vormen, speelt geregeld een rol of de wetgever intussen al bezig is de regeling te wijzigen. Zo zag de Hoge Raad er verschillende keren van af om te toetsen of de Algemene wet rijksbelastingen vanwege het ontbreken van hoger beroep in het belastingrecht in strijd was met artikel 14, vijfde lid, IVBPR, omdat de wetgever bezig was het stelsel van belastingrechtspraak te herzien (bijv. HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197, en HR 23 januari 2004, *JB* 2004/75). Ook als het om gelijke behandeling gaat past de rechter er soms voor de wetgever voor de voeten te lopen. Zo wees de Hoge Raad de vordering af van een niet erkend onwettig kind dat op basis van artikel 14 EVRM op gelijke voet met wettige kinderen wilde erven van zijn verwekker. De Raad ging niet in op de vraag of voor de ongelijke behandeling van wettige en onwettige kinderen een objectieve rechtvaardigingsgrond bestond. Daarbij speelde met name een rol dat regering en parlement inmiddels al geruime tijd worstelden met een wetswijziging. Bij het maken van een zo verantwoord mogelijke afweging tussen alle betrokken belangen wilde de rechter hen niet storen (HR 17 januari 1997, *NJ* 1997/483). In deze zaken hield de rechterlijke terughoudendheid steeds verband met de *gevolgen* van een mogelijke vaststelling dat sprake was van een verdragsschending. Het komt echter ook wel voor dat de rechter de principiële vraag naar de rechtvaardigingsgrond van een ongelijke behandeling een kwestie voor de wetgever acht. Toen de vraag of het hanteren van leeftijdsgrenzen in het arbeidsrecht geoorloofd was, onderwerp van debat

vormde in het parlement, meende de rechter bijvoorbeeld er verstandig aan te doen zich daarover niet uit te spreken (HR 13 januari 1995, *NJ* 1995/430, *Codfried/ISS*). Rechterlijk abstineren beperkt zich trouwens niet tot het broeden door de formele wetgever. Zo overwoog de President van de Rechtbank Utrecht enige jaren geleden nog, in navolging overigens van de CGB, dat met de regeling inzake de zogenaamde Pas 65 een indirect onderscheid naar burgerlijke staat werd gemaakt. Toch meende hij dat het toekennen van de pas aan de benadeelde zijn rechterlijke taak te buiten ging. Daarbij speelde een rol dat er verschillende mogelijkheden waren om de ongelijke behandeling op te heffen en dat de Staatssecretaris van VWS die inmiddels bestudeerde (Pres. Rb. Utrecht 25 januari 1999, *JB* 1999/76). Op dit rechterlijk abstineren is kritiek mogelijk. Zo kan men vinden dat de rechter niet de bevoegdheid heeft om het opheffen van strijd tussen lager en hoger recht aan een ander orgaan over te laten (zie het hiervoor, onder punt 4, genoemde artikel van De Boer uit 1995). Ook kan men van oordeel zijn dat de effectieve bescherming van grondrechten met abstineren niet gediend is. In dat kader is er door verschillende auteurs op gewezen dat een dergelijke praktijk mogelijk spanning oplevert met artikel 13 EVRM, dat immers beweerdelijke slachtoffers van mensenrechtenschendingen een recht op een effectief rechtsmiddel (een *effective remedy*) garandeert. (vgl. bijv. S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, 747). Weigert de rechter dus in te gaan op de klacht dat men in een EVRM-recht is geraakt, of stelt hij weliswaar een schending vast, maar weigert hij aan die vaststelling concrete gevolgen te verbinden, dan wordt wel betoogd dat de rechter in strijd handelt met het, onder meer door artikel 13 EVRM beschermde, recht op effectieve rechtsbescherming.

6. De vraag dringt zich op of ook de CGB zich deze kritiek aan zou moeten trekken. Voor mij zou het antwoord op die vraag luiden: ja en nee. Het bezwaar dat het opheffen van strijd tussen lagere en hogere regel niet mag worden overgelaten aan een ander orgaan is in het geval van de Commissie irrelevant omdat de CGB dat normaal gesproken altijd moet doen. De Commissie gáát met andere woorden niet over de verbindendheid van voorschriften. Volgt de in het ongelijk gestelde partij het oordeel van de Commissie niet op, dan zal men zich voor rechtsherstel tot de rechter moeten wenden. Formeel gesproken behoeft de Commissie zich daarom evenmin de kritiek aan te trekken dat zij de verzoekster op dit punt geen effectieve rechtsbescherming kan bieden. Haar rechtsbescherming is, zeker wanneer men de Straatsburgse maatstaven met betrekking tot artikel 13 EVRM aanlegt, welhaast per definitie gebrekkig. Dat neemt niet weg dat de CGB in de praktijk wel een belangrijke rol te spelen heeft bij het tegengaan van ongelijke behandeling. Zo kan het feit dat men van een onafhankelijk orgaan te horen krijgt dàt men ongelijk is behandeld een vorm van genoegdoening, en daarmee onder omstandigheden rechtsbescherming, betekenen (vgl. D. Shelton, *Remedies in international human rights law,* Oxford: Oxford University Press 2005, 255). Bovendien kan rechtsbescherming ook gelegen zijn in het externe effect dat van een gezaghebbend Commissie-oordeel uitgaat. Een negatief oordeel zou voor de korpsleiding aanleiding kunnen zijn het beleid te herzien, of kan de verzoekster in een rechterlijke procedure behulpzaam zijn (zie voor de rol van de CGB o.m. J. Goldschmidt, 'Gelijke behandeling in Europa: een grondrecht apart?', *NJCM-Bulletin* 2005, 285, en A.G. Castermans, 'Rol en betekenis van de CGB', *SMA* 2007, 370). Dit alles relativeert de stelling dat de CGB geen enkele rechtsbescherming te bieden heeft. In maatschappelijk opzicht is dat naar mijn mening geregeld het geval, zeker wanneer nog geen schade is geleden. Daarmee is niet gezegd dat de Commissie een 'effectief rechtsmiddel' in de zin van het zojuist genoemde artikel 13 EVRM is. Op zijn minst is daarvoor vereist dat het oordeel van de Commissie bindend is (*Silver t. Verenigd Koninkrijk,* EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72). Deze binding hoeft niet noodzakelijkerwijs formeel te zijn vastgelegd: wanneer zich een vaste praktijk ontwikkelt waarbij bestuur, rechter en samenleving consequent gevolg geven aan de oordelen van de CGB en de vastgestelde ongelijke behandeling steevast gestaakt wordt, dan schuift de Commissie op in de richting van wat men in Straatsburg beschouwt als een effectief rechtsmiddel (vgl. *Leander t. Zweden,* EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81). Zover is het, dunkt mij, echter nog niet. Afgezien van deze kwestie is het evenwel duidelijk dat de Commissie wel degelijk een rol vervult bij de bescherming van slachtoffers van ongelijke behandeling. Juist zo'n rol brengt een zekere verantwoordelijkheid met zich. Dat wil niet zeggen dat de Commissie zich nu plotsklaps als rechter en als *Hüter der Verfassung* voor wat betreft de AWGB moet gaan opwerpen, en evenmin dat zij geen enkele ruimte meer heeft om van het geven van een oordeel af te zien, maar zij zou met deze rol in haar achterhoofd wellicht kunnen aangeven welke zwaarwegende reden haar daartoe noopt.

7. Het is nog maar de vraag of van een dergelijke zwaarwegende reden sprake is. De Commissie noemt in dat verband de machten-

scheiding, maar die term is gemakkelijk opgeworpen. Het staat nog te bezien of semi-rechtspraak en rechtspraak op dit punt te vergelijken zijn. De rechter dient zich rekenschap te geven van de grenzen van zijn rechtsvormende taak, precies omdat inmiddels vrij algemeen erkend wordt dat hij een rechtsvormende taak bezit. Die is er vooral in gelegen dat de rechter de samenleving richting kan geven door zijn beslissingen en daarbij speelt naar mijn mening een belangrijke rol dat zijn oordeel rechtsgevolg heeft. Zou het voor de wetgever al mogelijk zijn dergelijk rechtersrecht te wijzigen, dan zouden in relatief korte tijd verschillende regelingen elkaar opvolgen met alle nadelige gevolgen van dien voor de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. De Commissie kan geen gevolgen aan haar oordeel verbinden. Als zij daarom al geacht moet worden een rechtsvormende taak te hebben, dan is dat een beperkte. Het staat het bestuur, ja zelfs de samenleving, vrij om het oordeel te negeren en dat maakt nogal een verschil voor de vraag of de Commissie de minister al te hinderlijk voor de voeten loopt. Had zij nu wel een oordeel gegeven en was de minister een maand later tot een andere inschatting gekomen, dan had dat hoogstens geleid tot enig gezichtsverlies (voor wie mag men zelf invullen). Wie het reeds uitgebrachte advies bestudeert merkt trouwens dat dit de minister nog enige ruimte geeft. De Commissie meent dat de noodzakelijkheid van kledingvoorschriften bij de politie nog niet is aangetoond. Gelet op de bijzondere positie van de politie in de samenleving lijkt dat echter niet onmogelijk en de Commissie laat het aan de minister over om een en ander te beargumenteren. Dat laat de mogelijkheid open dat de Commissie bepaalde argumenten in een concreet geval te licht bevindt terwijl de minister diezelfde argumentatie even later in haar brief naar voren brengt. Omgekeerd, hoewel minder voor de hand liggend, kan het zijn dat de Commissie meent dat het kledingvoorschrift toelaatbaar is, terwijl de minister in haar reactie op het rapport meent dat er onvoldoende redenen zijn om tot dergelijke vergaande kledingvoorschriften te komen. Dat laatste zou voor de minister vermoedelijk wat politieke strubbelingen betekenen, maar in beide gevallen zou geen sprake zijn van onherstelbare schade, eerder van een gezond publiek debat.

8. De Commissie lijkt echter nog een andere reden te hebben om van oordeelsvorming in deze kwestie af te zien. Expliciet noemt ze de omstandigheid dat zij de minister daarover eerder geadviseerd heeft. Het kan natuurlijk zijn dat zij dat alleen maar doet in het kader van de hiervoor behandelde argumentatie. Maar misschien heeft de Commissie iets anders op het oog. Zou zij bang kunnen zijn voor het eerder genoemde Procola-spook?

9. In 1995 veroordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Procola t. Luxemburg* de vermenging van rechtsprekende en adviserende taken bij, in dat geval, de Luxemburgse Raad van State (EHRM 28 september 1995, *NJ* 1995/667). Door de regering eerst omtrent een regeling te adviseren, en de verbindendheid daarvan vervolgens in het kader van een bestuursrechtelijke procedure te toetsen, was de objectieve onpartijdigheid van vier van de vijf staatsraden volgens het Hof niet gewaarborgd, hetgeen een schending van artikel 6 EVRM betekende. Deze uitspraak heeft in heel Europa voor onrust gezorgd. Verschillende landen kennen immers rechterlijke instanties die tevens adviseren (zie daarover A.J. Bok, 'Procola – ook elders in Europa een probleem?', *NTB* 2002, 261). Daarbij speelde een rol dat aanvankelijk onduidelijk was of het EHRM zijn pijlen richtte tegen de institutionele combinatie van advisering en rechtspraak als zodanig, of dat het 'slechts' meende dat de Luxemburgse staatsraden in kwestie de schijn van partijdigheid tegen zich hadden omdat zij in meerderheid bij de advisering betrokken waren geweest. De zaken *McGonnell t. Verenigd Koninkrijk* en *Kleyn t. Nederland* (EHRM 8 februari 2000, *AB* 2000/269, resp. EHRM 6 mei 2003, *AB* 2003/211) lijken inmiddels te wijzen op het laatste: de combinatie van advisering en rechtspraak binnen één instituut levert als zodanig niet een – met artikel 6 EVRM strijdige – schijn van partijdigheid op, maar in individuele gevallen kan daarvan wel sprake zijn. Deze relatieve onduidelijkheid heeft tot gevolg dat met name landen die rechterlijke instituties met een adviestaak kennen, het risico lopen dat zij wegens schending van artikel 6 EVRM worden veroordeeld.

10. Gaat deze vrees voor de schijn van partijdigheid ook voor de CGB op, en is het in dat verband misschien beter van het geven van een oordeel af te zien? Een en ander is afhankelijk van een aantal factoren. Het gaat mij daarbij niet om de vraag of deze mogelijke schijn aanleiding zou kunnen zijn voor een klacht tegen Nederland wegens schending van artikel 6 EVRM. Daarvan zal normaal gesproken geen sprake zijn omdat het artikel, behalve op strafvervolging, uitsluitend op de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen ziet. Nog afgezien van de vraag of er in dit geval burgerlijke rechten of verplichtingen in het geding zijn (het feit dat het om een politieambtenaar gaat hoeft na het arrest *Vilho Eskelinen t. Finland,* EHRM 19 april 2007, *AB* 2007/317, weliswaar geen probleem meer te zijn, maar

wel misschien de vraag of een kledingvoorschrift kwalificeert als 'burgerlijke verplichting'), is het bepaald kwestieus of van de *vaststelling* van dergelijke rechten of verplichtingen kan worden gesproken. De procedure voor de Commissie is namelijk niet in voldoende mate rechtstreeks bepalend voor de uitkomst of sprake is van een rechtmatige plicht de hoofddoek niet te dragen. Haar oordeel of sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid in de zin van de AWGB is immers niet bindend. Maar ook los van de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de CGB, is het voor haar van belang om de schijn van partijdigheid niet tegen te hebben. Daarvoor zijn twee redenen aan te wijzen. Ten eerste, het is in deze noot al eerder ter sprake gekomen, is de kracht van de CGB nu juist gelegen in het gezag waarmee haar oordelen gepaard gaan. Dat gezag taant snel wanneer het publiek de indruk krijgt dat de Commissie zich niets gelegen laat liggen aan fundamentele procedurevereisten. Zeker als het gaat om een mogelijke schijn van partijdigheid is het van belang om niet de grenzen van het aanvaardbare op te zoeken. Mede als gevolg van dat gezag, hebben oordelen van de Commissie een zekere (zo niet grote) invloed op de rechtspraak inzake het gelijkheidsbeginsel in Nederland. Indirect kan dus een oordeel van de CGB wel degelijk bepalend zijn voor de vaststelling van een burgerlijk recht. Nu zou men natuurlijk kunnen redeneren dat de procedure voor de Commissie weliswaar niet irrelevant is, maar evenmin van een zodanig fundamenteel belang dat alle waarborgen van artikel 6 EVRM zouden moeten gelden. Men kan immers nog altijd bij de onafhankelijke rechter terecht en deze is aan een eventueel oordeel van de Commissie niet gebonden. Ik acht dit argument persoonlijk niet overtuigend. Het enkele feit dat de burger een keuze heeft om in plaats van (of na) de gang naar de CGB, een gokje bij de rechter te wagen (en let wel: niet alle benadeelden hebben die keuze, alleen al vanuit financieel oogpunt), ontslaat CGB en Staat er niet van om ervoor te zorgen dat ook de procedure bij de CGB voldoet aan de elementaire eisen die artikel 6 EVRM stelt. Juist het feit dat de rechter aan het oordeel van de Commissie doorgaans gewicht toekent is in dat verband van belang. Alle reden dus om de Straatsburgse rechtspraak over artikel 6 EVRM serieus te nemen, ook wanneer men ervan uit gaat dat het artikel als zodanig niet op de procedure voor de CGB van toepassing is.

11. Een en ander roept de vraag op of de gecombineerde taakstelling van de Commissie – oordelen of in individuele gevallen sprake is van ongerechtvaardigd onderscheid, het geven van adviezen, en het procederen namens benadeelde (groepen) burgers – niet een inherente partijdigheid in zich draagt. Is de CGB nu een onafhankelijk en onpartijdige pseudo-rechter, een kundig adviseur van regering, parlement en samenleving of is zij de beschermvrouwe van benadeelde burgers? Met name die eerste en de laatste rol kunnen zo af en toe frontaal op elkaar botsen. Bij die, nogal alomvattende taak plaatste Paul van der Heijden ruim vijftien jaar geleden al kanttekeningen: met name de combinatie van de bevoegdheden om als semi-rechter oordelen te geven en om als toezichthouder op te treden waren volgens hem moeilijk verenigbaar (P.F. van der Heijden, 'Nieuwe Commissie Gelijke Behandeling: een hybride', *NJB* 1993, 829). Het heeft er alle schijn van dat de wetgever niet helemaal duidelijk voor ogen stond welke rol de CGB te vervullen had. Ik kan niet overzien of dat daadwerkelijk het geval was. Het kan evengoed zijn dat men van mening was dat het hier ging om een waardevolle kruisbestuiving. Desalniettemin deel ik de vrees van Van der Heijden, dat op deze manier bij het optreden van de Commissie te gemakkelijk vraagtekens zijn te plaatsen. Weliswaar geldt dat bij de combinatie advisering-rechtspraak in mindere mate dan bij de combinatie rechtspraak-toezicht, maar het blijft voor de Commissie op eieren lopen. Met het nadenken over de komst van een Nationaal Instituut voor de Rechten van de Mens (NIRM) lijkt het daarom voor de hand te liggen om wederom te bezien wat precies de rol van de CGB of van dat NIRM zou moeten zijn: een instituut naar Angelsaksisch model dat voornamelijk een toezichthoudende en een informerende rol heeft, of een gespecialiseerde rechter (al dan niet met dito bevoegdheden)? Wie het weet mag het zeggen.

12. Men kan zich bij al deze bezorgdheid overigens wel afvragen of het Procola-probleem zich in deze zaak strikt genomen wel voor heeft gedaan. Ging het wel over precies dezelfde rechtsvragen? En leidt een en ander, gelet op het advies dat de Commissie in deze kwestie uitbracht, wel dwingend tot de conclusie dat de leden die in deze zaak moesten oordelen geen *open mind* meer hadden? Het kwam hiervoor al ter sprake: de Commissie laat in het advies de cruciale vraag naar de rechtvaardiging voor een hoofddoekverbod vooralsnog open. Het schetst voornamelijk in abstracto de relevante criteria die daarbij een rol spelen. Bij het beoordelen van de argumentatie van het korps Amsterdam waren de Commissieleden dan ook relatief vrij. Wanneer de Commissie zich bij een dergelijke manier van adviseren houdt, valt het vermoedelijk wel mee met mogelijke Procolaproblemen en behoeft men het probleem niet te overdrijven. Wel is het zaak om goed

in de gaten te blijven houden in hoeverre een oordeel en een advies elkaar eventueel toch kunnen bijten, bijvoorbeeld omdat de Commissie in het advies eens verder is gegaan dan hiervoor werd geschetst. In die zin: alle hulde voor het feit dat de CGB zich in deze zaak bewust heeft getoond van de problematiek. Doet zich een dergelijk geval voor dan zou de Commissie, zoals zij in deze kwestie heeft gedaan, kunnen overwegen om te abstineren. Verzoekster zal dan haar heil moeten zoeken bij de rechter, hetgeen in sommige gevallen een (te) hoge drempel kan zijn. Maar omdat het gaat om uitzonderlijke kwesties zou men dan kunnen overwegen dat het belang van een smetteloze reputatie voorgaat. Eventueel is ook een alternatief denkbaar, waarbij de Commissieleden die het advies hebben geschreven zich laten vervangen door andere of plaatsvervangende leden. Dan doet zich overigens nog steeds het probleem voor dat ook die leden zich gebonden zullen voelen aan hetgeen de CGB als instituut heeft geadviseerd. Maar het is de vraag of dàt de kern van het probleem is. Deze situatie doet zich immers ook voor wanneer de CGB te maken krijgt met een geval dat lijkt op een geval waarin zij al eerder een oordeel uit heeft gesproken. Waar het om gaat is niet zozeer dat de oordelende leden zich niet gebonden voelen aan eerdere standpunten van de Commissie, maar dat zij onbevangen en met een frisse blik tegenover de materie staan.

13. Overigens heeft de minister kort na de publicatie van het oordeel inderdaad een brief naar de Kamer gestuurd met een nadere reactie op de hiervoor genoemde Kamervragen van de PVV (*Kamerstukken II* 2008/09, 29 629, nr. 109). Hierin onderstreept zij het belang van een neutrale, uniforme en gezagsvolle uitstraling van de politie, en deelt zij mee dat het kabinet op het terrein van kledingvoorschriften overweegt met landelijke regelgeving te komen. Het uitgangspunt van de minister is dat religieuze kledij in combinatie met het uniform niet kan worden gedragen, maar ook dat niet geüniformeerde politiemedewerkers hun hoofddoek (of kruis?) afnemen wanneer zij belast zijn met publieksfuncties. De minister kiest daarmee voor een grens die ook in het oordeel van de Commissie figureert, namelijk of men bij het uitoefenen van de functie overwegend met het publiek te maken krijgt. De brief bevat echter relatief weinig nieuwe argumenten waarom het verbod op religieuze kledij als zodanig noodzakelijk is, al figureert deze laatste term er wel veelvuldig in. Een oordeel van de CGB blijft daarom interessant en ook van belang, want voor de verzoekster in de hiervoor afgedrukte zaak betekent dergelijk beleid dat een loketfunctie er niet meer in zit. Met wat pech en enige retoriek van mijn kant, vult zij haar werkdag voortaan in een, van het publiek afgezonderde kamer in een cellencomplex. Genoeg reden om het nogmaals te proberen. Dan moet het Procolaspook Utrecht natuurlijk wel verlaten hebben, want anders zit er niets anders op dan een gang naar de rechter.

2008-142

Ontvankelijkheid ondernemingsraad

Noot: prof. mr. L.C.J. Sprengers

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster, mede namens haar Ondernemingsraad, de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of zij onderscheid maakt en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verzoekster heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd.

1.3 De Commissie heeft verzoekster en haar Ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld de standpunten ter zitting van 3 juli 2008 mondeling nader toe te lichten. De Commissie heeft ter zitting aangekondigd dat zij schriftelijk nadere vragen zou stellen aan verzoekster en haar Ondernemingsraad. Deze vragen zijn door beiden gezamenlijk beantwoord bij brieven die zijn ontvangen op 28 juli 2008 en 23 september 2008. Hierna is het onderzoek gesloten.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is een ICT-bedrijf dat werknemers inzet bij klanten en daarvoor facturen verstuurt. Zij heeft op 1 juli 2008 2856 werknemers in dienst, van wie er 361 deeltijders zijn. Het gemiddelde dienstverband van de deeltijders is 82%.

2.2 In 2006 heeft de Commissie Gelijke Behandeling naar aanleiding van een verzoek van twee werknemers van verzoekster als haar oordeel uitgesproken dat verzoekster jegens hen verboden direct onderscheid maakte op grond van geslacht door periodes van zwangerschaps- en bevallingsverlof in mindering te brengen bij de berekening van de resultaatbonus (CGB 15 augustus 2006, oordeel 2006-185).

2.3 Op grond hiervan heeft verzoekster met instemming van haar Ondernemingsraad een nieuwe Regeling Resultaatbonus opgesteld (verder: de Regeling). De wijziging van de Regeling is geïmplementeerd in de arbeidsvoorwaarden per 1 januari 2007. Met terugwerkende kracht tot het begin van de oorspronkelijke regeling per 1 juni 2005 zijn werknemers die te maken hebben gehad met zwangerschaps-, bevallings-, adoptieverlof en/of kolfpauzes, financieel gecompenseerd op basis van de nieuwe regeling vanaf 2007.

2.4 De Regeling is een winstdelingsregeling die geldt voor alle werknemers van verzoekster, uitgezonderd de werknemers die deelnemen aan de tantièmeregeling.
Het budget voor de uitkeringen wordt bepaald vanuit het resultaat van verzoekster. De Regeling komt erop neer dat een deel van het loon wordt ingehouden: de normbonus. Dit deel kan worden terugverdiend in de vorm van een resultaatbonus. Afhankelijk van onder meer het aantal productieve uren kan de bonus zowel kleiner als groter zijn dan het ingehouden deel. In tijden van economische neergang en/of slechte resultaten van verzoekster neemt de kans toe dat de resultaatbonus kleiner is dan de ingehouden normbonus en vice versa.

2.5 Volgens artikel 1.2.1. van de Regeling is de resultaatbonus een variabele beloning opgebouwd uit twaalf maandelijkse uitkeringen en een eindejaarsuitkering.
De maandelijkse uitkering is gelijk aan het aantal productieve uren boven de productiviteitsdrempel, vermenigvuldigd met zowel het bonuspercentage als de normbonus.

2.6 De productiviteitsdrempel is het aantal productieve uren dat minimaal verantwoord moet worden voordat er sprake is van een maand- of eindejaarsuitkering. De productiviteitsdrempel is een vast percentage van het maximum aantal te werken uren in een maand. Dit percentage wordt jaarlijks vastgesteld en is tot op het moment van het verzoek altijd 80% geweest. De drempel is voor iedereen gelijk.

2.7 Het bonuspercentage wordt iedere maand door de directie van verweerster vastgesteld en bekendgemaakt en bedraagt voor alle onder de Regeling vallende werknemers een gelijk percentage. Het bonuspercentage geeft uitdrukking aan de perceptie van de gang van zaken in de onderneming op dat moment. Elke maand wordt door de directie beoordeeld hoe de verwachtingen van de gang van zaken in de komende maanden in relatie staan tot het oorspronkelijke jaarplan. Is men optimistisch dan zal het bonuspercentage hoger worden vastgesteld dan wanneer men pessimistisch is.

2.8 De normbonus is een percentage van het loon van de werknemer. Aan elke medewerker is een bepaald percentage van het loon toegekend als variabele component van het loon. De hoogte van het percentage wordt individueel bepaald door de unitmanager van verweerster. Er wordt gestreefd naar een normbonus van tenminste 4 tot 6 % van het loon.

2.9 De individuele productiviteit is het aantal gewerkte uren minus uren die zijn verantwoord als – onder meer - ziekte, reizen en opleiding. Als de individuele productiviteit niet of moeilijk is vast te stellen, anders dan door ziekte, reizen of opleiding, dan kan verzoekster met instemming van haar Ondernemingsraad de uitvoering van de Regeling Resultaatsbonus individueel neutraliseren. De medewerker krijgt dan een resultaatsbonus van 100% van de normbonus, terwijl de resultaatsbonus in andere gevallen kan variëren van 0% tot 200% van de normbonus. Dit geldt bijvoorbeeld bij opname van reguliere vakantie-uren en andere vormen van wettelijk verlof. Ook ten aanzien van werknemers die gebruik maken van zwangerschapsverlof, bevallingsverlof, adoptieverlof en/of kolfpauze wordt de Regeling geneutraliseerd. Waar deze werknemers voorheen o% van de normbonus kregen uitgekeerd, ontvangen zij nu een uitkering van 100% van de normbonus.

2.10 De Regeling wordt tevens op bovenstaande wijze geneutraliseerd wanneer werknemers verzuimen als gevolg van een handicap of chronische ziekte.

2.11 Van een medewerker die in deeltijd werkt, wordt het aantal uren dat minder wordt gewerkt dan voltijd beschouwd als een extra vakantierecht, waarvoor de Regeling geneutraliseerd wordt. Voor dat gedeelte wordt derhalve maandelijks 100% van de normbonus uitgekeerd.

2.12 De eindejaarsuitkering is gelijk aan het aantal productieve uren vermenigvuldigd met het bonusuurtarief.
Aan het eind van het jaar wordt het resterende deel van de bonuspot verdeeld over de onder de regeling vallende werknemers, naar rato van de gewerkte tijd. Voor de jaaruitkering worden geneutraliseerde uren aangemerkt als productieve uren.

3 Beoordeling van het verzoek

Ontvankelijkheid van de Ondernemingsraad
3.1 Verzoekster heeft haar verzoek mede namens haar Ondernemingsraad ingediend. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de Ondernemingsraad als verzoekende partij bij een oordeel omtrent eigen handelen, overweegt de Commissie als volgt. Op grond van artikel 12, eerste en tweede lid, onder b, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) kan een dergelijk verzoek worden ingediend door de natuurlijke persoon, de rechtspersoon of het bevoegd gezag die wensen te weten of zij een onderscheid maken als bedoeld in de AWGB, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 7:646 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Nu een Ondernemingsraad niet kan worden beschouwd als een natuurlijke persoon of een bevoegd gezag en hij evenmin rechtspersoonlijkheid heeft, stelt de Commissie vast dat het bepaalde in het genoemde tweede lid, onder b, niet ziet op een Ondernemingsraad. Deze vaststelling vindt ook steun in de parlementaire behandeling van de Wet tot herziening van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Deze wet opende de mogelijkheid voor een Ondernemingsraad om zich te wenden tot de (toenmalige) Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid als hij meent dat in de betrokken onderneming een onderscheid als bedoeld in deze wet wordt gemaakt. In de parlementaire stukken is geen aanwijzing te vinden dat de wetgever heeft bedoeld de ondernemingsraad ook de mogelijkheid te geven zich met een verzoek tot een oordeel omtrent het eigen handelen tot de Commissie te wenden (Kamerstukken II 1986/87, 19 908). De door deze wet geïntroduceerde systematiek is in essentie ongewijzigd overgenomen in de AWGB en is van overeenkomstige toepassing op verzoeken om een oordeel omtrent het eigen handelen die betrekking hebben op onderscheid zoals bedoeld in artikel 7:648 BW (onderscheid op grond van arbeidsduur) en in de Wet gelijke behandeling op grond van chronische ziekte en handicap. Voorts overweegt de Commissie dat het instemmen met een arbeidsvoorwaardelijke regeling zoals in de onderhavige zaak in geding is, niet kan worden aangemerkt als 'eigen handelen' van de Ondernemingsraad in de zin van artikel 12, tweede lid, onder b, AWGB. Het verlenen van instemming met een voorgenomen besluit van de ondernemer –in casu verweerster- is immers geen handeling die tot gevolg heeft dat er een arbeidsvoorwaardelijke regeling ontstaat die aan de gelijkebehandelingswetgeving kan worden getoetst. Een dergelijke regeling ontstaat pas als en doordat de ondernemer het daartoe strekkende besluit neemt.

3.2 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verzoekster met de Regeling Resultaatbonus verboden onderscheid maken op grond van geslacht, handicap of chronische ziekte en/of arbeidsduur.

Geslacht
3.3 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verzoekster onderscheid maakt op grond van geslacht door aan werknemers over de periode dat zij met zwangerschaps- en bevallingsverlof zijn en kolfpauze genieten, maandelijks 100% van de normbonus uit te keren en dit ook zo te verrekenen in de eindejaarsbonus.

3.4 Ingevolge artikel 7:646, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) is het een werkgever verboden om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen in de arbeidsvoorwaarden, waaronder begrepen de beloning. In artikel 7:646, vijfde lid, BW is bepaald dat in dit artikel onder onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt verstaan direct en indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen. Onder direct onderscheid wordt mede verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Direct onderscheid is verboden, tenzij er sprake is van een van de uitzonderingen, genoemd in artikel 7:646, tweede tot en met vierde lid, BW. Deze uitzonderingen zijn hier niet van toepassing.

3.5 In artikel 141 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG) is bepaald dat onder beloning moet worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect aan de werknemer betaalt.

3.6 Artikel 7:646 BW behoort te worden uitgelegd conform de bewoordingen en objectieve doelstellingen van het Europese recht, zoals onder andere neergelegd in artikel 141 EG, de EG-richtlijnen (in het bijzonder Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, *PbEG* 1992, L 348/ 1) en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (zie o.a. HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (*Von Colson & Kamann*) *Jur.* 1984, p. 1891). Uit de jurisprudentie van het HvJ EG over de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel blijkt onder andere dat het hierbij gaat om alle voordelen die de werkgever verplicht of vrijwillig toekent (zie o.a. HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88 (*Barber*), *Jur.* 1990, p. I-1889).

3.7 De Regeling dient, gezien hetgeen hiervoor is overwogen, te worden aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 7:646 BW.

3.8 Nu afwezigheid tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof en in verband met kolven niet anders kan worden gezien dan als een direct en onlosmakelijk gevolg van zwangerschap, moet deze op één lijn worden gesteld met de zwangerschap zelf (CGB 23 mei 1995, oordeel 1995-15 en CGB 4 november 2003, oordeel 2003-133). Dit sluit aan bij artikel 7:646, vijfde lid, BW waarin onderscheid op grond van zwangerschap wordt gelijkgesteld aan direct onderscheid op grond van geslacht.

3.9 De Commissie stelt op grond van de stukken en van hetgeen ter zitting naar voren is gebracht vast dat de voorziening in de Regeling voor vrouwen die met zwangerschaps- en bevallingsverlof zijn en kolfpauze genieten ertoe leidt dat het onder 2.4 e.v. beschreven systeem van inhouding van de normbonus en uitkering van de resultaatbonus geen gevolgen heeft voor de hoogte van het loon, omdat hetzelfde bedrag (100%) dat als normbonus wordt ingehouden, vervolgens als resultaatbonus wordt uitgekeerd. Er vindt derhalve de facto geen inhouding plaats. De Commissie oordeelt dan ook dat de Regeling, aldus toegepast, geen onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft, nu het feitelijke effect ervan voor vrouwen zowel voordelig als nadelig kan zijn, afhankelijk van in het bijzonder de economische omstandigheden, zoals beschreven in 2.4.

3.10 De Commissie heeft dan ook met instemming kennis genomen van de aanpassingen in de regeling naar aanleiding van het in 2.2 genoemde oordeel, in die zin dat thans ook vrouwen over de periode dat zij met zwangerschaps- en bevallingsverlof zijn en kolfpauze genieten, maandelijks 100% van de normbonus krijgen uitgekeerd en dat dit ook zo wordt verrekend in de eindejaarsbonus,

Handicap/chronische ziekte

3.11 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verzoekster onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte door aan werknemers die als gevolg daarvan verzuimen, een resultaatbonus te geven van 100% en dit ook zo te verrekenen in de eindejaarsbonus.

3.12 Ingevolge artikel 1 in samenhang met artikel 4, aanhef en onderdeel e, Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) is het verboden direct of indirect onderscheid te maken tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte bij de arbeidsvoorwaarden. Onder direct onderscheid wordt verstaan onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen, dat direct onderscheid tot gevolg heeft. Direct onderscheid is verboden, tenzij er sprake is van een van de uitzonderingen, genoemd in artikel 3, eerste lid WGBH/CZ. Deze uitzonderingen zijn hier niet van toepassing. Indirect onderscheid is niet verboden, indien dat onderscheid

gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

3.13 De begrippen handicap en chronische ziekte zijn niet in de WGBH/CZ of de toelichting daarop gedefinieerd. Volgens de wetgever gaat het niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon, maar om situationeel bepaalde beperkingen. Handicaps en chronische ziekten kunnen fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn. Een handicap is in beginsel onomkeerbaar. Een chronische ziekte is dat soms niet, maar is in ieder geval langdurig van aard (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9 en p. 24). De Commissie heeft eerder geoordeeld dat, gelet op de doelstelling van de WGBH/CZ, een ruimhartige interpretatie van de begrippen handicap en chronische ziekte in de rede ligt (CGB 13 december 2005, oordeel 2005-234).

3.14 In de organisatie van verzoekster beoordelen de bedrijfsarts en het hoofd Human Resource Management van verzoekster in samenspraak of sprake is van verzuim als gevolg van handicap of chronische ziekte.

3.15 Indien sprake is van verzuim als gevolg van handicap of chronische ziekte, wordt de Regeling ten aanzien van de betrokken medewerker op geheel overeenkomstige wijze toegepast als ten aanzien van vrouwen die zwangerschaps- en bevallingsverlof hebben of kolfpauze genieten. De Commissie oordeelt derhalve dat de Regeling, aldus toegepast, niet ten nadele van chronisch zieken en gehandicapten strekt, nu het feitelijke effect ervan zowel voordelig als nadelig kan zijn, afhankelijk van in het bijzonder de economische omstandigheden.

3.16 Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat verzoekster geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte maakt.

Arbeidsduur

3.17 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verzoekster onderscheid maakt op grond van arbeidsduur door de wijze waarop zij de Regeling toepast ten aanzien van voltijders en ten aanzien van deeltijders.

3.18 Ingevolge artikel 7:648, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (BW) mag een werkgever geen onderscheid maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

3.19 In 2.5 e.v. is omschreven dat de maandelijkse uitkering gelijk is aan het aantal productieve uren boven de productiviteitsdrempel, vermenigvuldigd met zowel het bonuspercentage als de normbonus . Bij deeltijders geldt dat het aantal productieve uren wordt aangevuld met de neutrale uren voor het aantal uren dat minder dan voltijd wordt gewerkt. De bonus voor deeltijders wordt derhalve als volgt berekend: normbonus x bonuspercentage x [neutrale uren + productieve uren – productiviteitsdrempel]. De normbonus is een percentage van het (deeltijd)loon.
Het bonuspercentage is voor alle werknemers identiek, evenals de productiviteitsdrempel. Bij deze twee laatste factoren is derhalve geen sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur. De Commissie zal hierna bezien of dit ook geldt voor de berekening van het aantal productieve uren inclusief neutrale uren.

3.20 Bij de berekening van het aantal productieve uren geldt dat bij deeltijders het aantal productieve uren wordt aangevuld met neutrale uren voor het aantal uren dat minder dan voltijd wordt gewerkt. Dit betekent dat deeltijders voor wat betreft de neutrale uren geen risico lopen op improductiviteit, in tegenstelling tot voltijders die geen neutrale uren hebben en dus over hun volledige betrekkingsomvang dit risico lopen. Het gevolg hiervan is dat een voltijder en een deeltijder die hetzelfde (absolute) aantal improductieve uren hebben, dezelfde bonus ontvangen. De Commissie leidt hieruit af dat een voltijder van wie het aantal improductieve uren niet in absolute zin, maar als percentage van zijn betrekkingsomvang even groot is als dat van een deeltijder, een lagere bonus krijgt dan een deeltijder. De consequentie hiervan is dat deze voltijder een lager uurloon ontvangt dan de deeltijder, bij een naar verhouding even grote productiviteit. Hiermee maakt de Regeling onderscheid tussen voltijders en deeltijders.

3.21 Ingevolge artikel 7:648, eerste lid, BW kan het maken van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die dit onderscheid maakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet

passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.22 Doel van de Regeling zoals verzoekster die hanteert is dat wordt gestimuleerd dat de medewerker tot en met het laatste uur productief is. De inspanning om het laatste uur productief te besteden is voor een deeltijder net zo groot als voor een voltijder. De Commissie oordeelt dat dit een legitiem doel is.

3.23 Met betrekking tot de geschiktheid van het middel oordeelt de Commissie dat een regeling die erin voorziet dat een extra productief uur leidt tot een bonus die hoger is dan deze geweest zou zijn zonder dat extra uur, geschikt is om te stimuleren dat werknemers tot en met het laatste uur productief zijn.

3.24 De Commissie overweegt met betrekking tot de noodzakelijkheid van het middel dat dezelfde stimulans kan worden bereikt door aan een deeltijder geen neutrale uren meer toe te kennen, maar een productiviteitsdrempel te hanteren die 80% van de werkelijke betrekkingsomvang bedraagt (en niet van de maximale betrekkingsomvang zoals verzoeker de Regeling tot op heden toepast) en het aldus berekende percentage van de normbonus te delen door de deeltijdfactor. De bonus wordt dan als volgt berekend: normbonus x bonuspercentage x [productieve uren – productiviteitsdrempel naar rato van de betrekkingsomvang] gedeeld door de deeltijdfactor. Daarmee wordt bereikt dat voltijders en deeltijders bij een naar verhouding tot hun betrekkingsomvang gelijke productiviteit, gelijk worden beloond. Tevens wordt hiermee het probleem ondervangen dat verzoekster constateert, te weten dat het ook toepassen van de deeltijdfactor op de tijdberekening dubbelop zou zijn.

3.25 Nu er een geschikt, minder onderscheidmakend middel voorhanden is om het doel te bereiken, oordeelt de Commissie dat het middel niet noodzakelijk is en dat het gemaakte onderscheid derhalve niet objectief gerechtvaardigd is.

3.26 Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat verzoekster verboden onderscheid maakt op grond van arbeidsduur.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . :

- geen verboden onderscheid maakt op grond van geslacht bij de toepassing van de Regeling Resultaatbonus;
- geen verboden onderscheid maakt op grond van handicap/chronische ziekte bij de toepassing van de Regeling Resultaatbonus;
- verboden onderscheid maakt op grond van arbeidsduur bij de toepassing van de Regeling Resultaatbonus.

5 Aanbeveling

Met betrekking tot de kenbaarheid van de toepassing van de Regeling Resultaatbonus voor degenen die gebruik maken van zwangerschaps-, bevallings- en kolfverlof en voor degenen die verzuimen op grond van handicap dan wel chronische ziekte doet de Commissie een aanbeveling. De Commissie beveelt aan om in de Regeling expliciet op te nemen dat de werknemers in de genoemde situaties recht hebben op neutralisering van de resultaatbonus. Tevens beveelt zij aan de procedure die moet worden gevolgd door gehandicapten of chronisch zieken indien zij als gevolg van hun aandoening verzuimen, expliciet te beschrijven in de Regeling. Met betrekking tot de toepassing van de Regeling in relatie met arbeidsduur beveelt de Commissie aan de in 3.24 beschreven methode ter vaststelling van de bonus te hanteren.

Aldus gegeven te Utrecht op 28 november 2008 door mr. Ch. M. van der Bas, voorzitter, mr. E.J.M. Hofhuis en mr. C.A. Goudsmit, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. drs. J.W. Nieuwboer, secretaris.

Noot door prof. mr. L.C.J. Sprengers

1. In deze zaak komt de Commissie tot het oordeel dat de ondernemingsraad niet-ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat hij niet voldoet aan de eisen van artikel 12, eerste en tweede lid, onderdeel b, AWGB. Daarin is geregeld dat een verzoek aan de Commissie kan worden gedaan om te onderzoeken of er een onderscheid in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving wordt gemaakt door eigen handelen. Dit verzoek kan worden gedaan door een natuurlijk persoon, een rechtspersoon of het bevoegd gezag. In deze annotatie wil ik nader ingaan op dit onderdeel van het oordeel

van de Commissie. Voor wat betreft het aspect van het verboden onderscheid op grond van arbeidsduur waar het in dit oordeel feitelijk om draait, verwijs ik naar de bijdrage van Baltussen in deze bundel.

2. Een rechtspersoon, een ICT-bedrijf, heeft met instemming van de ondernemingsraad een regeling over een resultaatbonus vastgesteld. Vervolgens verzoekt de rechtspersoon, mede namens de ondernemingsraad, de Commissie te onderzoeken of daarbij een ongeoorloofd onderscheid is gemaakt op grond van verscheidene gelijkebehandelingswetten.
In overweging 3.1 geeft de Commissie aan dat het bepaalde in artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB niet ziet op de ondernemingsraad. De Commissie voert daarvoor twee argumenten aan.
- Argument 1: de ondernemingsraad kan niet worden beschouwd als een natuurlijk persoon of een bevoegd gezag en hij heeft evenmin rechtspersoonlijkheid als bedoeld in artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB. De Commissie verwijst daarnaast naar de wetsgeschiedenis. Bij de herziening van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen is de mogelijkheid geopend voor een ondernemingsraad om zich te wenden tot de Commissie als hij meent dat in de betrokken onderneming een onderscheid als bedoeld in die wet wordt gemaakt. Dit is inmiddels terug te vinden in artikel 12, tweede lid, onderdeel d, AWGB. De Commissie geeft aan dat hieruit valt af te leiden dat de wetgever niet beoogd heeft de ondernemingsraad ook de mogelijkheid te geven zich met een verzoek tot een oordeel omtrent het eigen handelen tot de Commissie te wenden.
- Argument 2: het instemmen met een arbeidsvoorwaardelijke regeling kan niet worden aangemerkt als 'eigen handelen' van de ondernemingsraad in de zin van artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB. Het verlenen van instemming aan een voorgenomen besluit van de ondernemer is immers geen handeling die tot gevolg heeft dat er een arbeidsvoorwaardelijke regeling ontstaat die aan de gelijkebehandelingswetgeving kan worden getoetst. Een dergelijke regeling ontstaat pas als en doordat de ondernemer het daartoe strekkende besluit neemt.

3. Uit dit oordeel valt af te leiden dat de Commissie wat betreft de ontvankelijkheidsbeoordeling een strikte interpretatie van de wet verkiest. Een gezamenlijk verzoek van een rechtspersoon en zijn ondernemingsraad wordt streng getoetst aan de normen van artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB. Ik had een overweging gepaster gevonden dat het verzoek, voor zover het van de ondernemingsraad afkomstig is, beschouwd wordt als zijnde gebaseerd op artikel 12, tweede lid, onderdeel d, AWGB. Blijkbaar vinden ondernemer en ondernemingsraad het allebei belangrijk om een oordeel van de Commissie te krijgen over een regeling, die als resultaat van hun onderling overleg tot stand is gekomen. Waarom zou de Commissie het verzoek van de ondernemingsraad dan niet beschouwen als gebaseerd op onderdeel d van het tweede lid? Hierin staat dat de ondernemingsraad een verzoek kan indienen indien hij 'meent' dat er een onderscheid wordt gemaakt. Mogelijkerwijs zou het begrip 'meent' kunnen verklaren waarom de Commissie niet voor bovenstaande oplossing heeft gekozen. De Commissie gaat er dan vanuit dat alleen wanneer een ondernemingsraad meent dat er sprake is van een onderscheid hij een verzoek mag doen, en dus niet wanneer de ondernemingsraad meent dat er geen sprake is van een onderscheid, maar dit graag bevestigd wil zien. Uit formuleringen van eerdere oordelen van de Commissie blijkt echter niet dat zij doorslaggevend vindt dat een ondernemingsraad meent dat er sprake is van een onderscheid. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de formulering dat de ondernemingsraad de Commissie heeft gevraagd of door de ondernemer 'een onderscheid wordt gemaakt in strijd met de wetgeving gelijke behandeling' (oordeel 1999-12). Niet de opvatting van de ondernemingsraad dat hij meent dat er sprake is van een verboden onderscheid wordt in de motivering benadrukt, maar het feit dat er een verzoek wordt gedaan aan de Commissie om een oordeel te geven.

4. Het is de vraag wat dit oordeel betekent voor twee andere situaties die zich kunnen voordoen in de medezeggenschapspraktijk:
ondernemer en ondernemingsraad maken een afspraak over een arbeidsvoorwaardelijke regeling, vastgelegd in een overeenkomst (artikel 32 WOR)
de ondernemingsraad stelt zelf een regeling op waardoor rechtsgevolgen ontstaan. Te denken valt aan het OR-reglement.

5. Allereerst de ondernemingsovereenkomst. De WOR is een minimumwet. Het is ook mogelijk om aan de ondernemingsraad extra bevoegdheden toe te kennen, die ook betrekking kunnen hebben op het maken van afspraken op het terrein van de primaire arbeidsvoorwaarden (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3 p. 22 e.v.). Deze bevoegdheid komt de ondernemingsraad op grond van de wet niet toe omdat deze is voorbehouden aan het overleg met de vakbonden. Maar het is mogelijk dat aan de ondernemingsraad bij wijze van extra bevoegdheid een rol wordt toebedeeld bij de vaststel-

ling van arbeidsvoorwaardelijke regelingen. Er zijn ondernemingen waar de arbeidsvoorwaardelijke regelingen met de ondernemingsraad worden afgesproken. Vaak wordt daarbij de binding van de individuele werknemer via een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst geregeld. Daarin staat bijvoorbeeld dat de werknemer akkoord gaat met toekomstige wijzigingen van de (arbeidsvoorwaardelijke) regelingen, soms met de toevoeging voor zover deze met de ondernemingsraad tot stand zijn gekomen. De situatie is dan anders dan bij het instemmingsrecht. De ondernemingsraad is daarmee een contractspartij. Met het bereiken van overeenstemming met de ondernemingsraad ontstaat dan de arbeidsvoorwaardelijke regeling. Dit zou tot gevolg hebben dat er wel sprake is van een eigen handelen in de zin van argument 2 van de Commissie. Het is, gezien argument 1, echter de vraag of dat tot ontvankelijkheid van de ondernemingsraad zou leiden. Immers, ook al is er sprake van eigen handelen, dan nog concludeert de Commissie dat de wetgever niet bedoeld heeft de ondernemingsraad de bevoegdheid te geven om zich met 'een verzoek tot een oordeel omtrent het eigen handelen tot de Commissie te wenden'. Dan zou er een verschil ontstaan met de behandeling van een verzoek gebaseerd op een afspraak tussen werkgever(sorganisatie) en vakbond(en). In dat geval wordt een gezamenlijk verzoek van beide partijen wel ontvankelijk verklaard. Omdat een vakorganisatie rechtspersoonlijkheid heeft, is voldaan aan de eisen van artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB (zie bijv. oordeel 2007-171, overweging 3.4). Ik vind dat in een daarmee te vergelijken geval, wanneer het verzoek van ondernemer en ondernemingsraad afkomstig is, de uitkomst niet anders zou moeten zijn. Het is de vraag of de Commissie de bedoeling van de wetgever op dit punt niet te strikt interpreteert. Er zijn in de parlementaire geschiedenis ook aanknopingspunten te vinden voor de opvatting dat de wetgever de toegang tot de Commissie voor ondernemingsraden en vakbonden gelijk heeft willen regelen en niet bewust gevolgen heeft willen verbinden aan het ontberen van rechtspersoonlijkheid van de ondernemingsraad (zie bijv. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 16). Het gaat hier om een situatie die door de wetgever niet expliciet is onderkend. Zeker in combinatie met de in artikel 12, tweede lid, onderdeel d, AWGB geboden ruime mogelijkheid voor een ondernemingsraad om een verzoek bij de Commissie in te dienen, zou een minder terughoudende interpretatie van de wet meer voor de hand liggen.

6. Vervolgens de onder b genoemde situatie. Indien de ondernemingsraad een reglement vaststelt, waarin bijvoorbeeld voorschriften met betrekking tot het actief en/of passief kiesrecht zijn opgenomen, waarvan het de vraag is of daarbij een (geoorloofd) onderscheid wordt gemaakt voor wat betreft bijvoorbeeld de arbeidsduur van een werknemer of wat betreft de positie van een (chronisch) zieke werknemer. De vraag kan aan de orde gesteld worden of de ondernemingsraad de inhoud van zijn reglement zelf ter toetsing aan de Commissie kan voorleggen. Het gaat hier om een aangelegenheid die valt onder de 'eigen' bevoegdheid van de ondernemingsraad (zie artikel 8 WOR). Ook wanneer een ondernemer bezwaar zou hebben tegen de inhoud van een reglement, kan de ondernemingsraad dit reglement vaststellen en krijgt dit rechtskracht (totdat eventueel de kantonrechter in een door de ondernemer op te starten procedure oordeelt dat het reglement in strijd met de wet is). Het reglement heeft rechtsgevolgen voor de werknemers in de onderneming, die aan de gelijkebehandelingswetgeving kunnen worden getoetst.

Hier is bij uitstek sprake van eigen handelen als bedoeld in argument 2. Maar argument 1 van de Commissie zou ook dan aan ontvankelijkheid aan de weg kunnen staan. In dit geval zou, naast het hiervoor onder 4 aangevoerde, ook nog kunnen worden gesteld dat de ondernemingsraad voor wat betreft de vaststelling van het OR-reglement bij wet (exclusief) aangewezen is als bevoegd orgaan tot het verrichten van deze rechtshandeling en daarom te beschouwen is als 'bevoegd gezag' in de zin van artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB. Dit zou de ondernemingsraad de bevoegdheid geven om het eigen handelen te laten toetsen door de Commissie.

2008-158

"40 Dagen zonder seks" niet voor homo?

Noot: mr. M.M. den Boer

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens hem onderscheid heeft gemaakt en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Naar aanleiding van het verzoek heeft de Commissie op 21 juli 2008 telefonisch contact gehad met verzoeker. De inhoud van dit gesprek is schriftelijk bevestigd aan verzoeker bij brief van 31 juli 2008. Naar aanleiding van het telefoongesprek heeft verzoeker op 31 juli 2008 per e-mail aanvullende informatie toegestuurd. De brief van de Commissie van 31 juli 2008 en de e-mail van verzoeker van dezelfde datum zijn samen met het verzoekschrift aan verweerster gestuurd.

1.3 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd. De Commissie heeft het verweerschrift ontvangen op 3 september 2008.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 10 november 2008 mondeling nader toe te lichten. De vertegenwoordiger van verweerster was vergezeld van . . . . , programmamanager bij verweerster.

2 Feiten

2.1 Op 8 januari 2008 heeft verzoeker per e-mail zijn interesse kenbaar gemaakt voor het televisieprogramma, '40 Dagen zonder seks', dat wordt geproduceerd door verweerster, een zelfstandige omroepvereniging binnen het publieke bestel. Verzoeker schreef verweerster het volgende: "40 dagen geen seks zou ik wel eens willen proberen !! :) Wat wil je weten? ;)"

2.2 Een redactielid van verweerster heeft verzoeker op 4 maart 2008 als volgt geantwoord: "Bedankt voor je aanmelding voor 40 Dagen zonder seks. We hebben hem in goede orde ontvangen. Op dit moment zijn we bezig met de afronding van de eerste serie en denken heel hard na over een vervolg. Wie weet benaderen we je wel om mee te doen!"

2.3 Medio maart 2008 heeft een medewerker van verweerster telefonisch contact opgenomen met verzoeker. In dit gesprek is gesproken over de motivatie en de achtergrond van verzoeker en kwam aan de orde dat hij homoseksueel is. Begin juli 2008 heeft een redactielid verzoeker telefonisch meegedeeld dat hij niet mag deelnemen aan het programma, omdat hij homoseksueel is.

2.4 Het programma van verweerster is bedoeld om een reëel beeld te schetsen van het (seks) leven van jongeren. De deelnemers krijgen daartoe een camera waarmee ze gedurende veertig dagen zichzelf kunnen filmen. Deze opnames gebruikt verweerster voor het maken van een televisie-uitzending van een half uur. De deelnemers ontvangen een onkostenvergoeding van € 300, -.

2.5 Ten behoeve van de selectie van de kandidaten heeft de redactie van het programma een aantal criteria opgesteld. Onder het kopje 'verdeling gasten' staat, voor zover hier relevant: "Wat niet: homoseksueel (verlies focus)".

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster (verboden) onderscheid jegens verzoeker heeft gemaakt door hem vanwege zijn homoseksualiteit af te wijzen voor deelname aan het programma '40 Dagen zonder seks': hierna ook wel het programma.

Bevoegdheid

3.2 De Commissie is bevoegd om te oordelen over verzoeken om een oordeel van personen die menen dat jegens hen onderscheid is gemaakt in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving. Het discriminatieverbod, zoals onder meer neergelegd in artikel 1 van de Grondwet, is via de wetgeving gelijke behandeling uitgewerkt met betrekking tot bepaalde persoonlijke kenmerken, waaronder homoseksuele gerichtheid, voor bepaalde terreinen van het maatschappelijk leven, waaronder de arbeid en het vrije beroep alsmede het goederen- en dienstenverkeer. Het is niet aan de Commissie om te oordelen over vormen van onderscheid op andere gronden dan wel op andere terreinen van het maatschappelijk leven.

3.3 Verweerster erkent dat zij verzoeker vanwege zijn homoseksualiteit heeft afgewezen voor deelname aan het programma. Zij heeft dit als volgt toegelicht. Verweerster wil met dit programma de boodschap overbrengen dat liefde, intimiteit en aandacht voor elkaar belangrijk zijn in relaties. Het is haar ervaring dat een programma met een teveel aan (sub)

boodschappen afbreuk doet aan deze hoofdboodschap. Verweerster heeft voorts aangevoerd dat de wet haar het recht toekent en de plicht oplegt vanuit de eigen identiteit programma's te maken en dat zij daarbij tevens wordt beschermd door de vrijheid van meningsuiting. Verweerster betwist de bevoegdheid van de Commissie te oordelen over de door haar gevolgde handelwijze, nu er haars inziens geen sprake is van een arbeidsverhouding of het aanbieden van een dienst als bedoeld in respectievelijk artikel 5 en artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

Arbeid

3.4 Artikel 5, eerste lid, onderdeel c, AWGB, in samenhang met artikel 1 van deze wet, verbiedt onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid bij onder meer het aangaan van een arbeidsverhouding. Het bestaan hiervan veronderstelt dat gedurende bepaalde tijd onder gezag van een ander werkzaamheden worden verricht die als arbeid kunnen worden gekwalificeerd in ruil voor loon (vergelijk art. 7:610 BW, zie ook Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 11 september 2008, zaak C-228/07 (*Petersen*)). De Commissie legt het begrip arbeidsverhouding vanouds ruim uit. In CGB-oordeel 2004-119 oordeelde de Commissie dat het besluit om een man niet langer in te zetten als panellid bij een programma kon worden getoetst aan artikel 5 AWGB, omdat sprake was van een gezagsverhouding tussen het panellid en de omroepvereniging. In dit kader is tevens een uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 3 oktober 2008 van belang. De rechtbank oordeelde dat sprake was van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen televisiezender Talpa en een deelnemer aan het televisieprogramma 'De gouden kooi' (Rb. Zwolle 3 oktober 2008, *LJN* BF5333). In dit geval was volgens de rechtbank sprake van een gezagsverhouding tussen partijen.

3.5 Ten aanzien van de vraag of de verhouding tussen een deelnemer aan het programma '40 Dagen zonder seks' en verweerster kan worden gekwalificeerd als een arbeidsverhouding waarbij sprake is van een gezagsverhouding gelden de volgende overwegingen.

3.6 De deelnemers aan het programma maken zelf beeldopnamen en zijn niet gehouden op een bepaald tijdstip op een bepaalde plaats aanwezig te zijn. Daarin verschilt de onderhavige zaak van de kwestie die ten grondslag lag aan oordeel 2004-119, waarbij sprake was van uitzendingen op een vaste plaats en op vaste tijdstippen. De panelleden moesten bovendien instructies van de programmamakers opvolgen. Ook anderszins is bij het onderhavige programma niet gebleken dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de deelnemer en verweerster, in de zin dat verweerster enigerlei zeggenschap heeft bedongen over de wijze waarop de deelnemer zijn deelname invult (Hoge Raad 8 mei 1998, *JAR* 1998/168). Daarmee kan de verhouding tussen partijen niet worden gekwalificeerd als een gezagsverhouding en is geen sprake van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 5 AWGB.

Vrije beroep

3.7 Vanwege het ontbreken van een gezagsverhouding dringt de vraag zich op of uitsluiting van deelname aan een televisieprogramma vanwege homoseksualiteit kan worden aangemerkt als onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid met betrekking tot de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep, zoals verboden op grond van artikel 6, AWGB, in samenhang met artikel 1 van deze wet.

3.8 Uit de memorie van antwoord bij artikel 6 AWGB volgt dat dit artikel ziet op de toegang tot, de uitoefening van en de ontplooiingsmogelijkheden binnen het vrije beroep in die gevallen waarbij artikel 5 niet van toepassing is (*Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 79). Uit de literatuur volgt dat hierbij kan worden gedacht aan beroepen die binnen een maatschap worden uitgeoefend, zoals artsen, advocaten, notarissen, architecten, fysiotherapeuten etc. In het onderhavige geval is hiervan geen sprake. Los van de vraag of de onkostenvergoeding voor de deelname als beloning kan worden aangemerkt, geldt dat het eenmalig deelnemen aan een televisie-uitzending waarvoor, behalve het zich onthouden van seksueel contact, geen beroepskwalificaties worden geëist, niet kan worden aangemerkt als het uitoefenen van het vrije beroep. Dit betekent dat het onderhavige geschil niet binnen de werkingssfeer van artikel 6 AWGB valt.

Aanbieden van en verlenen van toegang tot goederen en diensten

3.9 Artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB, in samenhang met artikel 1 van deze wet, verbiedt onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van cultuur. Uit de memorie van toelichting bij artikel 7 AWGB volgt dat onder instellingen op het terrein van cultuur, onder andere de media worden begrepen (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 21).

3.10 De gelijkebehandelingswetgeving beoogt uitsluiting tegen te gaan op de belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven. Gezien de strekking van deze wetgeving acht de Commissie een ruime uitleg van het begrip 'goederen en diensten' zoals bedoeld in artikel 7 AWGB aangewezen. Conform deze lijn heeft de Commissie bijvoorbeeld eerder geoordeeld dat het uitsluiten van proefpersonen en bloed- en spermadonoren onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB valt (vergelijk CGB-advies 2006-8 inzake selectie van proefpersonen zonder verboden onderscheid en CGB-oordelen 2007-85 en 1998-139).

3.11 De Commissie dient de gelijkebehandelingswetgeving te interpreteren op een wijze die in overeenstemming is met hogere rechtsnormen, waaronder bepalingen van EG-recht. In dit kader zijn van belang artikel 3, eerste lid, onderdeel h, Richtlijn 2000/43/EG van de Raad, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en artikel 3, eerste lid, Richtlijn 2004/113/EG van de Raad, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Bovengenoemde artikelen verbieden discriminatie bij het aanbieden van goederen en diensten voor zover deze 'publiekelijk' beschikbaar zijn. Voorts is van belang dat de Raad van de Europese Unie in overweging 13 van de preambule van laatstgenoemde richtlijn overweegt dat het verbod van discriminatie niet van toepassing is op media-inhoud. Bovengenoemde richtlijnen zijn weliswaar niet van toepassing op de grond homoseksuele gerichtheid, maar kunnen niettemin een handvat bieden voor de uitleg van het begrip goederen en diensten.

3.12 Deelname aan het televisieprogramma '40 Dagen zonder seks' is niet een dienst die voor het gehele publiek openstaat. Verweerster roept immers mensen op zich aan te melden, waarna zij een beperkt aantal kandidaten selecteert die in aanmerking komen voor deelname aan het programma. Voorts heeft verweerster toegelicht dat de selectie van de deelnemers mede geschiedt met het oog op de inhoud van het programma, meer in het bijzonder de boodschap die verweerster met het programma wenst over te brengen.
Alles overwegende constateert de Commissie dat noch in de parlementaire behandeling van de AWGB, noch in de EG-richtlijnen aanknopingspunten gevonden worden om de mogelijkheid die verweerster biedt om deel te kunnen nemen aan het programma te beschouwen als een goed of een dienst in de zin van artikel 7 AWGB. Daarbij neemt de Commissie tevens in aanmerking dat, op zichzelf beschouwd, deelname aan een televisieprogramma als hier aan de orde wel heel ver verwijderd is van wat zowel in het dagelijks als in het juridisch taalgebruik doorgaans onder het aanbieden van goederen en diensten wordt verstaan. De ruime uitleg die de Commissie geeft aan artikel 7 AWGB maakt dat niet anders. Hierbij hecht de Commissie er waarde aan dat de selectie van de kandidaten mede geschiedt met het oog op de inhoud van het programma. De Commissie oordeelt derhalve dat in de onderhavige situatie artikel 7 AWGB niet van toepassing is.

3.13 Op grond van het bovenstaande oordeelt de Commissie dat de klacht van verzoeker buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt en dat zij om die reden niet bevoegd is het handelen van verweerster aan de gelijkebehandelingswetgeving te toetsen.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat zij niet bevoegd is te beoordelen of .... jegens .... in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.

Aldus gegeven te Utrecht op 23 december 2008 door mr. M. van den Brink, voorzitter, prof. mr. A.C. Hendriks en mr. P.H. Hugenholtz, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. A. Swarte, secretaris

Noot: mr. M.M. den Boer

1. De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) heet weliswaar algemeen te zijn, maar is dat niet, en wel in drieërlei opzicht:
a. de AWGB ziet niet op alle discriminatiegronden,
b. zij heeft geen algemeen geldingsbereik op alle terreinen van het maatschappelijk leven,
c. de wet is niet in die zin algemeen dat er naast haar geen andere gelijkebehandelingswetgeving bestaat.

Hoewel de gelijkebehandelingswetgeving en ook de AWGB uitdijt (en daarmee ontoegankelijker en minder krachtig wordt), is het systeem van de AWGB nog steeds zo dat uitsluitend onderscheid op in de wet genoemde gronden op in de wet genoemde terreinen verboden is, behoudens indien er een wettelijke uitzonderingsgrond is. De motieven voor dit gesloten systeem zijn niet alleen rechtszekerheid en afbakening ten opzichte van andere

grondrechten dan gelijke behandeling, maar ook de respectering van de algemene vrijheid van personen die aan het rechtsverkeer deelnemen. De wet ziet op de non-discriminatiegronden godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Op grond van de wet is discriminatie verboden op de volgende terreinen:

- arbeid (artikel 5 AWGB)
- vrij beroep (artikel 6)
- lidmaatschap/betrokkenheid werknemers- , werkgeversorganisatie of vereniging van beroepsgenoten (artikel 6a)
- (commercieel en niet-commercieel) goederenverkeer en dienstverlening (artikel 7)
- (alleen voor de grond ras) sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid (artikel 7a).

2. De gekozen opzet van de wet brengt mee dat zich bij de wetstoepassing tal van grenskwesties (kunnen) voordoen, waarover – in hoofdzaak – de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) zich een oordeel zal moeten vormen. In hoofdzaak, omdat de CGB, anders dan de rechter, een voor burgers en bedrijven gratis en laagdrempelige instantie is die mogelijk uitnodigend is voor liefhebbers van de maatschappelijke of juridische borderline. Zo ook in het geval van de homoseksuele man die graag als participant aan een EO-programma over bewust seksuele onthouding in beeld wilde komen. De Commissie heeft zich vanaf 21 juli 2008 gebogen over de vraag: is het deelnemen aan een tv-programma aan te merken als een arbeidsverhouding of als dienstverlening in de zin van de AWGB? De CGB werkte de mediagerichte verzoeker op 23 december 2008 buiten de deur met haar oordeel dat van beide geen sprake is. De CGB heeft zich onbevoegd verklaard om over deze kwestie te oordelen.

3. Van een arbeidsverhouding is volgens de CGB geen sprake omdat er in de kern geen gezagsverhouding is tussen de EO en de deelnemer aan het TV-programma: "De deelnemers aan het programma maken zelf beeldopnamen en zijn niet gehouden op een bepaald tijdstip op een bepaalde plaats aanwezig te zijn. Daarin verschilt de onderhavige zaak van de kwestie die ten grondslag lag aan oordeel 2004-119, waarbij sprake was van uitzendingen op een vaste plaats en op vaste tijdstippen. De panelleden moesten bovendien instructies van de programmamakers opvolgen. Ook anderszins is bij het onderhavige programma niet gebleken dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de deelnemer en verweerster, in de zin dat verweerster enigerlei zeggenschap heeft bedongen over de wijze waarop de deelnemer zijn deelname invult (Hoge Raad 8 mei 1998, *JAR* 1998/168)." Interessant aan deze uitspraak is dat de CGB zich sterk, maar ook strategisch oriënteert op de vraag of sprake is van een gezagsverhouding, een begrip dat centraal staat bij de uitleg van het begrip arbeidsovereenkomst. In de AWGB wordt overigens het ruimere begrip arbeidsverhouding gehanteerd. Dat begrip omvat naast de arbeidsovereenkomst ook andere arbeidsrelaties. Onder arbeidsverhouding vallen "al die vormen waarin onder gezag van anderen arbeid wordt verricht" (MvT AWGB, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16). Stagiairs, vrijwilligers, intermediaire (uitzend)arbeidsrelaties, alfahulpen, afroepkrachten en WSW'ers vallen onder dit begrip (vgl. ook Nota naar aanleiding van het Verslag AWGB, *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 79). Bij thuiswerkers is doorgaans geen sprake van zo'n dienstverband. Daarvan is evenmin sprake bij leden van raden van bestuur en raden van commissarissen (*Kamerstukken II* 1987/88, 19 908, nr. 6, p. 22), freelancers en zzp'ers. In die gevallen ontbreekt immers een gezagsverhouding. De CGB heeft weinig overtuigend aangegeven dat er in dit geval geen sprake is van een gezagsrelatie, zonder zich overigens uit te laten over de precieze betekenis van het begrip arbeidsverhouding. De Commissie heeft hier getoetst aan artikel 5, eerste lid, onder c en niet aan artikel 5, eerste lid, onderdeel a: de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking. Dat is opmerkelijk. Uit de overwegingen 2.4 en 2.5 van het oordeel kan immers worden opgemaakt dat de betrokkene al in de selectiefase is afgewezen. Toetsing aan onderdeel a had meer voor de hand gelegen. De Commissie heeft hier bovendien een terughoudende uitleg aan het begrip arbeidsverhouding gegeven. Soms vult de Commissie haar taak activistisch in (zoals bij oordeel 2008-40 inzake de gewetensbezwaarde trouwambtenaren), in welk geval zij ervoor moet waken haar gezag op het spel te zetten. De Commissie heeft dat in dit oordeel juist niet gedaan. Dat kan uit rechtspolitieke overwegingen (niet te verwarren met rechtspolitieke overwegingen) worden toegejuicht. Toch had de Commissie het ook anders kunnen of misschien wel moeten doen. Misschien heeft de CGB dat ook wel overwogen, nu zij in overweging 3.4 stelt dat zij het begrip arbeidsverhouding 'vanouds' ruim uitlegt en twee gevallen vermeldt waarin een panellid (zie het geciteerde oordeel 2004-119), resp. deelnemer aan een tv-programma wel binnen de grenzen van het begrip arbeidsverhouding worden getrokken (in dezelfde zin ook: Rb. Zwolle 3 oktober 2008, LJN BF5333, "De gouden kooi").

Als de CGB de rol van de deelnemer hier ook nog eens op één lijn had gezet met die van de vrijwilliger (die niet zelden net als de filmende deelnemer een onkostenvergoeding ontvangt), had niemand vreemd opgekeken. Maar nee, de CGB hanteert een wat gewrongen redenering: de deelnemers maken zelf opnamen (toch op instructie van de EO?) en men was niet gehouden op een bepaalde plaats/tijd aanwezig te zijn (ook dat was toch gewenst door de omroeporganisatie?). Begrijpelijk is dat niet elke vorm van deelname aan een tv-programma valt onder het bereik van het begrip arbeidsverhouding. Eénmalige deelname aan een panel, een spelshow, een interview ondergaan, dit zijn vormen die min of meer evident buiten dit begrip vallen. Dat lijkt mij ook het geval in situaties waarin mensen meewerken aan tv-programma's die betrekking hebben op hun eigen huis & tuin of wanneer zij medische verrichtingen ondergaan die in beeld worden gebracht, hoewel het niet ondenkbaar is dat er in dergelijke gevallen zodanige afspraken zijn gemaakt dat de rechtsverhouding moet worden gezien als een arbeidsverhouding. Veel hangt in het tussengebied af van de waardering van de feiten. De CGB is daar in dit oordeel niet al te uitvoerig op ingegaan. Daargelaten de verwijzing naar HR 8 mei 1998, *JAR* 1998/168, heeft de CGB evenmin aansluiting gezocht bij de veelal extensieve uitleg die de civiele rechter vanuit rechtsbeschermingsoptiek geeft aan de arbeidsovereenkomst, resp. het onder gezag verrichten van enigerlei vorm van arbeid. Er is uiteraard een zekere ondergrens aan wat als arbeid kan worden beschouwd. Die grens is in abstracto niet exact met een schaartje te knippen, maar daar waar er sprake is van het verrichten van enige arbeidsprestatie begeleid door enigerlei vorm van aanwijzingen als uitdrukking van het gezagselement, hoe licht of algemeen ook uitgeoefend, zou een arbeidsverhouding aangenomen moeten worden. In dergelijke gevallen zal een beroep op de bescherming van de AWGB kunnen worden gedaan. Naar mijn opvatting waren er voldoende aanknopingspunten om dat in deze casus ook te doen. Naarmate het in vaste uitzendorganisaties gestolde programmawezen wordt opengebroken en meer flexibel en interactief wordt, zullen werkers in de nieuwe media ook bescherming behoren te genieten van de AWGB. Van dit CGB-oordeel hebben zij echter weinig heil te verwachten. Het zou zo maar kunnen dat de CGB dat in dit oordeel bewust heeft gedaan: wel aanduiden dat er een grens is, echter zonder daarvoor een algemene formule te hanteren. Hoewel daar anders over gedacht kan worden, komt het oordeel van de Commissie erop neer dat betrokkene hier geen aanspraak mocht maken op bescherming die toch vooral voor 'echte' werkenden is bedoeld. Of zou het zo kunnen zijn dat de Commissie daarmee van het activistische imago (in EO-kring en daarbuiten) wilde afkomen? Vanuit de omroepvrijheid gezien zou men misschien vrede kunnen hebben met dit oordeel, maar door zich onbevoegd te verklaren heeft de CGB zich te gemakkelijk uitgewerkt onder de inhoudelijke vragen die in de zaak besloten lagen: is uitsluiting van deelname door een homoseksuele man aan dit tv-programma wettelijk wel of niet toegestaan? De EO heeft zich niet beroepen op haar identiteit, maar als dat wel was gedaan, zou het beroep op identiteitsbescherming (zoals vervat in artikel 5, tweede lid, onderdeel a, van de AWGB) dan zijn geslaagd? Wij tasten in het duister. Dat is wat onbevredigend. Het begint namelijk toch een beetje te jeuken als ik lees dat namens de omroeporganisatie tijdens de behandeling van de zaak naar voren is gebracht dat "een teveel aan (sub)boodschappen afbreuk doet aan deze hoofdboodschap", te weten dat liefde, intimiteit en aandacht voor elkaar belangrijk zijn in relaties. Je zou nog bijna gaan geloven dat de omroep in kwestie homo's wil uitsluiten van een periode van veertig dagen zonder seks.

4. Er is in de visie van de CGB niet alleen geen sprake van een arbeidsverhouding, maar ook niet van een vorm van dienstverlening. Alvorens de CGB daaraan toekomt, bespreekt zij in overweging 3.8 tamelijk overbodig of een deelnemer aan een tv-programma zoals hier bedoeld, misschien een vrij beroep uitoefent. Nee dus: artikel 6 AWGB is ook niet van toepassing. Of zou de CGB misschien willen accentueren dat het voor het niveau van tv-programma's als "De gouden kooi" en ook voor "40 Dagen zonder seks" wenselijk zou zijn dat stevige beroepskwalificaties van de deelnemers worden geëist?

5. Zoals voor deelnemers het programma "40 Dagen zonder seks" een beproeving is, zo is de omgang met artikel 7 AWGB voor de CGB soms een worsteling. De Commissie komt er soms mank uit en dat is niet altijd een zegen (anders: Genesis 32:23-33). De CGB stuit bij de uitleg van "het aanbieden van goederen en diensten" aan twee kanten op problemen: aan de ene kant de afbakening ten opzichte van het optreden van de overheid en aan de andere kant de afbakening ten opzichte van het verenigingsleven. Voor zover de overheid op dezelfde wijze als een particulier deelneemt aan het rechtsverkeer, valt de overheid onder de werkingssfeer van de AWGB. Artikel 7 van de AWGB is van toepassing op overheidsdiensten en –goederen die liggen op of direct verband houden met de door de AWGB bestreken

maatschappelijke terreinen en behoren tot het goederen- en dienstenverkeer.
Zeker waar duidelijk is dat de overheid als overheid optreedt, bijvoorbeeld waar (wettelijke) regels worden gesteld, andere besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden genomen, rechterlijke uitspraken worden gedaan of feitelijk handelen vanwege de openbare macht (politie, rijkswaterstaat, krijgsmacht) aan de orde is, is vrij gemakkelijk vast te stellen dat geen sprake is van zakelijke, non-profit of not for profit dienstverlening. De CGB komt daar na wat bochtenwerk ook wel uit. De aanbevelingen van J.H. Gerards en P.J.J. Zoontjes om meer aansluiting te zoeken bij de Awb verdient krachtige ondersteuning (P.J.J. Zoontjens, 'Moet de CGB al het eenzijdig overheidshandelen toetsen?', in: J.H. Gerards e.a. (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 294, en J.H. Gerards, annotatie bij oordeel 2007-85, in: J.H. Gerards (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008).
Ook aan de andere kant van het spectrum doen zich grensvragen voor die de CGB van een antwoord moet voorzien: waar houdt de dienstverlening op en waar begint het (echte) verenigingsleven, dat buiten de reikwijdte van artikel 7 AWGB valt? Blijkens de parlementaire geschiedenis ziet de AWGB in beginsel niet op de rechtsverhouding tussen een vereniging en een (kandidaat) (bestuurs)lid bij de toelating tot het (bestuurs)lidmaatschap van de vereniging (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 10). Ook de statuten van een vereniging en de toepassing daarvan vallen niet onder de werkingssfeer van de AWGB (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 31). In het verlengde daarvan heeft de Commissie eerder uitgemaakt dat ook de in de statuten neergelegde eisen van lidmaatschap en activiteiten die een vereniging uitsluitend voor haar eigen leden organiseert buiten het bereik van de AWGB vallen (oordelen 2001-27 en 1998-20). Dit is slechts anders indien kan worden vastgesteld dat een vereniging een open en zakelijk karakter heeft. Van dit laatste is volgens de vaste oordelenlijn van de Commissie onder meer sprake indien het lidmaatschap van een vereniging een vereiste is om aan een belangrijk deel van het maatschappelijk leven te kunnen deelnemen (oordelen 2001-27 en 2002-70). In oordeel 2006-258 legt de CGB de verenigingsvrijheid restrictiever uit: "Wanneer daarentegen de beperkte toegang tot het lidmaatschap en daarmee de toegang tot de goederen of diensten die de vereniging haar leden aanbiedt, geen verband houden met het doel van de vereniging, is de vrijheid van vereniging niet in het geding" (oordeel 2006-258). Dit oordeel van de CGB is in die zin grensverleggend dat zij het aan het begrip "aanbod van goederen en diensten" een zodanige ruime uitleg geeft dat het via een toetsing van het verenigingsdoel binnendringt in de door artikel 8 Grondwet beschermde sfeer van de verenigingsvrijheid. Bovendien biedt het weinig onderscheidend vermogen meer in de afbakening van het gesloten stelsel van de AWGB zoals dat oorspronkelijk is beoogd.

6. Deze ruimhartige benadering laat de CGB niet ten deel vallen aan de homoseksuele man die graag bij de EO in beeld wil komen. De EO wordt aangeduid als een instelling op het gebied van cultuur (artikel 7, eerste lid, onderdeel c). Daarmee passeert de Commissie de vraag gepasseerd of de EO niet een omroepbedrijf (onderdeel a) uitoefent. Wat daarvan zij, de mogelijkheid die de EO biedt om deel te nemen aan het programma is volgens de CGB niet te beschouwen als een dienst in de zin van artikel 7 AWGB. De Commissie start weliswaar genereus met de stelling dat een ruime uitleg van "goederen en diensten" aangewezen is, gezien de strekking van de AWGB om uitsluiting tegen te gaan op belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven. Zij verwijst vervolgens al wat strakker naar Europese regels waarin sprake is van het aanbieden van diensten voor zover deze 'publiekelijk' beschikbaar zijn, maar die zijn in dat verband niet van toepassing op media-inhoud. Vervolgens stelt zij dat deelname aan het TV-programma niet is een dienst die voor het gehele publiek openstaat en dat selectie van de deelnemers mede geschiedt met het oog op de inhoud van het programma. De CGB meent dat deelname aan een TV-programma wel heel ver verwijderd is van wat zowel in het dagelijks als in het juridisch taalgebruik doorgaans onder het aanbieden van diensten wordt verstaan. Is deze gedachtegang ook overtuigend? Allereerst is van belang dat artikel 7 AWGB een verbod van onderscheid betreft "*bij het aanbieden van diensten indien dit geschiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van (..) cultuur*". De bepaling is niet asymmetrisch geformuleerd: als er onderscheid wordt gemaakt *bij* het aanbod van diensten, dan is dat onderscheid - ongeacht wie dat maakt (de aanbieder, de vragende partij, een derde of een intermediair) - niet toegelaten. In oordeel 2007-85 inzake bloeddonoren gaat de CGB nog een stap verder: "Het gaat hier om het op vrijwillige basis willen leveren van een bijdrage aan de noodzakelijke bloedvoorziening in Nederland voortvloeiend uit, naar mag worden aangenomen, altruïstische motieven. Juist in die motieven ligt een belang verscholen dat bescherming verdient in het kader van

de AWGB." Gesteld nu dat de deelname aan het programma niet onder het ruime begrip arbeidsverhouding (vgl. met vrijwilligerswerk) zou vallen, had de CGB dan, de lijn van haar oordeel 2007-85 doortrekkend, kunnen aanvaarden dat sprake is van een aanbod van een dienst van de man aan de EO, nl. medewerking aan een tv-programma? Ja, dat had gekund, maar dat heeft de CGB hier niet gedaan. Ik vind dat getuigen van een verstandige terughoudendheid. Ook de wetsbepaling stelt centraal het aanbod door dienstverleners en rept niet van een verbod bij het afnemen van diensten (artikel 7, eerste lid, onderdeel d, AWGB zou onder omstandigheden overigens ook in rechtsbescherming kunnen voorzien). Dat zou naar mijn oordeel ook gevolgen moeten hebben voor toekomstige interpretaties van artikel 7 door de CGB, maar nu is nog onduidelijk of de Commissie deze consequentie trekt uit dit oordeel. Nu deze weg in deze zaak is afgesloten, rijst de vraag of er misschien andere aanknopingspunten zijn om de uitnodiging van de omroeporganisatie om mee te doen aan een tv-programma nochtans aan te merken als het aanbieden van een dienst? Vooropgesteld zij dat het uitzenden van tv-programma's een dienst in de zin van een economische activiteit ten behoeve van de kijkers is. Dat het daarbij gaat om de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting lijkt mij, anders dan de Commissie oordeelt, in deze context van minder belang, nog los van de omstandigheid dat de weigering van de EO vooraf ging aan de eigenlijke inhoud van het TV-programma, die beschermd wordt door onder meer artikel 7, tweede lid, Grondwet en artikel 10 EVRM. Maar is er ook sprake van het aanbod van een dienst in de relatie tussen de EO als dienstverlener en de homoseksuele man als dienstontvanger? In onze mediacratie, waarin vele publieke of aspirant-publieke figuren op zoek zijn naar *exposure,* zou een omroepbedrijf dat onderdeel uitmaakt van het publieke bestel toch een *platform* voor dergelijke personen moeten bieden? De CGB gaat met een beroep op het dagelijks en juridisch taalgebruik terecht niet zo ver: er is geen sprake van dienstverlening. De CGB wijdt daar met enigszins omtrekkende formuleringen de gehele overweging 3.12 aan, zonder tot een materiële duiding van de rechtsrelatie te komen. Dat had wat puntiger gekund. Wat volstrekt duidelijk is: het gaat niet om een verrichting van de EO specifiek ten behoeve van de homoseksuele man die aan het TV-programma wilde meedoen. Met deze afbakening van het begrip 'dienst' in artikel 7 heeft de CGB in elk geval niet alleen de EO een goede dienst bewezen.

Adviezen

Adviezen 2008

Een belangrijke taak van de Commissie Gelijke Behandeling is het geven van adviezen. Door gevraagd en ongevraagd adviezen uit te brengen aan onder andere ministers, departementen, de wetgever en spelers in het maatschappelijke veld, zorgt de CGB voor opbouw van kennis op het gebied van gelijke behandeling. Bovendien leiden gerichte adviezen tot structurele maatregelen die ongelijke behandeling kunnen voorkomen. Adviezen zijn dus een belangrijk instrument om het bewustzijn van de gelijkebehandelingsnormen te bevorderen en ervoor te zorgen dat deze worden nageleefd. Ook kan door middel van adviezen antwoord worden gegeven op meer algemene vragen die leven op het terrein van gelijke behandeling.

Onderstaande adviezen en brieven (met korte adviezen) zijn in 2008 uitgebracht. De volledige teksten staan op de website van de CGB: www.cgb.nl, onder publicaties.

Advies 2008-01 inzake voorkeursbeleid van de ondersteunende organisatie van de Tweede Kamer ten behoeve van allochtone sollicitanten.

Advies 2008-02 inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG.

Advies 2008-03 inzake gelijke behandeling in onderwijs 'Naar een discriminatievrije school'.

Advies 2008-04 inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand: "Trouwen? Geen bezwaar!".

Advies 2008-05 inzake een werkleerplicht voor jongeren tot 27 jaar.

Briefadvies 2008-06 inzake de Richtlijn gelijke behandeling buiten de arbeid, op het terrein goederen en diensten.

Briefadvies 2008-07 inzake voorstel Wet gemeentelijke anti-discriminatievoorzieningen.

Briefadvies 2008-08 inzake subsidiariteitstoets Richtlijn gelijke behandeling buiten de arbeid.

Briefadvies 2008-09 inzake doorberekening van aan pensioenregelingen verbonden uitvoeringskosten die mogelijk leeftijdsdiscriminatie opleveren.

Rechterlijke uitspraken

RECHTERLIJKE UITSPRAKEN, GEWEZEN IN 2008, OVER ZAKEN WAAROVER DE COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING REEDS EEN OORDEEL HEEFT GEGEVEN

Oordeel-nummer	Rechterlijke instantie	Datum	Uitspraak	Grond	Vindplaats
2002-174	Hof Den Haag	22 februari 2008	Het Hof bekrachtigt de uitspraak van de Rechter en veroordeelt de verweerder in de kosten van de zaak.	Geslacht	C05/1780, LJN: BC5086
2003-23 t/m 2003-35	Hof Amsterdam	8 mei 2008	Onduidelijk, aangezien het Hof beide partijen in de gelegenheid heeft gesteld om nader onderzoek te doen.	Geslacht	106.006.449/01, LJN: BD8713
2004-11	Hof Amsterdam	29 mei 2008	Het Hof wijkt af van de uitspraak van de Rechtbank maar volgt het oordeel van de Commissie en kent tevens een immateriële schadevergoeding toe.	Ras	106.005.373, LJN: BD8720
2004-44	Rechtbank Utrecht	2 april 2008	De Rechter wijkt van het oordeel van de Commissie af en stelt dat er niet in strijd met de AWGB is gehandeld.	Geslacht	217236 / HA ZA 06-1955; LJN: BC8320
2004-44	Hoge Raad	11 juli 2008	De Hoge Raad stelt eiseres in het ongelijk omdat haar argumenten alleen zijn gebaseerd op ongeoorloofd onderscheid. De Hoge Raad bekrachtigt de uitspraak van het Hof.	Geslacht	C07/030HR, LJN: BD1850
2005-219	Ktr. Heerlen	23 januari 2008	Het oordeel van de Commissie wordt uitvoerig besproken. Ook de Rechter is van mening dat er geen sprake is van onderscheid op grond van leeftijd bij inwerkingtreding van het Hoofdlijnenakkoord.	Leeftijd	233756 CV EXPL 06-5216
2006-202	Rechtbank Rotterdam	6 augustus 2008	De Rechter volgt uitdrukkelijk niet het oordeel van de Commissie.	Godsdienst, geslacht	289300 / HA ZA 07-1924, LJN: BD9643
2007-14	Rechtbank Den Bosch	23 juli 2008	Ook de Rechter oordeelt dat er geen sprake is geweest van onderscheid.	Ras	167284 HA ZA 07-2252, LJN: BD8364
2007-48	Ktr. Den Haag	3 april 2008	De Rechter stelt dat het in algemene termen vervat bewijsaanbod van eiseres wordt gepasseerd aangezien geen stelling te bewijzen is aangeboden die tot een ander oordeel moeten leiden. De vordering is dan ook afgewezen ondanks dat gedaagde erkentelijk is geweest in het feit de procedure bij de Commissie niet serieus te hebben genomen en daarin een grote misser heeft gemaakt.	Ras	684931/07-17077
2007-55	Rechtbank Den Haag	28 april 2008	De Rechtbank volgt het oordeel van de Commissie en draagt verweerder op een nieuw besluit te nemen.	Ras	AWB 07/874 AW

2007-114	Ktr. Utrecht	5 november 2008	De Rechter wijkt gedeeltelijk af van het oordeel van de Commissie.	Ras, Handicap en chronische ziekte	547651 UC EXPL 07-15377, LJN: BG5158
2007-132	Nationale Ombudsman	30 oktober 2008	De Nationale Ombudsman volgt het oordeel van de Commissie en verklaart het beroep gegrond wat betreft het aspect van bejegening.	Geslacht	rap. nr. 2008-247
2007-188	Ktr. Utrecht	8 oktober 2008	De Rechter volgt grotendeels het oordeel van de Commissie.	Geslacht	561325 UC EXPL 08-2162 lh
2008-10	Ktr. Amsterdam	8 juli 2008	De Rechter ontbindt de overeenkomst, maar bekrachtigt het oordeel van de Commissie en kent een schadevergoeding toe.	Geslacht	EA 07-3820
2008-85	Ktr. Amsterdam	15 juli 2008	De Rechter bekrachtigt het oordeel van de Commissie en kent een schadevergoeding toe aan eiseres.	Geslacht	KK 08-613

Registers

Artikelenregister

ALGEMENE WET GELIJKE BEHANDELING

Artikel 1
2008-12, 2008-16, 2008-25, 2008-31, 2008-35, 2008-44, 2008-45, 2008-58, 2008-71, 2008-75, 2008-76, 2008-85, 2008-86, 2008-91, 2008-92, 2008-95, 2008-107, 2008-108, 2008-109, 2008-115, 2008-116, 2008-124, 2008-128, 2008-131, 2008-143, 2008-145, 2008-149, 2008-153, 2008-154, 2008-158, 2008-159

Artikel 2
2008-14, 2008-48, 2008-81, 2008-116

Artikel 2 lid 1
2008-25

Artikel 2 lid 2
2008-116

Artikel 2 lid 3
2008-81, 2008-86, 2008-143

Artikel 2 lid 4
2008-86

Artikel 2 lid 5
2008-86

Artikel 4
2008-16

Artikel 5
2008-14, 2008-31, 2008-32, 2008-35, 2008-40, 2008-48, 2008-54, 2008-55, 2008-73, 2008-78, 2008-81, 2008-85, 2008-108, 2008-109, 2008-111, 2008-123, 2008-127, 2008-129, 2008-134, 2008-143, 2008-156, 2008-157, 2008-158

Artikel 5 lid 1
2008-13, 2008-31, 2008-44, 2008-45, 2008-50, 2008-55, 2008-73, 2008-75, 2008-76, 2008-78, 2008-81, 2008-86, 2008-91, 2008-92, 2008-95, 2008-108, 2008-109, 2008-111, 2008-124, 2008-127, 2008-128, 2008-133, 2008-134, 2008-136, 2008-144, 2008-145, 2008-154, 2008-156, 2008-157, 2008-159

Artikel 5 lid 1 onderdeel b
2008-148

Artikel 5 lid 2
2008-39, 2008-121

Artikel 5 lid 4
2008-136

Artikel 5, lid 1
2008-29

Artikel 6
2008-107, 2008-158, 2008-159

Artikel 7
2008-25, 2008-71, 2008-104, 2008-109, 2008-115, 2008-116, 2008-120, 2008-158

Artikel 7 lid 1
2008-4, 2008-6, 2008-12, 2008-25, 2008-58, 2008-112, 2008-115, 2008-116, 2008-153

Artikel 7 lid 1, onderdeel a
2008-102, 2008-146

Artikel 7 lid 2
2008-112

Artikel 7a ,
2008-1, 2008-107, 2008-122

Artikel 8a ,
2008-19, 2008-133

Artikel 10 ,
2008-4, 2008-6, 2008-12, 2008-16, 2008-25, 2008-29, 2008-35, 2008-44, 2008-45, 2008-58, 2008-95, 2008-107, 2008-108, 2008-109, 2008-111, 2008-124, 2008-128, 2008-129, 2008-134, 2008-149, 2008-159

Artikel 12
2008-24, 2008-93, 2008-111

Artikel 12 lid 1
2008-118

Artikel 12 lid 2
2008-24, 2008-25, 2008-62, 2008-111, 2008-117

Artikel 14
2008-111

WET GELIJKE BEHHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN

Artikel 1
2008-1K, 2008-47,2008-52, 2008-155

Artikel 1B
2008-52

Artikel 2
2008-59, 2008-107

Artikel 3
2008-39, 2008-47, 2008-48

Artikel 3 lid 1
2008-1K, 2008-99, 2008-102, 2008-117, 2008-118, 2008-155

Artikel 3 lid 4
2008-2, 2008-118, 2008-155

Artikel 5
2008-39, 2008-48, 2008-52, 2008-117, 2008-155

Artikel 5 lid 1
2008-52, 2008-117

Artikel 5 lid 2
2008-117, 2008-118

Artikel 6
2008-1K

Artikel 7
2008-20, 2008-23, 2008-53

Artikel 8
2008-20, 2008-23, 2008-53

Artikel 9
2008-20, 2008-23, 2008-53

Artikel 10
2008-20, 2008-23, 2008-53

WET GELIJKE BEHANDELING LEEFTIJD BIJ ARBEID

Artikel 1 ,
2008-3, 2008-47, 2008-108

Artikel 1 lid 1
2008-9, 2008-21, 2008-24, 2008-27, 2008-38, 2008-42, 2008-46, 2008-57, 2008-62, 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-70, 2008-72, 2008-77, 2008-79, 2008-80, 2008-83, 2008-89, 2008-90, 2008-98, 2008-100, 2008-101, 2008-103, 2008-107, 2008-113, 2008-117, 2008-136, 2008-139, 2008-140, 2008-147, 2008-155, 2008-160

Artikel 1 lid 2
2008-34, 2008-80, 2008-98, 2008-103, 2008-149

Artikel 3, aanhef en onderdeel a
2008-27, 2008-34, 2008-99, 2008-108

Artikel 3, aanhef en onderdeel e,
2008-37, 2008-125

Artikel 4
2008-107

Artikel 5 , 2008-139
2008-140

Artikel 7 lid 1
2008-3, 2008-9, 2008-21, 2008-24, 2008-27, 2008-38, 2008-42, 2008-46, 2008-57, 2008-59, 2008-60, 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-72, 2008-83, 2008-89, 2008-98, 2008-100, 2008-108, 2008-117, 2008-118, 2008-128, 2008-141, 2008-151, 2008-160

Artikel 7, lid 1 aanhef en onderdeel c
2008-37, 2008-125

Artikel 7 lid 2
2008-98

Artikel 8 lid 2
2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69

Artikel 9
2008-33, 2008-36, 2008-47, 2008-62, 2008-88, 2008-90, 2008-93, 2008-118, 2008-138, 2008-155

Artikel 12
2008-3

Artikel 12 lid 1
2008-34, 2008-57, 2008-72, 2008-77, 2008-79, 2008-83, 2008-139, 2008-140, 2008-141, 2008-147, 2008-148, 2008-149

Artikel 14
2008-24, 2008-62

WET GELIJKE BEHANDELING HANDICAP OF CHRONISCHE ZIEKTE

Artikel 1
2008-18, 2008-28, 2008-41, 2008-49, 2008-56, 2008-74, 2008-86, 2008-96, 2008-110, 2008-135, 2008-139, 2008-140, 2008-142

Artikel 2
2008-5, 2008-17, 2008-18, 2008-28, 2008-30, 2008-49, 2008-51, 2008-56, 2008-74

Artikel 3 lid 1
2008-17, 2008-18, 2008-56

Artikel 4
2008-5, 2008-17, 2008-18, 2008-41, 2008-43, 2008-49, 2008-51, 2008-86, 2008-96, 2008-110, 2008-135, 2008-138, 2008-142

Artikel 4, aanhef en onderdeel e,
2008-8

Artikel 6
2008-28, 2008-41, 2008-56, 2008-139, 2008-140

Artikel 10 lid 1
2008-17, 2008-28, 2008-110, 2008-135

Artikel 10 lid 2
2008-17

Artikel 12
2008-139, 2008-140

BURGERLIJK WETBOEK

Artikel 7: 646
2008-7, 2008-15, 2008-19, 2008-20, 2008-22, 2008-23, 2008-26, 2008-31, 2008-53, 2008-82, 2008-85, 2008-94, 2008-119, 2008-150

Artikel 7: 646 lid 1
BW, 2008-7, 2008-10, 2008-19, 2008-20, 2008-22, 2008-26, 2008-31, 2008-61, 2008-82, 2008-85, 2008-102, 2008-119, 2008-130, 2008-142, 2008-152

Artikel 7: 646 lid 2
2008-22

Artikel 7: 646 lid 3
2008-22

Artikel 7: 646 lid 12
2008-19, 2008-26, 2008-31, 2008-82

Artikel 7: 646 lid 4
2008-22

Artikel 7: 646 lid 5
2008-7, 2008-19, 2008-22, 2008-31, 2008-61, 2008-85, 2008-119, 2008-142

Artikel 7: 646 lid 6
2008-152

Artikel 7: 646 lid 8
2008-22, 2008-119

Artikel 7: 646 lid 10
2008-20

Artikel 7: 648
2008-31, 2008-84

Artikel 7: 648 lid 1
2008-31, 2008-84, 2008-126, 2008-142

Artikel 7: 649
2008-97

Artikel 7: 649 lid 1
2008-63, 2008-125

OVERIG

Besluit Beroepsactiviteiten
Artikel 1, 2008-48

Grondwet
Artikel 23, 2008-112

Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd,
Artikel II, 2008-64

Trefwoordenregister

Aanbieden goederen en diensten
2008-6, 2008-12, 2008-25, 2008-58, 2008-71, 2008-104, 2008-115, 2008-116, 2008-120, 2008-146, 2008-156, 2008-157, 2008-158

Aangaan arbeidsverhouding
2008-5, 2008-11, 2008-13, 2008-15, 2008-22, 2008-39, 2008-43, 2008-55, 2008-82, 2008-93, 2008-94, 2008-110, 2008-119, 2008-136, 2008-137, 2008-147, 2008-149, 2008-150, 2008-158, 2008-159

Alleenstaande
2008-25

Arbeidsbemiddeling
2008-29, 2008-75, 2008-76, 2008-89, 2008-105, 2008-148, 2008-149¶

Arbeidsduur
2008-31, 2008-119, 2008-126

Arbeidsvoorwaarden
2008-3, 2008-7, 2008-8, 2008-9, 2008-16, 2008-19, 2008-20, 2008-23, 2008-24, 2008-27, 2008-26, 2008-31, 2008-37, 2008-44, 2008-45, 2008-46, 2008-49, 2008-52, 2008-53, 2008-54, 2008-63, 2008-64, 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-73, 2008-80, 2008-82, 2008-83, 2008-84, 2008-86, 2008-96, 2008-97, 2008-98, 2008-100, 2008-101, 2008-103, 2008-123, 2008-125, 2008-126, 2008-127, 2008-130, 2008-131, 2008-133, 2008-142, 2008-152

Bbz
2008-107

Bedrijfsleven
2008-10, 2008-2008-19XX , 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-86, 2008-97, 2008-100, 2008-101, 2008-118, 2008-128, 2008-133, 2008-137, 2008-142, 2008-144, 2008-149, 2008-150, 2008-152

Beëindiging van arbeidsverhouding
2008-5, 2008-7, 2008-10, 2008-38, 2008-41, 2008-50, 2008-54, 2008-55, 2008-61, 2008-85, 2008-110, 2008-133, 2008-137, 2008-151, 2008-160

Beloning
2008-7, 2008-8, 2008-19, 2008-20, 2008-23, 2008-53, 2008-80, 2008-82, 2008-84, 2008-126, 2008-127, 2008-131

Beroepsopleiding/beroepsonderwijs
2008-28, 2008-30, 2008-51, 2008-56, 2008-74, 2008-116, 2008-129, 2008-139, 2008-140

Bevoegdheid Commissie
2008-49, 2008-71, 2008-107, 2008-115, 2008-122, 2008-136, 2008-158, 2008-159

Bevordering
2008-20

Bewijslast
2008-6, 2008-16, 2008-17, 2008-19, 2008-23, 2008-25, 2008-31, 2008-34, 2008-35, 2008-44, 2008-45, 2008-55, 2008-58, 2008-63, 2008-64, 2008-72, 2008-73, 2008-79, 2008-80, 2008-82, 2008-83, 2008-85, 2008-95, 2008-99, 2008-107, 2008-108, 2008-109, 2008-113, 2008-127, 2008-128, 2008-129, 2008-134, 2008-135, 2008-137, 2008-141, 2008-147, 2008-148, 2008-149, 2008-159

Burgerlijke Staat
2008-25, 2008-31

Chronische ziekte
2008-5, 2008-16, 2008-17, 2008-74

Cultuur
2008-143

Deelarbeid
2008-31, 2008-142

Deeltijdarbeid
2008-126

Dienstverlening
2008-21, 2008-83, 2008-117, 2008-135, 2008-137, 2008-142, 2008-149

Discriminatie op de werkvloer
2008-26, 2008-41, 2008-44, 2008-45, 2008-49, 2008-50, 2008-55, 2008-73, 2008-124, 2008-129, 2008-133, 2008-134, 2008-145, 2008-153, 2008-154, 2008-159

Doeltreffende aanpassing
2008-5, 2008-17, 2008-18, 2008-49, 2008-51, 2008-74, 2008-139, 2008-140

EG-recht
2008-7, 2008-21, 2008-52, 2008-142, 2008-158

Functiebenaming
2008-2

Functiewaardering
2008-20

Geslacht
2008-2, 2008-6, 2008-7, 2008-15, 2008-19, 2008-20, 2008-22, 2008-23, 2008-25, 2008-26, 2008-31, 2008-39, 2008-47, 2008-48, 2008-52, 2008-53, 2008-71, 2008-82, 2008-85, 2008-94, 2008-99, 2008-102, 2008-107, 2008-115, 2008-116, 2008-117, 2008-118, 2008-119, 2008-129, 2008-130, 2008-142XX□- 145, 2008-148, 2008-149, 2008-150, 2008-152, 2008-155

Geslachtsbepaaldheid
2008-48, 2008-116

Gezondheidszorg
2008-13, 2008-99, 2008-131

Handicap
2008-5, 2008-8, 2008-16, 2008-17, 2008-18, 2008-30, 2008-43, 2008-49, 2008-51, 2008-56, 2008-74, 2008-110, 2008-122, 2008-135, 2008-139, 2008-140, 2008-142

Handicap of chronische ziekte
2008-5, 2008-8, 2008-16, 2008-17, 2008-18, 2008-30, 2008-43, 2008-49, 2008-51, 2008-56, 2008-74, 2008-110, 2008-122, 2008-135, 2008-139, 2008-140, 2008-142

Hetero- of homoseksuele gerichtheid
2008-50, 2008-159

Homoseksuele gerichtheid
2008-35, 2008-40, 2008-50, 2008-158, 2008-159

Hoofddoek
2008-12, 2008-14, 2008-54, 2008-73, 2008-91, 2008-92, 2008-121, 2008-123, 2008-128, 2008-144, 2008-145, 2008-146

Horeca
2008-62, 2008-104, 2008-113

Industrie
2008-18, 2008-27, 2008-125

Intersectie
2008-107

Intimidatie
2008-41, 2008-130

Islam
2008-14, 2008-54, 2008-55, 2008-73, 2008-91, 2008-92, 2008-121, 2008-143, 2008-144

Klachtbehandeling
2008-153, 2008-154

Kledingvoorschriften
2008-73, 2008-123

Kredietverlening
2008-107

Leeftijd
2008-3, 2008-9, 2008-11, 2008-21, 2008-24, 2008-27, 2008-33, 2008-34, 2008-36, 2008-37, 2008-38, 2008-42, 2008-47, 2008-57, 2008-59, 2008-60, 2008-62, 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-72, 2008-77, 2008-79, 2008-80, 2008-83, 2008-88, 2008-89, 2008-90, 2008-93, 2008-98, 2008-99, 2008-105, 2008-106, 2008-107, 2008-108, 2008-109, 2008-113, 2008-117, 2008-118, 2008-125, 2008-136, 2008-138, 2008-141, 2008-147, 2008-148, 2008-149, 2008-151, 2008-160

Levensovertuiging
2008-39

Midden- en kleinbedrijf
2008-14, 2008-36, 2008-138

Moederschap
2008-7, 2008-19, 2008-52, 2008-142

Nationaliteit
2008-78, 2008-114, 2008-120, 2008-122, 2008-156, 2008-157

Objectieve rechtvaardiging
2008-3, 2008-4, 2008-8, 2008-14, 2008-21, 2008-24, 2008-25, 2008-27, 2008-33, 2008-37, 2008-38, 2008-40, 2008-42, 2008-46, 2008-57, 2008-62, 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-70, 2008-72, 2008-83, 2008-84, 2008-89, 2008-90, 2008-91, 2008-92, 2008-97, 2008-100, 2008-101, 2008-106, 2008-114, 2008-117, 2008-125, 2008-127, 2008-136, 2008-137, 2008-142, 2008-144, 2008-145, 2008-148, 2008-160

Ondernemingsraden
2008-114, 2008-142

Onderwijs
2008-4, 2008-20, 2008-21, 2008-30, 2008-32, 2008-37, 2008-56, 2008-59, 2008-60, 2008-74, 2008-105, 2008-115, 2008-116, 2008-121, 2008-139, 2008-140, 2008-145, 2008-147, 2008-153

Ontvankelijkheid
2008-1K, 2008-7, 2008-19, 2008-21, 2008-24, 2008-25, 2008-31, 2008-40, 2008-62, 2008-63, 2008-64, 2008-109, 2008-114, 2008-115, 2008-131, 2008-142, 2008-148, 2008-149

Openbare dienst
2008-1K, 2008-40, 2008-71, 2008-107, 2008-160

Ouderschapsverlof
2008-142

Overheid
2008-2, 2008-3, 2008-5, 2008-21, 2008-29, 2008-38, 2008-40, 2008-49, 2008-107, 2008-122, 2008-136, 2008-143, 2008-159

Partnerpensioen
2008-24

Pensioenen
2008-7, 2008-24, 2008-31, 2008-70, 2008-86, 2008-96, 2008-100, 2008-101, 2008-151

Pensioenfondsen
2008-24, 2008-70, 2008-86, 2008-96

Personeelsadvertenties
2008-2, 2008-33, 2008-36, 2008-47, 2008-86, 2008-88, 2008-89, 2008-90, 2008-114, 2008-138

Ras
2008-1, 2008-12, 2008-13, 2008-32, 2008-35, 2008-44, 2008-45, 2008-48, 2008-55, 2008-58, 2008-78, 2008-81, 2008-104, 2008-107, 2008-108, 2008-109, 2008-122, 2008-124, 2008-129, 2008-131, 2008-133, 2008-134, 2008-143, 2008-153, 2008-154

Reïntegratie
2008-50

Samenloop gronden
2008-107

Seksuele intimidatie
2008-26

Selectie
2008-11, 2008-17, 2008-18, 2008-21, 2008-35, 2008-42, 2008-47, 2008-72, 2008-75, 2008-77, 2008-78, 2008-108, 2008-109, 2008-114,

2008-136, 2008-141, 2008-144, 2008-147, 2008-148, 2008-149

Seniorenregeling
2008-37, 2008-84, 2008-125

Sociale bescherming
2008-1

Sollicitatie
2008-11, 2008-14, 2008-17, 2008-33, 2008-34, 2008-35, 2008-40, 2008-42, 2008-47, 2008-57, 2008-72, 2008-79, 2008-81, 2008-91, 2008-92, 2008-95, 2008-111, 2008-113, 2008-128, 2008-135, 2008-136, 2008-141, 2008-144, 2008-147, 2008-148, 2008-149

Spoedprocedure
2008-85

Sport
2008-74, 2008-146

Starterskapitaal
2008-107

Taaleis
2008-12, 2008-86, 2008-95

Tijdelijke dienst
2008-97, 2008-119, 2008-125

Transseksualiteit
2008-6, 2008-115, 2008-116

Uitzendarbeid
2008-18, 2008-57, 2008-77, 2008-149

Uitzendwerk
2008-148

Vereenvoudigde procedure
2008-22, 2008-25, 2008-35, 2008-36, 2008-53, 2008-62, 2008-71, 2008-72, 2008-89, 2008-90, 2008-117, 2008-138

Vereniging
2008-16

Verjaring
2008-7, 2008-31, 2008-152

Verzekeringen
2008-6, 2008-64

Victimisatie
2008-19, 2008-133

Voorkeursbeleid
2008-2, 2008-39, 2008-48, 2008-52, 2008-81, 2008-86, 2008-143, 2008-147

Vrij beroep
2008-107, 2008-158, 2008-159

Werknemersorganisaties
2008-46, 2008-65, 2008-66, 2008-67, 2008-68, 2008-69, 2008-125, 2008-126

Werving
2008-2, 2008-11, 2008-17, 2008-18, 2008-21, 2008-33, 2008-34, 2008-35, 2008-36, 2008-39, 2008-40, 2008-42, 2008-47, 2008-48, 2008-57, 2008-59, 2008-60, 2008-62, 2008-72, 2008-75, 2008-76, 2008-78, 2008-79, 2008-81, 2008-86, 2008-88, 2008-89, 2008-90, 2008-91, 2008-92, 2008-93, 2008-95, 2008-99, 2008-106, 2008-108, 2008-109, 2008-111, 2008-114, 2008-117, 2008-118, 2008-121, 2008-135, 2008-138, 2008-141, 2008-143, 2008-144, 2008-148, 2008-149, 2008-155

Werving & Selectie
2008-1K, 2008-11, 2008-17, 2008-18, 2008-21, 2008-33, 2008-34, 2008-35, 2008-39, 2008-40, 2008-42, 2008-47, 2008-48, 2008-57, 2008-59, 2008-60, 2008-72, 2008-76, 2008-78, 2008-79, 2008-81, 2008-88, 2008-91, 2008-92, 2008-93, 2008-95, 2008-99, 2008-108, 2008-109, 2008-111, 2008-114, 2008-117, 2008-118, 2008-121, 2008-135, 2008-141, 2008-143, 2008-144, 2008-148, 2008-149

Zakelijke dienstverlening
2008-6, 2008-7, 2008-18, 2008-31, 2008-58, 2008-75, 2008-76, 2008-82, 2008-117, 2008-148, 2008-149, 2008-152

Zorgsector
2008-72, 2008-126

Zwangerschap
2008-7, 2008-10, 2008-15, 2008-19, 2008-22,

2008-61, 2008-82, 2008-85, 2008-94, 2008-119, 2008-142, 2008-150

Zwangerschapsverlof
2008-7, 2008-10, 2008-15, 2008-19, 2008-61, 2008-82, 2008-94, 2008-142

Overzicht auteurs 2008

HOOFDREDACTIE

Prof. mr. J.H. Gerards, hoogleraar Staats- en Bestuursrecht, afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens, hoogleraar Onderwijsrecht en hoofddocent Staats- en Bestuursrecht, departement Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg

REDACTIE

Mr. M.F. Baltussen, docent/onderzoeker aan de Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. E. Cremers-Hartman, zelfstandig onderzoeker en publicist op het gebied van het Arbeidsrecht te Leiden, tevens voorzitter Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA)

Mr. M. Davidović, onderzoeker Anne Frank Stichting

Mr. A.W. van Leeuwen, advocaat bij SteensmaEven advocaten te Rotterdam

Dr. lic. A.J. Overbeeke, universitair docent afdeling Staats- en Bestuursrecht, VU Amsterdam; postdoc onderzoeker Universiteit Antwerpen

J.A. Schoonheim, J.D, LL.M, docent onderzoeker Internationaal Recht aan de Universiteit Maastricht

Mr. M.J. Strijkers, beleidsmedewerker Meldpunt Discriminatie Amsterdam

Mr. dr. M.S.A. Vegter, advocaat bij Bosch en Ruiter advocaten te Amsterdam en onderzoeker bij de Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen, lid van de Raad van State, hoogleraar Staats- en Bestuursrecht (in het bijzonder onderwijsrecht) aan de Vrije Universiteit Amsterdam, en hoogleraar Onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

Mr. S.K. van Walsum, senior onderzoeker Migratierecht, afdeling Staats- en Bestuursrecht, Vrije Universiteit Amsterdam

Mr. M.B. de Witte-Van den Haak, advocaat pensioenrecht bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn advocaten en notarissen te Den Haag

THEMABIJDRAGEN

Prof. mr. A.G. Castermans, hoogleraar Burgerlijk Recht aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden

Prof. dr. W.G.J. Duyvendak, hoogleraar Algemene Sociologie aan de Universiteit van Amsterdam

Mr. F. Hendrickx, Jean Monnet professor aan de Universiteit van Tilburg

Dr. M. van der Klein, Senior onderzoeker, Verwey-Jonker Instituut te Utrecht

Prof. dr. S. Stuurman, hoogleraar Euro-

pese geschiedenis, Faculteit der Historische Kunstwetenschappen, Erasmus Universiteit, Rotterdam

ANNOTATOREN

Mr. M.M. den Boer, directeur Wetgeving en Juridische Zaken bij het Ministerie van VWS te Den Haag

Prof. E. Bonthuys, professor of law aan de University of the Witwatersrand te Johannesburg, Zuid-Afrika

Prof. mr. C. Groenendijk, emeritus hoogleraar Rechtssociologie en voorzitter van het Centrum voor Migratierecht van de Radboud Universiteit Nijmegen

Prof. mr. T. Loenen, hoogleraar Rechtstheorie (met een bijzondere aandacht voor gender en recht) aan de Universiteit Utrecht

Dr. lic. A.J. Overbeeke, universitair docent afdeling Staats- en Bestuursrecht, VU Amsterdam en postdoc onderzoeker aan de Universiteit Antwerpen

Prof. mr. L.C.J. Sprengers, hoogleraar aan de Universiteit Leiden (Albedaleerstoel) en advocaat te Utrecht

Mr. G.Th. Terpstra, Onderzoeksmedewerker aan de Universiteit Leiden

Prof. dr. R.C. Tobler, hoogleraar Europees Recht aan de Europainstituten van de Universiteit Basel (Zwitserland) en Leiden

Mr. J. Uzman, promovendus bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens, hoogleraar Onderwijsrecht en hoofddocent Staats- en Bestuursrecht, departement Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg