



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006

Gerards, J.H.; Vermeulen, B.P.; Zoontjens, P.J.J.; Burri, S.D.; Cremers-Hartman, E.; Dankbaar, M.J.J.; ... ; Walsum, S.K.

Citation

Gerards, J. H., Vermeulen, B. P., Zoontjens, P. J. J., Burri, S. D., Cremers-Hartman, E., Dankbaar, M. J. J., ... Walsum, S. K. (2007). *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12461>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12461>

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

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006

Hoofredactie:

prof. mr. J.H. Gerards
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen
prof. mr. P.J.J. Zoontjens

Redactie:

dr. S.D. Burri
mr. E. Cremers-Hartman
mr. M.J.J. Dankbaar
mr. drs. M. Heemskerk
mr. M. Kroes
mr. dr. S.S.M. Peters
mr. P.R. Rodrigues
mr. C. Waaldijk
mr. S.K. van Walsum

Met medewerking van:

mr. M. Davidovic
dr. ir. T. Havinga
mr. D.C. Houtzager
mr. M.J. Strijkers
mr. K.M. de Vries
mr. K. Wentholt

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

Productie en lay-out:  Wolf Legal Publishers

Omslagontwerp: Fabrique B.V.

Uitgever: Willem-Jan van der Wolf

© 2007

ISBN 13: 978-90-5850-295-7

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

De Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) ontving in 2006 opnieuw meer verzoeken dan in de voorafgaande jaren. Waren er in 2005 nog 621 verzoeken, toen een recordaantal, in 2006 was dit aantal opgelopen tot 694.¹ Uiteindelijk leidde dit in 2006 tot 261 inhoudelijke oordelen, tegenover 245 oordelen in 2005. Net als in 2005 hebben de verzoeken over de grond leeftijd de belangrijkste bijdrage geleverd aan de instroom van verzoeken. Maar liefst 219 verzoeken betroffen onderscheid naar leeftijd, waarmee deze grond de werkvoorraad van de CGB voor bijna een derde bepaalde.² Daarnaast ontving de CGB veel verzoeken over de gronden ras (105 verzoeken, 15% van het totaal), handicap en chronische ziekte (89 verzoeken, 13% van het totaal) en geslacht (83 verzoeken, 12% van het totaal).³ Opvallend is verder de toename van het aantal verzoeken over onderscheid naar godsdienst: waren dit er in 2005 nog 29, in 2006 steeg dit aantal naar 56 – een stijging van 93%.⁴ Een opmerkelijke afname van het aantal verzoeken is zichtbaar bij de grond seksuele oriëntatie, waar in 2005 nog vijftien verzoeken werden ingediend, tegenover vier verzoeken in 2006.⁵

Een interessante vraag is of en in hoeverre dit soort veranderingen in het aantal ingediende verzoeken verband houdt met maatschappelijke ontwikkelingen en percepties. Het is niet ondenkbaar dat de toename van het aantal klachten over onderscheid naar godsdienst verband houdt met de islamonvriendelijke sfeer die de afgelopen tijd is ontstaan, of met onzekerheid over de vraag in hoeverre minder gebruikelijke godsdienstige uitingen (zoals het weigeren van het schudden van handen) kunnen worden verworpen. Tegelijkertijd mag het gedaalde aantal verzoeken over onderscheid naar seksuele oriëntatie zeker niet worden beschouwd als een teken van verminderde discriminatie jegens homoseksuelen.⁶ Een directe correlatie tussen maatschappelijk bestaande discriminatie en aantallen verzoeken kan dus zeker niet worden geconstateerd. Ook bij de grond leeftijd is het hoge aantal verzoeken moeilijk te duiden. Op zichzelf kan dit aantal worden beschouwd als een teken dat

1 In eerdere jaren bedroegen de aantallen 70 (1995), 119 (1996), 149 (1997), 152 (1998), 112 (1999), 101 (2000), 150 (2001), 204 (2002), 166 (2003), 179 (2004) en 245 (2005).

2 Uiteindelijk leidde dit tot 71 inhoudelijke oordelen.

3 Dit leidde tot 42 oordelen over ras, 26 oordelen over handicap/chronische ziekte en 51 oordelen over geslacht. Het aantal oordelen over geslacht is, na leeftijd, dan ook het grootste, ook al worden er over onderscheid naar ras en handicap/chronische ziekte meer verzoeken ingediend.

4 Dit leidde tot 28 inhoudelijke oordelen over onderscheid naar godsdienst, 11% van het totaal. Ook hier is het aantal oordelen dus relatief groter dan het aantal verzoeken dat over deze grond is ingediend. Daarmee is het aantal oordelen als zodanig duidelijk groter dan in 2005, toen er volgens het jaarverslag van de CGB vijftien oordelen werden gewezen over godsdienst (toen 6% van het totaal).

5 Dit resulteerde in vijf oordelen over seksuele gerichtheid in 2006 tegenover twee oordelen in 2005.

6 Zie daarover het commentaar van Strijkers aan deze bundel, par. 2.2 en S. Keuzenkamp, D. Bos, J.W. Duyvendak en G. Hekma, *Gewoon doen. Acceptatie van homoseksualiteit in Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, Den Haag, september 2006 en *Discrimination in the European Union*, Eurobarometer 263, Brussel: Europese Commissie 2007, p. 54-58.

veel mensen last hebben van deze vorm van ongelijke behandeling en dankbaar gebruik maken van de nu geboden mogelijkheid om daarover te klagen. In dat opzicht zou het aantal verzoeken een reflectie kunnen vormen van een maatschappelijk bestaande situatie van achterstelling. Het is echter ook mogelijk, en zelfs zeer waarschijnlijk, dat het grote aantal verzoeken vooral voortkomt uit onduidelijkheden in de regelstelling. Zoals blijkt uit het commentaar van Heemskerk en Dankbaar in deze bundel, betreft het overgrote aantal oordelen ingewikkelde economische, sociale en technische vraagstukken zoals de betekenis van het verbod van leeftijds-onderscheid in seniorenregelingen en pensioenregelingen. Het aandeel oordelen over eigen handelen ligt in deze context ook aanzienlijk hoger dan bij de andere gronden van onderscheid. De verklaringen voor toename of afname van het aantal oordelen zijn dan ook zeer divers, en kunnen zeker niet worden gevonden in ver-grote maatschappelijke belangstelling of discriminatie alleen.

Behalve de fluctuaties in het aantal verzoeken over bepaalde gronden, valt op dat veel verzoeken betrekking hebben op verschillende gronden tegelijkertijd. Het komt voor dat iemand klaagt over discriminerende bejegening op de werkplek, die niet zozeer verband houdt met het feit dat zij een vrouw is, of omdat zij moslim is, maar omdat zij een vrouwelijke moslim is. Deze vorm van samenloop, uit de gelijk-behandelingsliteratuur ook wel bekend onder de term “intersectionaliteit”, doet zich bij sommige gronden vaker voor dan bij andere. Zo is in veel zaken sprake van een nauwe samenhang tussen religie en ras, of tussen religie en geslacht. Iets minder voor de hand liggend, maar wel vaak voorkomend, is een samenloop van onderscheid naar handicap en leeftijd. Daarnaast kan de situatie zich voordoen dat een direct onderscheid op de ene grond vaak samenloopt met indirect onderscheid op een andere grond. Zo gaat direct onderscheid naar arbeidsduur geregeld gepaard met indirect onderscheid naar geslacht.

Gelet op de verschillen in reikwijdte en beperkingsmogelijkheden waarin de diverse gelijkebehandelingswetten voorzien, kan intersectionaliteit tot praktische problemen leiden.⁷ Zo is de reikwijdte van het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid naar ras groter dan die van het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid naar godsdienst, en is voor de grond handicap voorzien in andere uitzonderingsmogelijkheden dan voor de grond leeftijd. In 2006 werd een interessant oordeel over deze problematiek gewezen: oordeel 2006-61. Dit oordeel had betrekking op een ingewikkeld voorkeursbeleid van een Amsterdamse instelling, waarbij voorkeursregels waren ingebouwd voor mannen, homoseksuelen, allochtonen, reïntegrerenden en jongeren. Op die manier wilde de instelling komen tot een betere afspiegeling van de doelgroepen waarop zij haar dienstverlening richtte en de Amsterdamse bevolking in het algemeen. Een voorkeursbeleid kon volgens de CGB hoe dan ook niet worden gevoerd ten aanzien van homoseksuelen en jongeren, nu de AWGB-wetgever heeft gemeend dat geen sprake is van een dusdanige structurele achterstandpositie dat voorkeursbeleid jegens deze groepen kan worden gerechtvaardigd.

7 Zie reeds C.H.S. Evenhuis, “Samenloop: een ondergewaardeerd vraagstuk”, in: T. Loenen (red.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 77 e.v. Zie recentier bijvoorbeeld J.H. Gerards, “Grounds of Discrimination”, in: M. Bell, D. Schiek en L. Waddington (red.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart 2007 (te verschijnen), par. 1.5 en, meer specifiek, S. Hannett, “Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination” (2003) 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 68 en S. Fredman, “Double trouble: multiple discrimination and EU law” (2005) *European Anti-Discrimination Law Review* 13.

Vervolgens ging de CGB voor alle afzonderlijk aangevoerde gronden na of een rechtvaardiging kon worden gevonden, aan de hand van de specifieke uitzonderingsmogelijkheden die voor de verschillende gronden beschikbaar zijn. Wel stelde zij, waar relevant, vergelijkbare eisen – zo oordeelde zij dat ten aanzien van voorkeursbeleid op grond van ras en handicap dezelfde criteria gelden als ten aanzien van voorkeursbeleid op grond van geslacht. Het voorkeursbeleid als geheel werd echter niet beoordeeld, noch kwam de vraag uitdrukkelijk aan de orde of het redelijk is om bij alle gronden identieke criteria van voorkeursbeleid te hanteren.

Verzoeken waarin zich vraagstukken van intersectionaliteit voordoen, roepen dit soort vragen vaak op. Moet de kwestie als geheel worden gezien, of mag worden onderscheiden tussen de verschillende aspecten en gronden? Moeten identieke uitzonderingsgronden worden gehanteerd, ook als die ten aanzien van één van de aan de orde zijnde gronden ruimer of enger zijn? En hoe moet worden omgegaan met verschillen in materiële reikwijdte, zoals zich bijvoorbeeld kunnen voordoen bij onderscheid jegens een gehandicapte, allochtone man? Bij het voorbereiden of aanpassen van nieuwe gelijkebehandelingswetgeving is het wenselijk om verder na te denken over dit soort vragen en problemen, zoals Evenhuis in 2000 al voorstelde.⁸ Vooral de voorgenoemde integratiewet zou kunnen voorzien in oplossingen, hoewel de problematiek in het voorontwerp niet centraal leek te staan.⁹

In dit verband is een belangrijke ontwikkeling ook de samenvoeging van het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie en de Landelijke vereniging van anti-discriminatiebureaus (ADB's). Sinds 1 januari 2007 vormen deze bureaus een overkoepelende vereniging, 'Art. 1', die zich bezig zal houden met ongelijke behandeling op alle door de gelijkebehandelingswetgeving bestreken gronden. Met de samenvoeging wordt een betere landelijke dekking bereikt en kunnen burgers met al hun klachten en vragen over ongelijke behandeling terecht bij een lokaal aanspreekpunt. Het valt te verwachten dat deze samenwerking ook ten gunste komt van de gevallen waarin sprake is van een samenloop van gronden.

Belangrijk in 2006 was verder het verschijnen van de externe evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).¹⁰ In het evaluatierapport staan enkele belangrijke juridische vragen centraal, zoals de vraag of het begrip "onderscheid" zou moeten worden vervangen door het begrip "discriminatie", de vraag of de AWGB nog steeds voorziet in een redelijk evenwicht tussen het recht op gelijke behandeling en grondrechten als de verenigingsvrijheid, de godsdienstvrijheid van religieuze genootschappen en het respect voor het privé-leven, en de vraag of de AWGB van toepassing zou moeten worden verklaard op (alle) eenzijdig overheids-handelen. Daarnaast is in het rapport een uitvoerig onderzoeksverslag opgenomen van een sociologisch onderzoek dat is uitgevoerd onder leiding van Hertogh. Daarin is onder meer nagegaan of de AWGB voldoende draagvlak heeft onder de bevolking, of de wet voldoende bekendheid geniet en of de normstelling voldoende duidelijk wordt gevonden. Het zal interessant zijn om te zien hoe het nieuwe kabinet met de bevindingen van deze evaluatie zal omgaan. Bij het aanbieden van het rap-

8 Evenhuis 2000, p. 86.

9 In het voorontwerp komt de vraag naar intersectionaliteit in ieder geval nog niet aan de orde. Het voorontwerp met toelichting, en enkele commentaren, zijn te vinden via www.e-quality.nl. Vooral in het advies van E-Quality zelf wordt aandacht besteed aan het probleem van intersectionaliteit. Het is niet duidelijk wanneer het wetsontwerp bij de Tweede Kamer wordt ingediend, maar te verwachten is dat dit zal gebeuren naar aanleiding van het kabinetsstandpunt dat over de beide AWGB-evaluaties wordt ingenomen (zie hierna).

10 M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zootjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf 2006.

port aan de Tweede Kamer heeft de verantwoordelijke minister toegezegd dat in het voorjaar van 2007 de kabinetsreactie aan de Kamer wordt toegestuurd. Daarin zal ook aandacht worden besteed aan de in 2005 verschenen wetsevaluatie door de CGB en een in 2006 verschenen ROB-rapport waarin de betekenis van het gelijkheidsbeginsel voor wetgever en bestuur centraal stond.¹¹ De externe wetsevaluatie, in het bijzonder het rechtssociologisch deel daarvan, wordt in deze bundel uitgebreid besproken door Havinga.

De CGB-evaluatie uit 2005 liet, ook zonder dat het kabinet zich hierover had uitgesproken, in 2006 al een belangrijk uitvloeisel zien. In haar eerdere evaluatie in 2000 had de CGB aangegeven niet in alle opzichten tevreden te zijn over het gesloten systeem van de AWGB, dat onder omstandigheden in de weg kan staan aan een maatschappelijk noodzakelijk geachte ongelijke behandeling.¹² In haar evaluatierapport uit 2005 stelde de Commissie voor om in gevallen waarin het ontbreken van een expliciete uitzonderingsgrond zou leiden tot onaanvaardbare resultaten, de AWGB buiten toepassing te laten. In oordeel 2006-20 gaf zij gevolg aan deze suggestie door het verbod van onderscheid naar seksuele oriëntatie buiten toepassing te laten, nu met de litigieuze regeling het legitiem geachte doel van bescherming van de volksgezondheid werd nagestreefd. De CGB deed daarbij de aanbeveling aan de wetgever om op korte termijn te voorzien in een uitzondering voor onderscheid ter bescherming van de volksgezondheid. Dit oordeel is in deze bundel opgenomen met een noot van Gerards.

Ook verder gaf de CGB in 2006 een aantal belangrijke oordelen. Te denken valt aan oordeel 2006-152, over het weigeren van hypothecaire leningen aan mensen met een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, en oordeel 2006-258, waarin de CGB een nieuwe benadering koos ten aanzien van verenigingen die onderscheid maken op een van de in de AWGB vermelde gronden. Zeer controversieel zijn de verschillende oordelen over de religieus gemotiveerde weigering om iemand de hand te schudden (2006-51, 2006-202, 2006-220 en 2006-221). Deze oordelen, in deze bundel uitgebreid besproken door Vermeulen in zijn commentaar bij de grond godsdienst en in zijn annotatie onder oordeel 2006-220, hebben heel wat politieke commotie teweeg gebracht en hebben minister Verdonk er zelfs toe gebracht de afschaffing van de CGB te bepleiten. Weliswaar verdedigde CGB-voorzitter Castermans de oordelenlijn in zijn recente Daleslezing, maar gesteld kan worden dat deze oordelen de positie van de CGB hebben verzwakt.¹³

Ook oordeel 2006-232 is van groot belang, nu de CGB in dit oordeel reageert op een aantal recente rechterlijke uitspraken waarin is geconcludeerd dat het stellen van voorwaarden aan de uitbetaling van een zwangerschapsuitkering door particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars niet in strijd is met het verbod van onderscheid op grond van geslacht. De rechters wijken hiermee af van een vaste oordelenlijn van de CGB. Dit oordeel is niet van een annotatie voorzien, maar wordt wel uitgebreid besproken in de bijdragen van Wentholt en van Burri en Cremers-Hartman aan

11 *Kamerstukken II 2006/07*, 28481, nr. 4. Zie verder Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil maakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht: CGB 2005, *Kamerstukken II 2004/05*, 28 481, nr. 3 en Raad voor het Openbaar Bestuur, *Verskil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie*, april 2006.

12 Commissie Gelijke Behandeling, *Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht 2000, p. 25.

13 De lezing werd in januari 2007 gehouden te Nijmegen. Zie voor de volledige tekst www.daleslezing.nl/content/4-11.php.

deze bundel. In het kader van deze inleiding kan verder melding worden gemaakt van het rapport van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden over de mogelijke uitbreiding van art. 1 Grondwet.¹⁴ Deze Commissie, bestaande uit de heren Alkema, Huydecoper van Nigtevecht en Vermaat, werd in het leven geroepen naar aanleiding van een motie die ertoe strekte om de gronden handicap en chronische ziekte op te nemen in artikel 1 van de Grondwet.¹⁵ Het verzoek aan de Commissie was om specifiek na te gaan wat de materiële juridische meerwaarde is van expliciete opname van bepaalde discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet. De Commissie concludeert dat opname van een grond in artikel 1 op zichzelf een bijdrage kan leveren aan de bescherming tegenover de lagere wetgever en een uitgangswaarde kan geven voor het maatschappelijk debat. Opname leidt niet per definitie tot een structurele verhoging van het niveau van rechtsbescherming, ook al kunnen rechters hieraan in individuele gevallen enig belang toekennen. Dit zou echter kunnen veranderen als wél zou worden besloten om extra gronden op te nemen, vooral als het daarbij gaat om minder “vanzelfsprekende” gronden. Met betrekking tot de gronden chronische ziekte, handicap en leeftijd is de Commissie van mening dat een uitbreiding van artikel 1 een inflatoire werking zou hebben. Voorzover er in individuele gevallen meerwaarde wordt verbonden aan het feit dat die grond benoemd staat in artikel 1, meent de Commissie dat die bescherming zou kunnen afnemen door een uitbreiding van het huidige artikel 1 Grondwet. Bij het aanbieden van het rapport aan de Tweede Kamer, gaf de toenmalige minister aan dat hij het rapport beschouwde als een “positief signaal”.¹⁶ Vanuit dat perspectief is het niet waarschijnlijk dat een uitbreiding van artikel 1 Grondwet in het verschiet ligt, maar het is denkbaar dat de nieuwe Kamer en regering daar anders tegenover staan. In ieder geval heeft de CGB zelf negatief gereageerd op het rapport en haar bedenkingen middels een brief aan de Tweede Kamer kenbaar gemaakt.¹⁷

Anders dan in eerdere jaren omvat deze bundel geen uitgebreide samenvattingen van alle oordelen die de CGB in 2006 heeft uitgebracht. In plaats daarvan is ervoor gekozen om een uitgebreid commentaar te geven voor elk van de gronden die door de gelijkebehandelingswetgeving wordt bestreken (geslacht (Burri/Cremers), handicap en chronische ziekte (Kroes), leeftijd (Dankbaar en Heemskerk), ras en nationaliteit (Rodrigues en Van Walsum), seksuele gerichtheid en burgerlijke staat (Strijkers)¹⁸, godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid (Vermeulen) en arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst (Peters)). Ieder commentaar wordt gevolgd door een overzicht van alle oordelen die voor de relevante grond(en) zijn gegeven. Ook omvat de bundel een overzicht van relevante rechterlijke uitspraken over de AWGB en een overzicht van de door de CGB uitgebrachte adviezen. Enkele van de belangrijkste oordelen zijn integraal opgenomen, zoals de hiervoor genoemde oordelen 2006–61 (over voorkeursbeleid en intersectionaliteit), 2006–20 (over het openbreken van het gesloten systeem), 2006–220 (handenschudden), 2006–232 (arbeidsongeschiktheidsuitkering voor zwangere vrouwen) en 2006–258

14 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 355, nr. 28 (bijlage).

15 Motie Rouvoet c.s., *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 XVI, nr. 63. Zie voor de gehele voorgeschiedenis van de instelling van de Commissie het rapport, p. 5–7.

16 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 355, nr. 28, p. 2.

17 Zie www.cgb.nl/newsitem.php?n_id=34.

18 Maurice Strijkers heeft deze bijdrage verzorgd wegens ziekte van Cees Waaldijk (lid van de redactie). Hem past bijzondere dank vanwege het feit dat hij bereid is geweest om in zeer korte tijd het commentaar te verzorgen.

(verenigingsvrijheid). Vrijwel al deze oordelen worden begeleid door een uitgebreide annotatie waarin het oordeel in zijn context wordt geplaatst en wordt voorzien van commentaar.

Behalve de genoemde commentaren, overzichten en geannoteerde oordelen, omvat deze bundel ook vier thematische bijdragen, waarvan drie van de hand van gastauteurs. Zoals eerder aangegeven gaat Havinga in de eerste themabijdrage in op het interne evaluatieonderzoek van de CGB (2005) en het externe onderzoek dat is uitgevoerd door een onderzoeksgroep onder leiding van Hertogh en Zoontjens (2006). In haar bijdrage besteedt Havinga vooral aandacht aan het rechtssociologische gedeelte van beide onderzoeken. Daarbij geeft zij onder meer aan dat in beide studies weinig aandacht is besteed aan de effectiviteit van de wet buiten de specifieke context van een conflictsituatie. Toch is een dergelijke werking volgens haar waarneembaar, vooral in het kader van de opvolging van oordelen in de vorm van het treffen van structurele maatregelen (zoals aanpassing van een CAO). Dit soort maatregelen zorgt ervoor dat de AWGB in de toekomst als vanzelf, dus ook zonder concreet conflict, wordt nageleefd. Verder doet Havinga de suggestie om het rechtssociologisch evaluatieonderzoek in de toekomst anders op te zetten en de evaluatietrajecten voor alle gelijkebehandelingswetten te synchroniseren. Een veelomvattend onderzoek hoeft slechts eens in de tien of vijftien jaar te worden uitgevoerd. In de tweede themabijdrage, geschreven door De Vries, staat centraal de vraag of de nieuwe inburgeringswetgeving zich verdraagt met de nationale en internationale gelijkheidsnormen. De Vries concludeert dat zowel de Wet inburgering buitenland (Wib) als de Wet inburgering (Wi) leiden tot ongelijke behandeling van categorieën vreemdelingen die naar Nederland willen komen of zich hier al hebben gevestigd. Deze ongelijke behandeling is toegestaan zolang een vreemdeling nog “buiten” is (dus nog niet in Nederland is toegelaten), maar niet meer als de vreemdeling definitief “binnen” (en het Nederlandse staatsburgerschap heeft verworven). Voor het grote grijze gebied tussen deze twee situaties is moeilijk te bepalen of de ongelijke behandeling aanvaardbaar is of niet, nu richtinggevende jurisprudentie ontbreekt en de Europese rechtspraak over het beginsel van omgekeerde discriminatie de zaken danig compliceert.

Wentholt gaat in haar bijdrage in op het blijvend relevante vraagstuk van de wisselwerking tussen oordelen van de CGB en rechterlijke uitspraken. Zij belicht hierin niet alleen de vraag of rechters in hun uitspraken voldoende aandacht besteden aan de oordelen van de CGB, maar ook de vraag hoe een rechterlijke uitspraak uiteindelijk wordt terugvertaald in een oordeel. De vraag is of de CGB aandacht besteedt aan de redenen waarom een rechter een bepaalde oordelenlijn niet heeft gevolgd, en of dit leidt tot een gemotiveerd handhaven of wijzigen van deze lijn. Aan de hand van het voorbeeld van de oordelen en uitspraken over zwangerschapsverloven voor zelfstandigen, laat Wentholt zien dat de CGB vooral inhoudelijk reageert op een andere juridische interpretatie door de rechter.

Ten slotte is in deze bundel een themabijdrage van hoofdredactielid Zoontjens opgenomen over de vraag of de gelijkebehandelingswetgeving moet worden uitgebreid naar al het eenzijdige handelen van de overheid. Dit vraagstuk, dat ook onderwerp vormde van het externe AWGB-evaluatieonderzoek, is in het bijzonder relevant geworden nu bepaalde eenzijdige overheidshandelingen wel uitdrukkelijk onder de reikwijdte van de AWGB zijn gebracht waar het de grond ras betreft (zie art. 7a AWGB). Het antwoord van Zoontjens op de vraag naar de wenselijkheid van uitbreiding tendeeft naar een ontkenning. Bepaalde typen van overheidshandelingen, wetten en algemeen verbindende voorschriften, horen uit zichzelf buiten de

toetsingsmacht van de CGB te blijven. Verder kan handelen van de overheid niet als zodanig door de CGB worden beoordeeld, zonder dat daarmee geweld zou worden gedaan aan de opzet van een gesloten systeem van toetsing in de wet.

Ten slotte verdient in het verband van deze bijdrage de website van de CGB vermelding. Op www.cgb.nl staan de volledige teksten van alle oordelen (met uitgebreide zoekmogelijkheden), maar ook relevante wetteksten, publicaties en adviezen van de CGB.

We ronden af. De huidige driekoppige hoofdredactie heeft het estafetteestokje overgenomen van Susanne Burri, die bij de Oordelenbundels 2004 en 2005 in haar eenjarige de hoofdredactie verzorgde. We hebben de afgelopen maanden aan den lijve ondervonden, dat het hoofdredacteurschap met zijn drieën al geen geringe klus is – dit ondanks de uitstekende en constructieve samenwerking met de redactie en de buitengewoon nuttige ondersteuning vanuit de CGB. Deze constatering roept grote waardering op voor het werk van Susanne, die als eenling deze taak twee jaar heeft vervuld. We zijn haar daarvoor zeer erkentelijk, en hopen ten eerste dat zij bij de toekomstige oordelenbundels betrokken zal blijven.

Namens de redactie wensen wij u veel leesplezier!

Prof. mr. J.H. Gerards
Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens
(hoofdredactie)

Leiden/Amsterdam/Tilburg, juli 2007

Inhoudsopgave

Inleiding	5
Lijst van afkortingen	15
COMMENTAAR	
Ras en nationaliteit	21
<i>Mr. P.R. Rodrigues & mr. S. van Walsum</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de gronden ras en nationaliteit	41
Geslacht	59
<i>Dr. S.D. Burri & mr. E. Cremers-Hartman</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond geslacht	79
Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid	95
<i>Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid	109
Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat	119
<i>Mr. M.J. Strijkers</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat	133
Arbeidsduur en aard van de overeenkomst	139
<i>Mr. dr. S.S.M. Peters</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond arbeidsduur en aard van de overeenkomst	159
Handicap en chronische ziekte	163
<i>Mr. M. Kroes</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond handicap en chronische ziekte	174
Leeftijd	183
<i>Mr. M.J.J. Dankbaar & mr. M. Heemskerk</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond leeftijd	218

THEMABIJDAGEN

Werkt de Algemene wet gelijke behandeling? Twee evaluatieonderzoeken besproken	243
<i>Dr. ir. T. Havinga</i>	
Inburgeringseisen en het gelijkheidsbeginsel	263
<i>Mr. K.M. de Vries</i>	
De door- en wisselwerking van CGB-oordelen in c.q. met rechterlijke uitspraken . . .	279
<i>Mr. K. Wentholt</i>	
Moet de CGB al het eenzijdige overheidshandelen toetsen?	291
<i>Prof. mr. P.J.J. Zoontjens</i>	

ANNOTATIES BIJ OORDELEN

2006-20 Doorbreking gesloten systeem AWGB	311
Noot: prof. mr. J.H. Gerards	
2006-61 Voorkeursbeleid op verschillende gronden	321
2006-110 Regeling collegegeld	330
Noot: prof. mr. P.J.J. Zoontjens	
2006-152 Hypothecaire lening voor migranten	336
Noot: mr. D.C. Houtzager	
2006-154 Kerkgenootschap en geestelijk ambt	341
Noot: prof. mr. drs. B.P. Vermeulen	
2006-169 Taaleis bij geldlening	348
Noot: mr. M. Davidovic	
2006-170 Kledingvoorschriften school voortgezet onderwijs	355
Noot: prof. mr. P.J.J. Zoontjens	
2006-220 Handenschudden op school?	363
Noot: prof. mr. drs. B.P. Vermeulen	
2006-222 Toetsingsintensiteit bij eenzijdig overheidshandelen	370
Noot: prof. mr. J.H. Gerards	
2006-232 Wachtijd bij zwangerschapsuitkering	380
2006-258 Intern verenigingsrecht	384
Noot: prof. mr. drs. B.P. Vermeulen	

ADVIEZEN 2006	393
--------------------------------	-----

RECHTERLIJKE UITSPRAKEN 2006	397
---	-----

REGISTERS

Artikelenregister	401
Trefwoordenregister	405
Overzicht auteurs	411

Lijst van Afkortingen

AAW	Algemene arbeidsongeschiktheidswet
AB	Administratierechterlijke beslissingen
ABP	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
ABP-wet	Algemene Burgerlijk Pensioenwet
ADB	Anti-Discriminatiebureau
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 premiereregeling
Bve	Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
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 Wetenschappen
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

Commentaar



Ras en nationaliteit

Mr. P.R. Rodrigues & mr. S. van Walsum

1 INLEIDING

In 2006 bedraagt het aantal oordelen op grond van ras en nationaliteit 64. Dat waren er in 2005 34 en zodoende is het aantal oordelen bijna verdubbeld. De verhouding tussen oordelen over onderscheid bij arbeidsverhoudingen en onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten is dit verslagjaar nagenoeg gelijk: 31 tegen 30. Daarmee is het aantal oordelen over goederen en diensten opvallend toegenomen: in 2005 bleef de teller nog op zeven steken. Het aantal oordelen over sociale bescherming bleef in 2006 met drie stuks tamelijk bescheiden.

Bijzondere belangstelling geniet discriminatie op meerdere gronden: intersectionaliteit.¹ In 2006 zijn 36 oordelen alleen op ras afgedaan en twaalf alleen op nationaliteit. Slechts één oordeel is geveld op beide gronden en verder komen beide gronden voor in combinatie met geslacht² of politieke gezindheid³ of godsdienst⁴ of leeftijd⁵ of handicap.⁶ In zes zaken zijn vier gronden in het geding: tweemaal ras, nationaliteit, handicap en leeftijd⁷, en viermaal ras, nationaliteit geslacht en burgerlijke staat.⁸ Recordhouder is het oordeel waar onderscheid naar zes gronden wordt aangevoerd: ras, nationaliteit, geslacht, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid.⁹

In december 2006 is de zevende monitor *Racisme & Extremisme* gepubliceerd.¹⁰ Een op deze plaats relevante bevinding uit die rapportage is dat bij autochtone Nederlanders soms het gevoel ontstaat dat zij achtergesteld worden bij allochtonen. Bijzondere voorzieningen worden soms als voortrekkerij ervaren. Uit een in 2006 gepubliceerd onderzoek blijkt dat van de autochtone Nederlanders ongeveer 2 % zich gediscrimineerd voelt.¹¹ Dat blijkt ook uit sommige verzoeken tot een oordeel aan de Commissie.¹² Onbekend is waardoor autochtonen zich veelal gediscrimineerd voelen. Het verdient aanbeveling dat hiernaar onderzoek plaatsvindt. Al was het alleen maar omdat het getalsmatig bezien op de gehele bevolking om honderd-duizenden personen gaat.¹³

1 Zie ook *Lezingenbundel Intersectionaliteit*, G. van Ophem & M. Hermans (eindred.), E-Quality: Den Haag 2003.
2 Oordeel 2006-200.
3 Oordeel 2006-76.
4 Oordeel 2006-109 en 2006-257.
5 Oordeel 2006-133 en 2006-223.
6 Oordeel 2006-24 en 2006-160.
7 Oordeel 2006-24 en 2006-160
8 Oordeel 2006-66, 2006-67, 2006-68 en 2006-69.
9 Oordeel 2006-61.
10 J. van Donselaar & P.R. Rodrigues (red.), *Monitor racisme & extremisme. Zevende rapportage*, Anne Frank Stichting / Universiteit Leiden: Amsterdam 2006, p. 256 Zie voor de tekst ook www.monitorracisme.nl.
11 H. van den Berg & J. Evers, 'Discriminatie-ervaringen 2005', in: *Monitor Rassendiscriminatie 2005* (red. Boog e.a.), Rotterdam: Argus 2006, p. 17.
12 Zie bijvoorbeeld oordeel 2005-225, 2006-18, 2006-53, 2006-55, 2006-99 en 2006-205.
13 Van Donselaar & Rodrigues 2006, p. 240-241.

Tevens blijkt dat uit de beschikbare cijfers dat vooral personen met een moslimachtergrond in 2006 in toenemende mate meldingen hebben gedaan van door hun ervaren discriminatie. Over de strafrechtelijke bescherming tegen discriminatie wordt in de monitor opgemerkt dat het wettelijke kader op orde is, maar de toepassing schiet tekort.

Op 1 januari 2007 zijn het Landelijk Bureau tegen Rassendiscriminatie (LBR) en de Landelijke Vereniging van ADB's en Meldpunten opgegaan in een Vereniging tegen Discriminatie, 'Art. 1'. Het werkgebied van de nieuwe vereniging beslaat alle discriminatiegronden die in de gelijke behandelingswetgeving worden genoemd. Het LBR wordt het stafbureau en werkt voorlopig door onder zijn oude naam. Met de nieuwe vereniging wordt beoogd landelijk en regionaal beleid beter af te stemmen. Ook wordt gestreefd naar een volledige landelijke dekking door de ADB's, zodat alle burgers met klachten en vragen over discriminatie terecht kunnen bij een lokale voorziening. Een belangrijke aanzet hiertoe gaf het rapport *Perspectief op gelijke behandeling* van de zogenoemde regiegroep onder voorzitterschap van oud-minister Borst.¹⁴ Inmiddels heeft de regering structureel jaarlijks 6 miljoen euro extra budget beschikbaar gesteld voor de kwaliteitsverbetering van de bestaande ADB's en het realiseren van een landelijke dekking hiervan.¹⁵

De Commissie heeft in 2006 één onderzoek uit eigen beweging uitgebracht over onderscheid naar ras en nationaliteit door hypothecair financiers getiteld: *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfstatus*.¹⁶ Inclusief vooronderzoek heeft het bijna drie jaar in beslag genomen en is december 2006 afgerond. Dit is de eerste keer dat de CGB een onderzoek uit eigen beweging heeft gedaan naar onderscheid op grond van ras en nationaliteit. Bovendien is het de eerste maal dat de CGB een oordeel uitsprekt over risicoselectie op basis van postcodegebieden door financiële dienstverleners. Eerder deed de CGB dat wel over een aanbieder van betaaltelevisie.¹⁷

Aanleiding voor dit onderzoek waren de signalen die de Commissie ontving dat het voor allochtonen moeilijk en in sommige gevallen zelfs onmogelijk is om een hypothecaire financiering te krijgen.¹⁸ Het onderzoek bevestigt de juistheid van deze signalen en de CGB komt tot de conclusie dat aanbieders van hypothecaire financiering (indirect) onderscheid op grond van ras en nationaliteit maken.¹⁹ Financiers sluiten in de steden Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht woningen onder een bepaalde drempelwaarde uit of verstrekken slechts hypotheek onder bezwarenden voorwaarden. Soms is het postcodegebied van de woning de indicatie voor ongelijke behandeling. Deze selectietechniek wordt naar Amerikaans voorbeeld ook wel *redlining* genoemd.²⁰ Tevens worden vaak vreemdelingen vanwege hun verblijfsvergunningen voor bepaalde tijd een hypotheek geweigerd. De CGB erkent

14 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 3000 VI, nr. 117.

15 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 754, nr. 92, p. 4-6.

16 Het onderzoek is te vinden op www.cgb.nl.

17 Oordeel 2004-15.

18 De signalen betroffen klachten in Den Haag en M.B. Aalbers, *Redlining in Nederland, Oorzaken en gevolgen van uitsluiting op de hypotheekmarkt*, Aksant: Amsterdam 2003.

19 Het externe onderzoek is ook separaat gepubliceerd: M.B. Aalbers, *Direct en indirect onderscheid op de hypotheekmarkt in Arnhem, Den Haag en Rotterdam, Onderzoek in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling naar discriminatie bij risicoselectie door hypotheeknemers*, AMIDSt: Amsterdam 2006.

20 Zie hierover P.R. Rodrigues, *Anders niets? discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumententransacties* (diss. Utrecht), Lelystad: Vermande 1997, p. 152-158.

dat het beperken van het bedrijfsrisico door de aanbieders een legitiem doel is, maar concludeert dat de gekozen middelen om dat doel te bereiken te grofmazig zijn en dus niet geschikt en noodzakelijk om het gewenste doel te bereiken.²¹

Gedurende het onderzoek bleek overigens een grote bereidheid om bestaande uitgangspunten en voorwaarden nog eens tegen het licht te houden. Met het oog hierop heeft de CGB lopende het onderzoek adviezen uitgebracht aan de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (SWEW) en het Contactorgaan Hypothecair Financiers (CHF). Opmerkelijk is dat de financiële dienstverleners meteen bij publicatie van het rapport hebben aangekondigd hun beleid op dit punt te (willen) herzien en de aanbeveling tot aanpassen van hun gedragscode overnemen. De Minister van Financiën betoont zich 'blij met het rapport' van de CGB en stelt dat de aanbevelingen van de Commissie 'in de praktijk moeten worden gebracht'.²² De aangepaste Gedragscode Hypothecaire Financieringen is per 1 januari 2007 in werking getreden. De CGB blijft in overleg met het CHF over de ontwikkelingen met betrekking tot de aanpassingen in de acceptatiecriteria van de diverse hypothecair financiers. Naar aanleiding van Kamervragen geeft de minister te kennen dat hij dit initiatief een kans wil geven alvorens eventuele wet- en regelgeving te overwegen.²³

Verder lijkt hier een melding op zijn plaats van het feit dat de CGB, na de nodige kritiek in de literatuur op haar toetsing van het verenigingsrecht, haar jurisprudentie op dit punt heeft aangepast.²⁴ In een uitgebreid gemotiveerd oordeel – dat tot stand komt na een verzoek tot een oordeel omtrent eigen handelen – licht de CGB haar koerswijziging toe.²⁵ Voorheen achtte de Commissie zichzelf niet bevoegd om te oordelen over zaken die te maken hebben met het verenigingsrecht. De nieuwe lijn is nu dat als de toegang tot het lidmaatschap of aan het lidmaatschap verbonden rechten wordt beperkt, bekeken wordt hoe dit zich verhoudt tot het doel van de vereniging. Het recht op kandidaatstelling voor het bestuurslidmaatschap is daar een voorbeeld van. Heeft de beperkte toegang geen verband met het doel, dan is de verenigingsvrijheid niet in het geding. De CGB kan de zaak dan wel toetsen.

Dit hoofdstuk volgt als te doen gebruikelijk het wettelijke regiem en behandelt eerst onderscheid bij arbeidsverhoudingen (2), vervolgens bij het aanbieden van goederen en diensten (3) en ten slotte bij sociale bescherming (4). Oordelen over onderscheid naar ras of nationaliteit bij zelfstandige beroepsuitoefening (art. 6 Algemene wet gelijke behandeling, AWGB) zijn in 2006 niet uitgesproken.

2 ARBEIDSVERHOUDINGEN

Zoals te doen gebruikelijk is bij de bespreking van de oordelen de pragmatische volgorde aangehouden van instroom (werving en selectie),²⁶ doorstroom (beloning, bevordering) en uitstroom (beëindiging).

21 Zie verder ook de noot van Houtzager bij oordeel 2006-152 opgenomen in deze bundel.

22 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 885, nr. 28, p. 1872.

23 *Aanhangsel Handelingen II 2006/07*, nr. 639.

24 Zie recentelijk H.J. de Kluiver, 'Gelijkheid in vereniging', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 167-180) en P.J.J. Zoontjens, 'Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 181-204.

25 Oordeel 2006-258. Deze wordt nader toegelicht in paragraaf 3.3.

26 Daaronder begrepen het aangaan van een arbeidsverhouding.

Net als in voorgaande jaren, geldt ook voor het jaar 2006 dat veel klachten over doorstroom en uitstroom voor een belangrijk deel ook gaan over discriminerende bejegening op de werkvloer. Verzoekers leggen dan een causaal verband tussen de problemen die zijn ontstaan in de sfeer van doorstroom en/of uitstroom met breder ondervonden vijandigheden van de kant van leidinggevend en/of collega's, die zij als discriminerend hebben ervaren. De CGB onderzoekt in dergelijke gevallen of er inderdaad sprake is geweest van discriminerende bejegening. Zo ja, dan onderzoekt de CGB vervolgens of sprake is geweest van achterstelling bij doorstroom en/of uitstroom en of deze achterstelling samenhangt met de vastgestelde discriminerende bejegening. Ook al blijkt niet dat sprake is geweest van discriminerende bejegening in het concrete geval, dan nog onderzoekt de CGB of de aangeklaagde werkgever voldoende maatregelen heeft getroffen om zijn werknemers te beschermen tegen discriminerende bejegening.

Alleen die klachten die hoofdzakelijk betrekking hebben op doorstroom en uitstroom zullen onder die rubrieken worden besproken. De klachten die tevens zijn gericht tegen discriminerende uitingen en handelingen op de werkvloer worden onder 2.4 besproken.

2.1 *Werving en selectie*

In het algemeen geldt dat het begrip ras in de zin van de AWGB in brede zin dient te worden geïnterpreteerd. Een terugkerende vraag is in hoeverre taaleisen in verband kunnen worden gebracht met dit begrip. Wanneer een sollicitant wordt afgewezen wegens zijn of haar accent, is dan bijvoorbeeld sprake van discriminatie op grond van ras? Ook in 2006 is deze vraag meerdere malen aan de orde geweest. En opnieuw is de CGB tot de conclusie gekomen dat sprake kan zijn van het maken van direct onderscheid op grond van ras wanneer het accent gekoppeld wordt aan de afkomst van de kandidaat, zonder dat het verband houdt met zijn of haar taalvaardigheid.²⁷ Taaleisen die gerelateerd zijn aan taalvaardigheid kunnen volgens vaste jurisprudentie van de Commissie gelijk worden gesteld met het maken van indirect onderscheid op grond van ras, nu dergelijke eisen meer personen van niet-Nederlandse afkomst dan van Nederlandse afkomst zullen treffen. Indien aan een functie taaleisen worden gesteld die functioneel van aard zijn, dat wil zeggen noodzakelijk voor het uitoefenen van de betreffende functie, zal er geen sprake zijn van verboden onderscheid.²⁸ Wel wijst de CGB op het belang van een voldoende doorzichtige sollicitatieprocedure en de mogelijkheid voor klachtenbehandeling, en doet daartoe aanbevelingen.²⁹

Werkgevers doen er dus goed aan de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming dat kandidaten niet om oneigenlijke redenen wegens hun accent worden afgewezen. Ook dienen werkgevers er voor te zorgen dat kandidaten niet als gevolg van een taalachterstand in een nadelige positie worden gebracht. Zo concludeert de CGB dat een blinde vrouw nadeel heeft ondervonden omdat zij, vanwege haar visuele handicap, een competentie- en interesse test mondeling heeft moeten maken, terwijl die test ook in braille had kunnen worden aangeboden. Haar Turkse afkomst maakt dat de beantwoording van de vragen extra moeilijk werd. Deze

27 Oordeel 2006-230.

28 Oordeel 2006-231, 2006-82 en 2006-83.

29 Oordeel 2006-19 en 2006-83.

samenloop van omstandigheden brengt de CGB tot de conclusie dat indirect onderscheid is gemaakt op grond van ras.³⁰

Een heel andere vraag is of alle taaleisen wel in verband kunnen worden gebracht met het begrip ras zoals bedoeld in de AWGB. Zo klaagt een vrouw dat zij voor een functie als adviseur op een callcenter is afgewezen wegens haar Amsterdams accent. De CGB besluit dat zij niet bevoegd is over deze klacht te oordelen omdat de categorie ‘Amsterdammers’ niet zou vallen onder het begrip ras zoals bedoeld in de AWGB.³¹ Daartoe redeneert de CGB, met verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de goedkeuringswet van het Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie (IVUR) en van het daarop gebaseerde strafrechtelijk verbod van rassendiscriminatie van artikel 429 quater Wetboek van Strafrecht, dat om te kunnen spreken van een gemeenschappelijk kenmerk dat valt onder de term “ras” een bepaalde samenhang van de groep in kwestie van belang is.³² Deze samenhang kan blijken uit een gedeeld geografische afkomst, zoals bij Surinamers bijvoorbeeld, of uit een gedeelde traditie, zoals bij woonwageneigenaren, die de desbetreffende groep onderscheidt van andere bevolkingsgroepen. Verder is van belang in hoeverre de gedeelde eigenschappen in verband kunnen worden gebracht met het feit dat de desbetreffende bevolkingsgroep door de omgeving met vooroordeel en ongelijke behandeling tegemoet wordt getreden.³³ Wat betreft mensen met een Amsterdamse tongval overweegt de CGB “dat er – naar algemeen bekend – geen sprake is van een bepaalde fysieke etnische, geografische, culturele, historische of godsdienstige samenhang in de groep personen die in enigerlei mate met een Amsterdams accent spreekt. Dit heeft tot gevolg dat een ongelijke behandeling van verzoekster als Amsterdammer niet kan worden beschouwd als een ongelijke behandeling op grond van ras zoals bedoeld in artikel 1 AWGB.” Het is de vraag hoe overtuigend deze redenering is. Immers, mensen met een Surinaamse tongval zijn minstens even divers en diffuus van karakter als de groep personen die in verband wordt gebracht met een Amsterdams accent. Toch acht de CGB zich wel bevoegd om te oordelen over de klacht van een sollicitant die meent te zijn afgewezen op grond van haar Surinaams accent.³⁴ Een meer bevredigende redenering naar onze mening was geweest dat, in de Nederlandse context, bij het maken van onderscheid op grond van een Amsterdams accent eerder sprake zal zijn van indirect onderscheid naar sociale afkomst (klasse) dan van indirect onderscheid naar ras of nationaliteit. Wel overtuigend vinden wij de redenering die de CGB bezigt om tot de conclusie te komen dat zij niet bevoegd is om te oordelen over de eis “in het noorden woonachtig zijn”. In dit geval gaat het om een man uit en wonend in Limburg die gesolliciteerd heeft naar de functie van verkoopleider Rundveehouderij regio Noord. Zijn sollicitatie wordt afgewezen omdat de voorkeur uit zou gaan naar een kandidaat uit het noorden van het land omdat deze bekend is met de cultuur, achtergrond en mentaliteit van het werkgebied. De CGB beschouwt dit als een functionele eis, nu deze inhoudt dat een sollicitant de regionale situatie kent en daar contacten en een netwerk heeft. Derhalve is er geen sprake van een van de non-discriminatiegronden in de gelijkebehandelingswetgeving.

30 Oordeel 2006-256.

31 Oordeel 2006-18.

32 Zie hierover ook in deze bundel de noten van Davidovic bij oordeel 2006-169 en Gerards bij oordeel 2006-222.

33 Oordeel 1997-119, 1998-99 en 1999-65.

34 Oordeel 2006-19 en 2006-231.

Dit zou anders kunnen zijn als iemand uit het noorden wordt verondersteld vanwege zijn afkomst een aantal persoonskenmerken te bezitten die iemand uit Limburg niet heeft of omgekeerd en om die reden wordt afgewezen.³⁵

Niet de vraag of onderscheid is gemaakt op grond van ras, maar of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is, staat centraal in een oordeel over het voornemen van een instelling voor maatschappelijke dienstverlening om onder andere allochtone kandidaten met voorkeur te behandelen bij sollicitaties – dit om het personeel een goede afspiegeling te laten zijn van de cliënten van de instelling en van de omliggende bevolking. Uit de door verzoekster overgelegde stukken blijkt dat 10 % van het personeelsbestand van verzoekster van allochtone afkomst is, terwijl in de desbetreffende regio het relevante arbeidspotentieel voor bijna 32 % bestaat uit personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep. Op grond van deze gegevens concludeert de CGB dat bij verzoekster sprake is van een achterstand van personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep. Derhalve is een voorkeursbeleid, zoals beoogd door artikel 2, derde lid, AWGB, gerechtvaardigd. Wel dient te worden voorkomen dat selectiecriteria en kwaliteitseisen worden verlaagd als gevolg van het te hanteren voorkeursbeleid. In dat verband acht de CGB het van belang dat verzoekster een sollicitatiecode hanteert die er voor zorgt dat elke sollicitant een eerlijke kans krijgt op aanstelling en dat kandidaten objectief worden getoetst aan het functieprofiel.³⁶

Ook in andere opzichten blijkt dat de CGB hoge eisen blijft stellen aan werkgevers, en dat de procesgang voor de CGB vooral de belangen van de werknemer waarborgt. Zo is het aan de werkgever om te bewijzen dat klachten over discriminatie zorgvuldig worden onderzocht.³⁷ Bij het herverdelen van personeel, bijvoorbeeld na faillissement van een dochteronderneming, dient de te volgen procedure inzichtelijk en controleerbaar te zijn, en van te voren bekend te worden gemaakt.³⁸ Het gegeven dat een werkgever excuses heeft aangeboden en een interne klachtprocedure ter beschikking heeft gesteld, staat een klacht voor de CGB niet in de weg.³⁹ Net als in de oordelen over onderscheid op grond van geslacht, blijkt ook uit de oordelen over onderscheid op grond van ras of nationaliteit dat de CGB er voor blijft waken dat de AWGB niet wordt omzeild of ontkracht door moderne gefragmenteerde vormen van arbeidsorganisatie.⁴⁰ Dat neemt niet weg dat een verzoeker steeds op het concrete geval toegespitste argumenten zal moeten aanvoeren, wil hij of zij een vermoeden van discriminatie aannemelijk kunnen maken.⁴¹ Dit zal aan de hand van objectieve en op rechtmatige wijze vergaarde gegevens moeten gebeuren.⁴² Een bandopname van een gesprek met een leidinggevende, opgenomen zonder toestemming van de werkgever, kan daartoe bijvoorbeeld niet dienen.⁴³ Wel kunnen vroegere ervaringen van collega's worden aangevoerd om het maken van ongerechtvaardigd onderscheid in een nieuwe situatie (meer) aannemelijk te maken.⁴⁴ Zo droeg het gegeven dat een vestigingsmanager zich in het verleden op

35 Oordeel 2006-53.

36 Oordeel 2006-61.

37 Oordeel 2006-178.

38 Oordeel 2006-49.

39 Oordeel 2006-256.

40 Oordeel 2006-49, 2006-148 en 2006-149.

41 Oordeel 2006-133 en 2006-26.

42 Oordeel 2006-219.

43 Oordeel 2006-178.

44 Het omgekeerde kan echter ook het geval zijn. Zo kon een werkgever zijn afwijzende reactie op een sollicitatiebrief rechtvaardigen op grond van de matige prestaties van de sollicitant in het verleden als studentstage. Oordeel 2006-180.

discriminerende wijze had uitgelaten over een werknemer van Nederlands-Antilliaanse herkomst bij tot de conclusie dat een andere werknemer voor herplaatsing was geweigerd op grond van zijn Nederlands-Antilliaanse herkomst.⁴⁵

2.2 *Beloning en bevordering*

Klachten over ervaren verschillen in beloning en bevordering zijn lastig te beoordelen, omdat die verschillen diverse oorzaken kunnen hebben, die geen (direct) verband houden met achterstelling op grond van ras of nationaliteit. Voorbeelden hiervan zijn verschil in ervaring of opleiding, verschil in het aantal dienstjaren binnen het bedrijf en verschillende omstandigheden bij aanvang van de dienstbetrekking. In aanvulling op de bewijzen die partijen zelf aanvoeren, kan de CGB ook eigen onderzoeksinstrumenten inzetten: haar eigen functiewaarderingsdeskundige; een Quickscan Gelijke Beloning; een vergelijking met door partijen aangevoerde “maatmannen”.⁴⁶

Aan de hand van dergelijke onderzoeksmethoden komt de CGB in een tweetal oordelen tot de conclusie dat door verzoekers ervaren verschillen in behandeling verklaard kunnen worden door bedrijfseconomische overwegingen, en dat er geen reden is om te vermoeden dat tevens onderscheid is gemaakt op grond van ras of nationaliteit.⁴⁷ Wel valt op dat in beide gevallen de verzoekers de Nederlandse taal niet goed beheersten. Het is goed denkbaar dat waar communicatie problematisch is, werknemers eerder wantrouwig zullen zijn over de oorzaken van door hen geconstateerde verschillen in beloning en/of bevordering.

In één geval is het gegeven dat verzoeker de enige trainee van niet-Nederlandse herkomst is bij verweerder en tevens de enige trainee voor wie het vinden van een functie na het beëindigen van het traineeschap op moeilijkheden heeft gestuit, al voldoende om tot de conclusie te komen dat sprake is van een vermoeden van onderscheid op grond van ras.⁴⁸ Hiertoe is niet nodig dat er sprake is van opzet. Een gebrek aan zorgvuldigheid kan al voldoende zijn om het vermoeden stand te doen houden. Indien het gaat om een promotie, waarvoor men een kandidaat afwijst op grond van zijn functioneren in de tot dan toe vervulde functie dient dan ook helderheid te bestaan over het functioneren van de promotiekandidaat. Nu verweerder geen objectieve criteria heeft gehanteerd om het functioneren van verzoeker te evalueren, komt het voor zijn rekening dat er een misverstand is ontstaan rondom de bevordering van verzoeker. Dit klemt te meer nu verweerder, de Minister van Defensie, tot de overheid behoort en als zodanig op grond van de toen nog van kracht zijnde Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden en het IVUR gehouden is te streven naar een evenredige vertegenwoordiging van bepaalde etnische minderheden in haar personeelsbestand.

2.3 *Beëindiging*

Op één oordeel na, hangen de klachten over ontslag nauw samen met klachten over discriminerende bejegening en worden deze in de volgende paragraaf besproken. De ene uitzondering betreft een geval waarbij, behalve het gegeven dat de werkgever heeft geweigerd verzoeker te laten re-integreren, geen andere feiten zijn aange-

45 Oordeel 2006-49.

46 Zie hierover ook de bijdrage in deze bundel over geslacht.

47 Oordeel 2006-160 en 2006-99.

48 Oordeel 2006-94.

dragen om een vermoeden van onderscheid op grond van ras of nationaliteit te stellen. De CGB oordeelt dat het enkele feit dat de door de werkgever aangedragen argumenten voor zijn weigering verzoeker niet kunnen overtuigen, onvoldoende is om discriminatie te doen vermoeden.⁴⁹

2.4 *Intimidatie en bejegening*

De twaalf oordelen die de CGB in 2006 heeft uitgesproken over discriminatoire bejegening geven een blik op de minder aangename aspecten van hedendaagse arbeidsverhoudingen in Nederland. Zij schetsen een beeld van onrust en onzekerheid als gevolg van reorganisaties, smalle winstmarges en complexe of onduidelijke gezagsverhoudingen.

Wanneer werknemers behorende tot de etnische minderheden binnen een dergelijke context voor hun rechten opkomen, kan dit leiden tot (nieuwe) agressie of andere vormen van benadeling op discriminerende gronden. Een verzoeker van Turkse afkomst stelt fysiek te zijn mishandeld en onder andere voor “tering allochtoon” te zijn uitgescholden wanneer hij zijn opdrachtgever/werkgever (in dit geval was onduidelijk op welke basis de werkzaamheden werden verricht) om betaling vroeg.⁵⁰ Een Nederlands-Antilliaanse verzoeker heeft te maken gehad met neerbuijgende opmerkingen, onder andere over zijn accent en gewoontes, en oneerlijke werkverdeling. In reactie op zijn klachten krijgt hij te horen dat hij zich dient aan te passen, terwijl niets wordt ondernomen in de richting van de door hem aangeklaagde collega's. Een vermindering in zijn prestaties - welke direct verband houdt met deze reactie op zijn klachten - leidt vervolgens tot een beperking van zijn salarisgroei. De CGB concludeert dan ook in dit geval dat onderscheid is gemaakt op grond van ras zowel wat betreft de bejegening als wat betreft de beloning van verzoeker.⁵¹

Ook in een ander geval blijkt een klacht aanleiding te geven tot onderscheid op grond van ras. De door verzoeker aangekaarte problemen binnen zijn team worden toegeschreven aan veronderstelde culturele eigenschappen van verzoeker, zonder dat dit verband wordt onderzocht. Al is de CGB van oordeel dat niet vast is komen te staan dat verzoeker overigens op discriminatoire wijze is bejegend, concludeert zij wel dat direct onderscheid is gemaakt op grond van ras bij de behandeling van zijn klachten over de werkverhoudingen.⁵²

Uit een aantal oordelen blijkt hoe de CGB de procedures die bij haar worden gevoerd aangrijpt om werkgevers aanwijzingen te geven voor een zorgvuldiger omgang met hun personeel. In een geval waarbij is gebleken dat over een tijdspanne van jaren sprake is geweest van een patroon waarbij regelmatig negatieve verwijzingen hebben plaatsgevonden naar de Nederlands-Antilliaanse afkomst van verzoeker, beveelt de CGB de werkgever aan om een klachtenregeling in te voeren die voldoet aan de wettelijke eisen en om minimaal een keer per jaar functionerings- en beoordelingsgesprekken te voeren, zodat in een vroegtijdig stadium onder meer discriminatieaspecten kunnen worden gesignaleerd.⁵³

Ook waar slechts sprake lijkt te zijn van 'gewone' agressie en vijandigheid, zonder dat daarbij aantoonbaar sprake is van discriminatoire bejegening, wijst de CGB de

49 Oordeel 2006-24.
 50 Oordeel 2006-188.
 51 Oordeel 2006-71.
 52 Oordeel 2006-153.
 53 Oordeel 2006-75.

werkgever op zijn verantwoordelijkheid de nodige maatregelen te nemen om discriminatie te voorkomen. Zo merkt de CGB in een ander oordeel op dat verweerster, een supermarktketen, niet heeft kunnen verklaren “of, en zo ja hoe, is stilgegaan bij de vraag welk effect het heeft als er nadat er aanvankelijk wel afdelingschefs van niet-westerse afkomst waren, en vrij plotseling niet één niet-westerse afdelingschef meer is, zelfs al zijn er in het filiaal heel veel medewerkers van niet-westerse komaf.” Alhoewel de CGB tot het oordeel komt dat geen concrete feiten zijn aangedragen die kunnen doen vermoeden dat verzoekster in verband met haar afkomst nadelig is bejegend, blijkt uit de volgende aanbevelingen dat de CGB zich wel degelijk zorgen maakt over de werksfeer bij verweerster in het algemeen. Zo beveelt de CGB verweerster aan haar management indringend te informeren over de verplichting van de werkgever zorg te dragen voor een discriminatievrije werkvloer en dat het in dit verband niet past dat het management:

- werknemers bij herhaling als “zwarte” aanspreekt;
- instructies vergezeld doet gaan van woorden als “om niet te discrimineren”;
- sollicitanten van bepaalde afkomst weert;
- dergelijk gedrag – al dan niet oogluikend – toe te staan.⁵⁴

Zelfs in een geval waar geen feiten zijn aangedragen die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden, noch in het individuele geval, noch in het algemeen, en waarbij verzoekster bovendien heeft nagelaten haar klachten kenbaar te maken aan haar werkgever tijdens het dienstverband, beveelt de CGB verweerster aan zich meer alert op te stellen en zich er regelmatig van te vergewissen dat er geen discriminatie plaatsvindt. Aanleiding voor deze aanbeveling is dat verzoekster bij verweerster een van de weinige werknemers is met een donkere huidskleur, op de locaties waar zij werkzaam is, en bovendien tijdens een beoordelingsgesprek heeft meegedeeld dat zij zich buitengesloten voelt op de werkvloer. Een dergelijk actieve houding is geboden aan de kant van de werkgever, volgens de CGB, omdat bekend is dat slachtoffers van discriminatie het lastig vinden om bij hun werkgever een klacht over discriminatie kenbaar te maken.⁵⁵

Net als in voorgaande jaren blijkt ook nu dat de CGB veel van werkgevers verlangt. Herhaaldelijk dringt de CGB aan op een zorgvuldige klachtbehandeling.⁵⁶ Bovendien blijkt uit de hierboven besproken oordelen dat de CGB een actieve en alerte houding verlangt van werkgevers. Zij dienen bewust te zijn van het gevaar van discriminatoire bejegening en de gevoeligheden daaromtrent, signalen op te vangen en daar tijdig en doeltreffend op te reageren.

54 Oordeel 2006-156.

55 Oordeel 2006-189. In een ander geval waar verzoeker tegenover zijn werkgever slechts zijdelings melding heeft gemaakt van discriminatie, verlangt de CGB een sterk inlevend vermogen: Oordeel 2006-178.

56 Oordelen 2006-148 en 2006-149. De bewijslast rust bij de werkgever (oordeel 2006-178). Overigens zal een uitzendbureau wel tijdig op de hoogte moeten zijn gesteld van eventuele klachten tegen inlenende bedrijven. Zie oordeel 2006-229. Voor gevallen waarbij de CGB van oordeel was dat de gehanteerde klachtenprocedure wel aan de gestelde eisen voldeden, zie: oordeel 2006-176 en 2006-47.

3 AANBIEDEN GOEDEREN EN DIENSTEN

Bij het aanbieden van goederen en diensten maken wij onderscheid tussen onderwijs (3.1), huisvesting (3.2) en consumentenzaken (3.3).

3.1 *Onderwijs*

Gescheiden vaders hebben eerder hun klachten over ongelijke informatievoorziening over hun kind door basisscholen bij de Commissie aan de kaak willen stellen.⁵⁷ Veelal is het de problematische scheiding die hun parten speelt en wordt de gelijke behandeling er met de haren bijgesleept. Zo ook in het geval van een gescheiden Duitse vader die zich tegenover een basisschool beklaagt over het gebrek aan informatie over zijn zoon.⁵⁸ Deze ‘dwaze’ vader heeft tevens een klacht ingediend tegen het bureau jeugdzorg⁵⁹, het ziekenhuis⁶⁰ en tegen de huisarts⁶¹ die zijn zoon behandelen omdat hij als gescheiden vader van Duitse afkomst en nationaliteit anders behandeld zou worden dan zijn ex-echtgenote. De zoon woont bij deze Nederlandse vrouw. De CGB oordeelt (in alle vier de zaken) dat de man geen feiten heeft aangevoerd die leiden tot een vermoeden van verboden onderscheid en wijst zijn klacht(en) af.

Een man van Antilliaanse afkomst volgt in het kader van zijn re-integratietraject bij het ROC een opleiding tot heftruckchauffeur. Deze Antilliaan spreekt volgens de CGB ‘Nederlands met enige beperkingen’. Op zijn beurt stelt de man dat de opleidingsinstructeur tegen hem expres in een Gronings dialect sprak. Hij slaagt (volgens hem daardoor) niet voor de opleiding en wijt dat bij de CGB aan discriminatie. Hierover dient hij een klacht in tegen het ROC⁶², het re-integratiebedrijf⁶³ en het opleidingsinstituut.⁶⁴ De CGB oordeelt in alle drie de zaken dat er geen sprake is geweest van onderscheid. Hoewel taalproblemen in deze casus een duidelijke rol spelen, zijn deze blijkbaar voldoende ondervangen om verboden onderscheid te voorkomen. Naar aanleiding van een klacht die de man had ingediend bij het opleidingsinstituut is namelijk een andere instructeur ingezet die wel voor hem verstaanbaar sprak.

Een universiteit onderscheidt in haar retributie- en inschrijvingsbeleid (RIB) een wettelijk collegegeld alsmede drie categorieën instellingscollegegelden, waaronder een (hoger) tarief voor non-EU/EFTA studenten. Voordat de CGB tot een oordeel komt, vraagt zij een deskundig advies van prof. Scheltema en prof. Van der Vlies. Kort gezegd komt het advies er op neer dat een universitaire regeling waarin de hoogte van het collegegeld wordt vastgesteld ex art. 7.43 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) als een besluit van algemene strekking moet worden gezien, en niet als een beslissing die een zelfstandige norm bevat.⁶⁵ Derhalve berust het gemaakte onderscheid niet op een algemeen verbindend voor-

57 Oordeel 2005-85, 2005-84, 2004- 60, 2003-122, 2001-45 en 1999-77.

58 Oordeel 2006-68.

59 Oordeel 2006-66.

60 Oordeel 2006-67.

61 Oordeel 2006-69.

62 Oordeel 2006-106.

63 Oordeel 2006-107.

64 Oordeel 2006-108.

65 De norm dat collegegeld verschuldigd is, berust reeds op art. 7.32 en 7.42 WHW.

schrift en is de uitzondering van artikel 2, vijfde lid, onderdeel a, AWGB niet van toepassing.⁶⁶ De CGB neemt de conclusies uit het advies over. De vraag of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is, beantwoordt de Commissie negatief omdat het gekozen middel te grofmazig is. Volgens de CGB maakt de universiteit hiermee direct onderscheid naar nationaliteit tegenover een Amerikaanse student.⁶⁷ Ook een Britse student uit Noord-Ierland die de toegang tot de masteropleiding wordt geweigerd, krijgt gelijk van de Commissie.⁶⁸

Een moeder verzoekt de Commissie te beoordelen of een welzijnsinstelling tegen haar zoon onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door hem af te wijzen voor een plaats op de voorschool vanwege haar Nederlandse afkomst. De CGB stelt vast dat de zoon is afgewezen vanwege de te hoge opleiding van zijn moeder en niet omdat zij van autochtone afkomst is.⁶⁹ Weliswaar heeft de school in haar brief aan de moeder hierover zelf verwarring doen ontstaan, maar daarmee is volgens de Commissie geen onderscheid gemaakt. De welzijnsinstelling past de toelatingscriteria toe, de zogenaamde gewichtenregeling, die zijn opgelegd door de gemeente. Omdat de welzijnsinstelling geen enkele beleidsruimte heeft om andere kinderen dan de doelgroepkinderen toe te laten, kan zij volgens de CGB hiervoor niet verantwoordelijk worden gehouden. De moeder heeft in deze zaak tevens een oordeel over het handelen van de gemeente gevraagd. De CGB acht het (indirecte) onderscheid naar etnische afkomst, dat het gevolg is van het directe onderscheid die is gemaakt naar opleidingsniveau, objectief gerechtvaardigd.⁷⁰ Het doel van de regeling is het nastreven dat kinderen met een taalachterstand aan het begin van de basisschool een betere startpositie krijgen dan gewoonlijk het geval is. De gewichtenregeling is daartoe een noodzakelijk en geschikt middel. Overigens worden ook kinderen van (lager) opgeleide autochtone ouders tot de voorschool toegelaten.

Een stel ouders klaagt dat een basisschool geen goede begeleiding geeft aan hun twee zonen, dat het een te laag schooladvies geeft aan hun dochter en dat de moeder nadelig is behandeld bij de sollicitatie als (inval)leerkracht. Een en ander zou met de donkere huidskleur van de betrokkenen samenhangen. Bij de Commissie slagen de ouders er echter niet in om feiten aan te dragen die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden, al merkt de CGB wel op dat het beter was geweest als de school eerder met de ouders was gaan praten.⁷¹

3.2 *Huisvesting*

Al jaren worden signalen afgegeven dat vreemdelingen met een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd problemen ondervinden bij het afsluiten van een hypotheek. Naar aanleiding hiervan heeft de CGB op eigen initiatief het hierboven besproken onderzoek uitgevoerd *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus*. Ook binnen de huursector komt (indirect) onderscheid op grond van ras of nationaliteit voor, niet alleen bij het sluiten van huurovereenkomsten, maar ook op het niveau van de woningdistributie. Omdat het laatste overheidsbeleid betreft, valt het niet onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB⁷² en zal het in deel 4 (sociale bescherming) worden behandeld.

66 Zie eerder ook oordeel 2004-134.

67 Oordeel 2006-110 en zie ook de annotatie bij dit oordeel van Zoontjens in deze bundel.

68 Oordeel 2006-111.

69 Oordeel 2006-205.

70 Oordeel 2007-206.

71 Oordeel 2006-207.

72 Oordeel 2006-222.

In 2006 heeft de CGB geoordeeld over twee klachten gericht tegen verhuurders. In het ene geval wekt een advertentietekst de indruk dat woningen alleen worden verhuurd aan buitenlandse werknemers die in Nederland op basis van een tijdelijk arbeidscontract werkzaam zijn (zogenoemde expats). In de praktijk blijkt verweerster wel degelijk ook aan Nederlanders te verhuren, en alleen te verlangen dat potentiële huurders kunnen aantonen slechts tijdelijk te willen huren en over voldoende financiële middelen te beschikken. Gelet hierop, komt de CGB tot het oordeel dat bij het sluiten van een huurovereenkomst geen onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit of ras. Wel doet de CGB daarbij de aanbeveling aan verweerster de tekst van haar advertentie in overeenstemming te brengen met haar praktijk.⁷³

In het tweede geval gaat het om een vrouw uit Siërra Leone die juist geen woonruimte aangeboden heeft gekregen omdat zij een verblijfsvergunning heeft voor bepaalde tijd. Ook nu blijkt de praktijk anders te zijn dan wordt voorgesteld. In het verleden is het beleid van verweerster geweest om geen woningen toe te wijzen aan vreemdelingen met een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd omdat niet zeker zou zijn dat hun verblijfsvergunning zou worden verlengd en bovendien niet duidelijk was of zij in aanmerking konden komen voor huursubsidie. Sinds drie jaar heeft verweerster haar beleid gewijzigd, en wordt uitsluitend gekeken naar de financiële waarborg die de persoon in kwestie kan bieden. Inmiddels is aan verzoekster een woning toegewezen. De CGB oordeelt desalniettemin dat verzoekster nog steeds belang heeft bij haar klacht, nu zij gedurende een aantal maanden uitgesloten is geweest van het aanbod van verweerster, en wel om redenen die mogelijk verband houden met haar nationaliteit. Door mensen met een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd geen woonruimte aan te bieden, maakt verweerster indirect onderscheid op grond van nationaliteit. Immers, het staat vast dat alleen mensen zonder de Nederlandse nationaliteit door dit beleid zullen worden getroffen. Gelet op de beleidswijziging van verweerster, concludeert de CGB dat ook in haar visie een objectieve rechtvaardiging ontbreekt voor dit onderscheid. Door na te laten haar personeel van de beleidswijziging op de hoogte te brengen, heeft verweerster deze vorm van onderscheid laten voortduren, met als gevolg dat ten aanzien van verzoekster alsnog onderscheid is gemaakt in strijd met de AWGB.⁷⁴

Opmerkelijk aan beide gevallen is dat, alhoewel bij het sluiten van een huurovereenkomst geen onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit, bij het aanbieden van woningen verblijfsstatus - en dus op indirecte wijze nationaliteit - wél wordt gehanteerd als een selectie criterium om 'risicogevoallen' van het aanbod uit te sluiten. Ook al is een vreemdeling formeel toegelaten tot de Nederlandse samenleving, dan nog is volwaardige deelname aan het maatschappelijke verkeer kennelijk geen vanzelfsprekendheid.

73 Oordeel 2006-11.
74 Oordeel 2006-121.

3.3 Consumentenzaken

Een woonwageneigenaar probeert tevergeefs een inboedelverzekering af te sluiten. De verzekeraar stelt dat hij slechts drie eenvoudige woonproducten verzekert en daar vallen woonwagens niet onder. De Commissie heeft al eerder geoordeeld dat woonwageneigenaren onder het begrip ras kunnen worden gebracht.⁷⁵ In dit geval oordeelt de Commissie dat het indirecte onderscheid naar ras objectief gerechtvaardigd is vanwege de keuze van de verzekeraar voor (slechts) eenvoudig te verzekeren objecten.⁷⁶ Het is jammer dat in deze zaak het Anti-Discriminatie Bureau (ADB) dat de woonwageneigenaar bijstaat er geen collectieve klacht van heeft gemaakt. De eigenaar heeft bij acht verzekeraars tevergeefs geprobeerd haar inboedel te verzekeren. Het resultaat daarvan lijkt te zijn dat voor deze bevolkingsgroep een verzekering onder normale voorwaarden – niet in een woonwageneigenarenpool tegen hogere premie – niet mogelijk is. Dit beeld correspondeert met klachten die met enige regelmaat hierover bij ADB's geuit worden. Doordat deze zaak slechts tegen één verzekeraar is gericht die zijn selectieve aanbod goed kon onderbouwen, komt de Commissie niet aan deze meer fundamentele rechtsvraag toe.

Toegang tot het betalingsverkeer is essentieel voor een deelname aan het maatschappelijke verkeer. Financiële instellingen hebben in 2001 met het convenant 'pakket primaire betaaldiensten' vastgelegd dat in beginsel iedereen een kale betaalrekening (zonder kredietfaciliteiten) moet kunnen krijgen.⁷⁷ Door het stellen van taaleisen kan een Dominicaanse man geen rekening openen en maakt de bank volgens de CGB verboden onderscheid naar ras.⁷⁸ Het oordeel is in deze bundel van commentaar voorzien door Davidovic.

Mogelijk even essentieel is tegenwoordig toegang tot het mobiele telefoonnetwerk. Klachten over het weigeren van een abonnement deden zich vooral in de eerste jaren van het bestaan van de CGB voor. Het laatste oordeel hierover dateert uit 2000.⁷⁹ Opmerkelijk is dat de zaak uit 2006 is aangebracht door een belangenorganisatie van Tibetanen: een collectieve actie ex art. 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB. Personen van buiten de Europese Unie dienen aanvullende legitimatie te tonen. Volgens de Commissie is dit indirecte onderscheid naar nationaliteit niet objectief gerechtvaardigd.⁸⁰ De telecomaandbieder heeft namelijk niet aangetoond dat fraude vaker met verblijfsdocumenten plaatsvindt dan met andere identiteitsbewijzen.

Mag een hypotheek geweigerd worden omdat de aanvrager in het bezit is van een vergunning voor bepaalde tijd? De Commissie constateert dat het risico dat de vreemdeling daadwerkelijk moet vertrekken buitengewoon klein is, mede omdat zijn echtgenote de Spaanse nationaliteit heeft.⁸¹ Het indirecte onderscheid is daardoor niet objectief gerechtvaardigd. Het zijn met name klachten over deze vorm van onderscheid die aanleiding hebben gegeven tot het hierboven besproken onder-

75 Oordeel 1999-065, 1997-120, 1997-119 en 1997-10. Zie ook de noot van Gerards bij oordeel 2006-222, opgenomen in deze bundel.

76 Oordeel 2006-5.

77 Zie ook het persbericht van 13 september 2004 van de Nederlandse Vereniging van Banken.

78 Oordeel 2006-169.

79 Oordeel 2006-42.

80 Oordeel 2006-259.

81 Oordeel 2006-152.

zoek uit eigen beweging naar onderscheid naar hypothecair financiers. Zie verder ook de noot in deze bundel die Houtzager heeft geschreven bij dit oordeel.

Een 'Hindoeschrijver' gebruikt een internetmagazine om zijn ideeën naar buiten te brengen. Het magazine ontvangt klachten over het racistische gehalte van zijn publicaties en besluit de schrijver geen toegang meer tot het blad te verlenen. De man, naar eigen zeggen Hindoe fundamentalist en lid van Nieuw rechts, weet zijn stelling dat hij op grond van zijn kaste is gediscrimineerd niet te onderbouwen en de Commissie wijst zijn klacht (ook op grond van politieke gezindheid) af.⁸²

Ouders van een autochtoon kind vinden dat hun kind net als allochtone kinderen in aanmerking moeten kunnen komen voor goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A. Zij wilden hun kind laten inenten in verband met een vakantie naar Turkije en zij voelen zich achtergesteld. De GGD-Zaanstreek-Waterland richt zich in haar voorlichtingscampagne uitsluitend op kinderen van Turkse of Marokkaanse afkomst. Hierdoor wordt volgens de CGB direct onderscheid naar ras gemaakt.⁸³ Het verweer van de GGD dat niemand een vaccinatie geweigerd wordt, doet daar volgens de Commissie niet aan af. Vanwege de gezondheidsrisico's voelt de Commissie zich genooddaakt te onderzoeken of in dit geval de AWGB op grond van bijzondere omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten. Hiertoe is de Commissie eerder overgegaan als handhaving van de regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare gevolgen leidt.⁸⁴ In het geval van de GGD-Zaanstreek-Waterland acht de CGB dergelijke omstandigheden niet aanwezig en concludeert tot strijd met de wet.

Het is de vraag of de conclusie van de CGB dat hier direct onderscheid wordt gemaakt een juiste is. Een aanbieder van diensten mag zich volgens de AWGB op een specifieke doelgroep richten. Het is slechts verboden om personen buiten die doelgroep te weigeren. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld van 'een zogenoemde homobar' genoemd die alleen gericht homo's als klanten werft.⁸⁵ Daarmee wordt geen onderscheid gemaakt, totdat klanten van andere seksuele geaardheid bij de toegang of aan de tap worden geweigerd. Op grond hiervan, menen wij dat een campagne gericht op een specifieke (etnische) doelgroep niet onder het verbod hoort te vallen, mits anderen dan de doelgroep geen toegang tot de dienstverlening wordt ontzegd. Een andere vraag is of onderscheid mag worden gemaakt wat betreft de voorwaarden waaronder diensten worden aangeboden. Hiervan was geen sprake omdat ook autochtonen gebruik konden maken van de goedkope vaccinatie(dagen).

Een stevige woordenwisseling over het overgewicht van koffers leidt tot een weigering van een passagier om met zijn familie de vlucht naar het moederland Marokko te kunnen aanvangen. Aangezien de man kennelijk met het schikkingsvoorstel voor een andere vlucht heeft ingestemd, is er volgens de CGB geen onderscheid.⁸⁶ In andere gevallen komt de Commissie zelfs daar niet meer aan toe omdat het belang ontbreekt en aan de klacht meteen tegemoet is gekomen.⁸⁷

82 Oordeel 2006-6.

83 Oordeel 2006-55.

84 Oordeel 2006-20.

85 *Kamerstukken II 1991/92*, 22 014, nr. 5, p. 7-8.

86 Oordeel 2006-120.

87 Oordeel 2006-142 en 143.

Een luchtvaartmaatschappij mag op grond van een besluit van de minister alleen retour- of rondreizen tussen Venezuela en Nederland uitvoeren, ongeacht de nationaliteit van de passagier. Uit ambtshalve onderzoek van de CGB blijkt een reisbureau wel enkele reizen aan te bieden voor passagiers uit Schengenlanden. De weigering van een enkele reis aan een Venezolaanse vrouw die naar Nederland wil reizen om daar bij haar Nederlandse partner te gaan samenwonen, levert direct onderscheid naar nationaliteit op.⁸⁸ Dat geldt volgens de CGB niet voor de luchtvaartmaatschappij omdat die zich van het beleid van het reisbureau heeft gedistantieerd.⁸⁹ Maar de al verkochte enkele reizen zijn kennelijk wel door deze maatschappij uitgevoerd. Komt deze distantie dan niet te laat? Te prijzen valt het (actieve) ambtshalve onderzoek dat de Commissie heeft uitgevoerd.

Mag een tandarts aan een ouder van zijn jeugdige patiënt vragen geen Turks met haar zoon te spreken tijdens de behandeling? Volgens de CGB is er sprake van indirect onderscheid waarvoor door de tandarts geen objectieve rechtvaardiging is aangevoerd.⁹⁰ Taal blijkt wederom een versturende factor te zijn in deze raszaak.

Een watersportvereniging heeft in haar statuten bepaald dat leden die niet de Nederlandse nationaliteit hebben, geen stemrecht en toegang tot het bestuurslidmaatschap hebben. Het doel van de vereniging is het bevorderen van de watersport en dus houdt de beperking voor leden van niet-Nederlandse nationaliteit geen verband met het doel van de vereniging. De Commissie oordeelt dan ook dat dit directe onderscheid op grond van nationaliteit in strijd met de wet is. Zoals wij in onze inleiding al signaleerden, is met dit oordeel een opmerkelijke wijziging ontstaan in de wijze waarop de CGB het verenigingsrecht toetst.

4 SOCIALE BESCHERMING

De toepassing van artikel 7 AWGB beperkt zich tot het goederen- en dienstenverkeer. Een groot deel van het eenzijdig overheidshandelen valt dus buiten de reikwijdte van deze bepaling. Dit ligt anders bij artikel 7a AWGB, op grond waarvan het verboden is onderscheid te maken naar ras – niet zijnde nationaliteit – bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen.

Artikel 7a AWGB is ingevoerd ter implementatie van de Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming⁹¹ en vormt een specifieke uitwerking met betrekking tot ras van het algemene discriminatieverbod, volgende uit artikel 26, Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BuPo) en artikel 14, Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens (EVRM) in samenhang met artikel 1 Eerste Protocol EVRM en artikel 1 Grondwet (Gw). Deze extra mate van bescherming tegen discriminatie op grond van ras vindt zijn rechtvaardiging onder andere in de overwegingen van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat:

88 Oordeel 2006-162 en zonder ambtshalve onderzoek, maar verder vrijwel identiek 2006-164.

89 Oordeel 2006-163.

90 Oordeel 2006-254.

91 *PbEG* 2000 L 180/22.

“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.”⁹²

Wanneer zij eenzijdig overheidshandelen toetst, dient de CGB er voor te waken dat zij niet ten onrechte op de stoel van het bestuur of de wetgever gaat zitten. In oordeel 2006-222 geeft de CGB aan wanneer zij meer of minder indringend toetst. Zie de in deze bundel opgenomen noot van Gerards bij dit oordeel voor een uitvoerige bespreking van de door de CGB gekozen toetsingsmethode. Dit concrete geval betreft een klacht van woonwagengewoners dat zij, bij inschrijving als woningzoekenden in de gemeente waar zij wonen, niet de mogelijkheid hebben gekregen een voorkeur uit te spreken voor een standplaats. De CGB overweegt dat de overheid op grond van artikel 22, tweede lid, Gw en overeenkomstige bepalingen van mensenrechtenverdragen zorg dient te dragen voor voldoende woonruimte. Wel kan zij de plicht een beleid te voeren gericht op de rechtvaardige verdeling van beschikbare woonruimte op de decentrale overheid leggen. Als gevolg van het intrekken van de Woonwagewet per 1 maart 1999⁹³, is het beleid ten aanzien van woonwagens een gemeentelijke verantwoordelijkheid geworden. De wetgever heeft het onwenselijk geacht gemeenten te verplichten het tot dan toe bestaande speciaal beleid voor woonwagengewoners te continueren. Hiermee zijn de gemeentes echter niet ontslagen van de plicht alle burgers gelijk te behandelen. Wel heeft de wetgever aan de gemeentebesturen een ruime beoordelingsruimte gelaten. Indien bij het gemeentelijke huisvestingsbeleid en daarop gebaseerde maatregelen sprake is van indirect onderscheid op grond van ras, zal de CGB de gemeente dus een ruime mogelijkheid moeten laten om zich te beroepen op een objectieve rechtvaardiging. De aangevoerde objectieve rechtvaardiging dient volgens de door de CGB gehanteerde toetsingsmethode marginaal te worden getoetst.

In het concrete geval oordeelt de CGB dat de gemeente door geen rekening te houden met de specifieke wensen van woonwagengewoners en deze wensen niet te registreren, indirect onderscheid heeft gemaakt naar ras.⁹⁴ De gemeente stelt dat het beleid ten aanzien van standplaatsen geïntegreerd is in het algemene woonbeleid, waardoor standplaatsen een voor eenieder toegankelijke woonvorm zijn geworden. Niet is gebleken dat sprake is van een tekort van standplaatsen, terwijl het aanbod voor een ieder kenbaar wordt gemaakt via internet. De woningmarkt is voor iedereen gespannen. Woonwagengewoners, met hun specifieke voorkeuren, verkeren niet in een slechtere positie dan andere woningzoekenden.

De CGB neemt genoegen met deze rechtvaardigingsgronden en oordeelt dat er geen sprake is van een verboden indirect onderscheid naar ras. Wel merkt zij op dat het ontbreken van de mogelijkheid om op het via internet aangeboden inschrijvingsformulier een voorkeur uit te spreken voor een standplaats tot gevolg kan hebben, dat er in het geheel geen rekening wordt gehouden met de specifieke woon-

92 EHRM 13 december 2005, *Timishev t. Rusland*, EHRC 2006, 19 m.nt. K. Henrard, *NJCM-Bulletin* 2006, nr. 8 m.nt. D. Houtzager.

93 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 333, nr. 3, p. 2.

94 In haar oordeel van 12 januari 2006 (2006-5) is de CGB, voortbouwend op haar eerdere oordelenlijn en Algemene Aanbeveling nummer VIII van het Committee on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, reeds tot het oordeel gekomen dat het IVUR woonwagengewoners als bevolkingsgroep beschermt.

behoefte van woonwagenbewoners. Om te voorkomen dat woonwagenbewoners op den duur gedwongen worden tot bewoning van andere woonvormen, beveelt de CGB dan aan woningzoekenden in staat te stellen hun belangstelling voor een woonwagenstandplaats kenbaar te maken en maatregelen te treffen indien de verhouding tussen vraag naar en aanbod van woonwagenstandplaatsen wezenlijk uit de pas gaat lopen met de verhouding tussen vraag naar en aanbod van andere woonvormen.

In een ander geval concludeert de CGB dat direct onderscheid is gemaakt op grond van ras omdat bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst aan beperkte heronderzoeken worden onderworpen, terwijl dit niet (meer) bij overige bijstandsgerechtigden gebeurt. De door verweerder aangevoerde rechtvaardigingsgronden kunnen dus geen doel treffen. Wel maakt de CGB van de gelegenheid gebruik om alsnog kritische kanttekeningen te plaatsen bij de door verweerder aangevoerde rechtvaardigingsgronden. Ten eerste kunnen noch de gemeente noch het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) concrete gegevens of cijfers aandragen ter onderbouwing van de waarschuwing, door het Ministerie van SZW naar de Nederlandse gemeenten geuit in 2003, dat sprake zou zijn van fraudepatronen bij bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst. Ten tweede is er in de ogen van de CGB onvoldoende verband tussen de door SZW gestelde ernstige vermoedens van mensensmokkel, kindersmokkel, identificatiefraude en misbruik van rechtspersonen onder Nederlanders van Somalische afkomst en het doel van onderzoek in het kader van bijstandsverstrekking, namelijk: het zo efficiënt mogelijk verstrekken van uitkeringen aan degenen die hier recht op hebben. Daarbij zijn geen grondrechten van derden in het geding, of de democratische rechtsorde, en kan onderzoek louter en alleen op grond van afkomst dus niet worden gerechtvaardigd.⁹⁵

In een tweede geval waarbij geklaagd wordt over ongelijke behandeling door de Sociale Dienst, oordeelt de CGB dat er geen vermoeden is van onderscheid op grond van ras. Het gaat om een risico-inschatting door de Sociale Dienst die heeft geleid tot het opleggen van een bouwverbod. Wel oordeelt de CGB in dit geval dat verzoekers klacht over discriminatie onzorgvuldig is behandeld, nu deze zonder enig onderzoek is afgedaan als zijnde onjuist, waarbij ook nog werd gesteld dat deze klacht als “onaangenaam” werd ervaren.⁹⁶

Tot slot de klacht die is ingediend namens een aantal klagers van Surinaamse of Antilliaans-Nederlandse afkomst, tegen de Sociale Verzekeringsbank wegens het maken van onderscheid op grond van nationaliteit of ras bij de korting die is aangebracht op hun aanspraken op grond van de AOW. Voor ieder jaar dat zij, als Nederlanders, buiten het Europese deel van het Rijk hebben gewoond tussen hun 15de en 65ste jaar, worden zij voor 2 % gekort. Verweerder, gesteund door de staatssecretaris van SZW, stelt zich op het standpunt dat de sociale zekerheid geen aangelegenheid is geweest van het Koninkrijk en dat alle landen van het Koninkrijk zelf dienden te voorzien in socialezekerheidswetgeving voor hun ingezetenen. Nederlanders die gedurende een bepaalde periode binnen het Koninkrijk, maar buiten Nederland wonen, verkeren gedurende deze periode niet in gelijke omstandigheden als Nederlanders die in Nederland wonen. Derhalve is het gelijkheidsbeginsel niet van toepassing. De CGB oordeelt dat het verschil dat gemaakt wordt tussen

95 Oordeel 2006-257.

96 Oordeel 2006-109.

autochtone Nederlandse ingezetenen en verzoekers, die een aantal jaren niet ingezetenen waren van Nederland maar wel Nederlandse staatsburgers, voortvloeit uit de AOW en dat de AOW juist op dit punt aan de CBG ter beoordeling is voorgelegd. Derhalve dient het verweer te worden gepasseerd. Dit zou alleen anders zijn indien en voor zover het voor de wetgever op grond van het Statuut of internationaal recht onontkoombaar is verschil tussen ingezetenen en niet-ingezetenen te maken. Nu het de wetgever vrij stond op dit gebied wel of geen onderscheid te maken, zal onderzocht moeten worden in hoeverre het gemaakte onderscheid in overeenstemming is met de AWGB.

Ter beantwoording van deze vraag komt de CGB met een tussenoordeel,⁹⁷ en vraagt zij advies aan bij prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, Prof. mr. A.E. Alkema en mr. R. Nehmelman. Aan de adviseurs worden de volgende (kort weergegeven) vragen voorgelegd:

- 1) Volgt uit het internationale recht dat Nederland niet verantwoordelijk is voor de sociale zekerheidspositie van ingezetenen van andere staten, in het bijzonder van de voormalig koloniën?
- 2) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 uit of die andere staat of voormalige kolonie zelf al dan niet een socialezekerheidssysteem kent of heeft gekend?
- 3) Volgt uit het Statuut dat Nederland ingezetenen van Suriname, Aruba en de Nederlandse Antillen diende uit te zonderen van een aanspraak op ouderdomspensioen op grond van de AOW dan wel dat Nederland juist was gehouden in die aanspraak te voorzien ten behoeve van ingezetenen van Suriname, Aruba of de Nederlandse Antillen? Of bood het Statuut hiertoe een opening, waarvan geen gebruik is gemaakt?
- 4) Welke consequentie heeft het dat de AOW een overgangsregeling kent dat de jaren voor de inwerkingtreding van de AOW (voor 1 januari 1957) meetellen ook voor de ingezetenen van de overzeese gedeelten van het Koninkrijk der Nederlanden?

In hun advies, uitgebracht op 6 juli 2006, en hun aanvullend advies, uitgebracht op 25 augustus 2006, bevestigen de geraadpleegde adviseurs dat Nederland geenszins verplicht is onderscheid te maken op grond van ingezetenschap bij de uitvoering van de AOW, maar concluderen tegelijkertijd dat het onderscheid dat naar het huidige Nederlands recht gemaakt wordt niet in strijd is met het internationale recht. Hun conclusies zijn mede gebaseerd op de grote beleidsvrijheid die het internationale recht de soevereine staat laat met betrekking tot wetgeving over sociale zekerheid, in het bijzonder voor zover het gaat om niet-ingezetenen. Dat het bij deze klacht gaat om verzoekers die afkomstig zijn uit een (voormalig) land van het Koninkrijk der Nederlanden, doet hier niet aan af.

Wel constateren de adviseurs dat het hier een ernstig sociaal probleem betreft dat niet alleen Nederlanders van Surinaamse of Antilliaanse afkomst betreft, maar ook andere AOW-gerechtigden met een onvolledige pensioenopbouw. Zij bevelen dan ook aan beleidsoplossingen hiervoor te zoeken, en wijzen naar verschillende mogelijkheden.

Andere relevante vragen in dit geval zijn: of het gemaakte onderscheid naar ingezetenschap in dit geval tot indirect onderscheid naar ras leidt en, zo ja, of dit onder-

scheid in strijd is met de AWGB. Ook zal moeten worden geoordeeld over de reikwijdte van de door de CGB te hanteren toets. Enerzijds geldt verboden onderscheid naar ras, in de jurisprudentie van het EHRM, als een zeer ernstige vorm van discriminatie. Dit suggereert dat in situaties waar (indirect) onderscheid wordt gemaakt op grond van ras, (internationale) rechters zich in principe kritisch dienen op te stellen. Anderzijds blijkt uit het hierboven reeds besproken oordeel 2006-222 dat de CGB zich in principe terughoudend opstelt, daar waar indirect onderscheid naar ras het gevolg is van een wettelijke regeling. Het uiteindelijke oordeel is pas in 2007 uitgesproken,⁹⁸ zodat verdere bespreking buiten het bereik van deze bundel valt.

5 SLOTOPMERKINGEN

Eind 2006 is het tweede externe evaluatieonderzoek naar de AWGB verschenen.⁹⁹ Uit het onderzoek in de eerste fase van deze evaluatie blijkt dat in de periode 1994-2004, 35 % van de individuele verzoekers (juridische) bijstand heeft gehad. Van hen deed 13 % een beroep op een Anti-Discriminatie Bureau (ADB), 12 % een beroep op een advocaat en 10 % op een ander. Zowel verzoekers als verweerders schakelen vooral bij arbeidszaken rechtshulp in. Bij (vermeende) discriminatie wegens ras roepen verzoekers vaak de hulp in van ADB's. In het evaluatieonderzoek van de CGB wordt opgemerkt dat de hulpverlening door de ADB's in de loop van de jaren sterk is gegroeid.¹⁰⁰ De schrijvers van *Gelijke behandeling: principes en praktijken* constateren dat een groot aantal van de geïnterviewde medewerkers van ADB's en van belangenorganisaties, als ook enkele advocaten, in de afgelopen twee jaar wel eens een klacht hebben ingediend bij de CGB.¹⁰¹ Over 2005 was daar voor wat betreft de gronden ras en nationaliteit niet veel van te merken. In slechts acht van de 34 zaken werd bijstand door een ADB verleend.¹⁰² Verhoudingsgewijs zijn dat er in 2006 nog minder: elf van de 64. Dat lijkt ons toch een punt van zorg, vooral omdat net als vorig jaar ook dit jaar opvalt dat het probleem een klacht niet voldoende te (kunnen) onderbouwen verzoekers in raszaken vaak parten speelt.¹⁰³ Wellicht dat klagers met betere begeleiding, meer resultaat zouden halen.

In haar evaluatierapport merkt de CGB op dat aanbevelingen vaak worden opgevolgd en dat zij daarom meer aanbevelingen zal doen. In 2005 kwam dat niet echt goed uit de verf. Slechts in drie zaken met betrekking tot ras of nationaliteit deed de CGB een aanbeveling. Een kentering volgt in 2006. In veertien van de 64 zaken doet de CGB een aanbeveling.

Het aantal collectieve acties ex art. 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB is in 2006 verdubbeld. Was dit in 2005 nog één, nu zijn het er twee. Daarbij lijkt de CGB in de zaak van de Somalische bijstandgerechtigden niet meer de moeite te nemen om de ontvankelijkheid van het ADB Haarlem te toetsen.¹⁰⁴ In de zaak van de

98 Oordeel 2007-4.

99 Hertog & Zoontjens 2006. Zie voor de aanbiedingsbrief: *Kamerstukken II 2006/07*, 28 481, nr. 4.

100 *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, CGB: Utrecht 2005, p. 28.

101 Hertog & Zoontjens 2006, p. 286.

102 P.R. Rodrigues, 'Ras en nationaliteit', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 32.

103 Zie bijvoorbeeld oordeel 2006-5, 2006-24 en 2006-200.

104 Oordeel 2006-257.

Tibetaanse belangenorganisatie die opkomt tegen de extra legitimatie bij mobiele telefoonabonnementen besteedt de CGB daar juist extra aandacht aan.¹⁰⁵ De vraag was of het opreden in rechte of het bestrijden van discriminatie niet met zoveel woorden in de doelomschrijving zou moeten staan. De CGB acht dat niet nodig.

Het vorige verslagjaar waren er geen verzoeken tot een oordeel over eigen handelen, ex art. 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB. In 2006 zijn dat er twee. Het ene oordeel betreft voorgenomen afspiegelingsbeleid bij werving¹⁰⁶ en het andere oordeel heeft betrekking op onderscheid in het verenigingsrecht.¹⁰⁷ Dit laatste verzoek tot een oordeel over eigen handelen heeft ertoe geleid dat de Commissie 'om' is gegaan.

Het succes van gedupeerden bij de Commissie houdt niet over. Bij de gronden ras en nationaliteit is in 35 % van de gevallen sprake van onderscheid. Deze trend is al enige tijd gaande en doet vermoeden dat er in toenemende mate 'zwakke zaken' aan de Commissie worden voorgelegd. Mogelijk dat 'sterke zaken' buitengerechtelijk worden afgedaan en zich aan ons zicht onttrekken. Denkbaar is dat de jurisprudentie van de CGB behulpzaam is bij deze wijze van afdoening.

Het lijkt eveneens een tendens dat steeds vaker autochtone Nederlanders zich beklagen over voorzieningen of faciliteiten die alleen aan allochtonen worden aangeboden. Gezien de symmetrie van de AWGB horen deze zaken bij de CGB thuis. Bovendien krijgen deze klagers vaak het gelijk aan hun zijde. Het idee dat personen afkomstig uit de dominante cultuur niet achtergesteld kunnen worden, lijkt ons niet meer van deze tijd. Met name in een context van groeiende verschillen in welvaart, lijkt het ons van belang alert te blijven voor (vermeende) achterstelling van autochtonen die onder vergelijkbare omstandigheden als allochtonen (lijken te) verkeren, maar geen toegang hebben tot specifieke maatregelen die gericht zijn op de bestrijding van achterstand.

Tot slot blijken woorden en de wijze waarop ze worden uitgesproken vaak het verschil te maken. Misvattingen, misverstanden en miscommunicatie komen in de oordelen veelvuldig voor. Wat begint als een 'taalincident' eindigt als een juridisch geschil. Het noopt haast tot een oproep voor meer verdraagzaamheid. Het geeft in dit verband te denken dat in het regeerakkoord van het kabinet Balkenende-Bos-Rouvoet is opgenomen dat het Nederlands als bestuurs-, cultuur- en *omgangstaal* in de grondwet dient te worden vastgelegd.

105 Oordeel 2006-259.

106 Oordeel 2006-61.

107 Oordeel 2006-158.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de gronden van ras en nationaliteit

2006-5

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: objectief gerechtvaardigd onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Geen inboedelverzekering voor woonwagengoed objectief gerechtvaardigd

Een woonwagengoedbewoner kan geen inboedelverzekering afsluiten bij verzekeringsmaatschappij. De verzekeringsmaatschappij heeft zich gespecialiseerd in drie eenvoudige woonverzekeringen die geschikt zijn voor het internet en aangeboden kunnen worden via een beperkt aantal klikken. Een verzekeraar mag ervoor kiezen slechts een beperkt aantal producten aan te bieden; daardoor is het onderscheid objectief gerechtvaardigd. Aanbeveling om de risico-analyse voor woonwagengoed te updaten en evalueren.

Opmerking:
 Woonwagengoedbewoners vallen onder het begrip ras. Conform CGB 7 juli 1999, oordeel 1999-65.

2006-11

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:
Makelaar maakt direct onderscheid op grond van ras en/of nationaliteit door in de advertenties op te nemen dat de huurwoningen slechts aangeboden worden aan buitenlandse werknemers die op basis van een tijdelijke arbeidscontract in Nederland werkzaam zijn. Bij het sluiten van huurovereenkomsten maakt de makelaar echter geen onderscheid.

Een stichting klaagt erover dat de makelaar onderscheid maakt op grond van ras en/of nationaliteit

door woningen slechts aan te bieden en te verhuren aan buitenlandse werknemers die op basis van een tijdelijk arbeidscontract in Nederland werkzaam zijn. Makelaar betwist dit maar geeft wel toe dat de advertentietekst onjuist is geformuleerd. De advertentietekst leidt ertoe dat potentiële Nederlandse huurders die op zoek zijn naar een tijdelijke woning daaruit begrijpen dat zij niet aanmerking komen voor huur van de woningen en derhalve ook niet reageren op zo'n aanbod. Makelaar maakt daarom direct onderscheid op grond van nationaliteit. Bij het - feitelijk - verhuren van de woningen is gebleken dat de eisen waaraan moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor een huurwoning zonder onderscheid voor alle huurders gelden ongeacht hun nationaliteit of ras. Makelaar dient de tekst van de advertenties te wijzigen en in overeenstemming te brengen met zijn praktijk.

2006-18

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:
Amsterdammer valt niet onder het begrip ras. De Commissie is onbevoegd.

Een vrouw heeft via een website bij een bedrijf gesolliciteerd naar de functie op het call center. Het bedrijf heeft de vrouw bericht dat zij niet in aanmerking kwam voor de functie. De vrouw stelt dat haar Amsterdams accent daarvoor de reden is geweest. Het bedrijf stelt dat de vrouw op andere gronden niet voldeed aan de functie-eisen. Voordat de Commissie inhoudelijk op de zaak kan ingaan, zal zij moeten beoordelen of 'Amsterdammers' vallen onder het begrip ras zoals bedoeld in de AWGB. De Commissie heeft deze vraag ontkennend beantwoord en is derhalve niet bevoegd te beoordelen of het bedrijf in strijd met de gelijkebehandelings-wetgeving heeft gehandeld.

2006-19

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Uitzendbureau heeft geen onderscheid gemaakt op grond van ras.

Een vrouw is van Surinaamse afkomst. Een uitzendbureau heeft opdracht gekregen te werven voor de vacature Klantenservice medewerker. De vrouw heeft met een e-mail haar interesse kenbaar gemaakt. De vrouw is niet bemiddeld door het uitzendbureau. De vrouw stelt dat tegen haar is gezegd dat haar Surinaams accent de reden is geweest haar af te wijzen. De Commissie oordeelt dat de vrouw onvoldoende feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het uitzendbureau bij de arbeidsbemiddeling onderscheid naar ras heeft gemaakt in verband met het Surinaamse accent van de vrouw.

2006-24

Grond: ras; handicap of chronische ziekte; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: ongegrond

Samenvatting:
Reïntegratie en einde van de arbeidsovereenkomst. Geen verband met ras, handicap of chronische ziekte of leeftijd.

Man vermoedt dat zijn voormalige werkgever hem niet heeft willen laten reïntegreren en de arbeidsovereenkomst heeft laten ontbinden, in verband met zijn afkomst, zijn handicap of chronische ziekte of zijn leeftijd. Verzoek ongegrond omdat de stellingen op generlei wijze zijn onderbouwd en ook niet eerder naar voren zijn gebracht, bij voorbeeld in een klacht aan de voormalig werkgever of in de procedure bij de kantonrechter.

2006-47

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Behandeling van klachten over discriminatoire bejegening door leidinggevenden.

Een vrouw dient enige tijd na het einde van haar dienstverband een klacht in omtrent discriminatie

door leidinggevenden. De klachtencommissie van de voormalig werkgever onderzoekt de klachten en komt tot adviezen. Niet gebleken dat de klacht niet zorgvuldig is onderzocht en dat aan de uitkomsten van het onderzoek onvoldoende consequenties zijn verbonden. Geen onderscheid.

2006-49

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; verboden onderscheid

Samenvatting:
Een moeder- en 'zuster'onderneming hebben jegens één man wel en jegens drie mannen geen onderscheid gemaakt op grond van ras bij het niet aangaan van een arbeidsverhouding.

4 Mannen zijn van Nederlands-Antilliaanse herkomst. De onderneming waar zij in dienst waren is failliet gegaan. Een 'zusteronderneming' van de gefailleerde onderneming is met 19 van de in totaal 58 ex-werknemers een arbeidsverhouding aangegaan. Hierbij zat geen van de vier mannen en geen enkele andere Nederlands-Antilliaan. Degene die bij de selectie een rol heeft gespeeld, heeft in het verleden verwezen naar de huidskleur c.q. ras van één van de mannen en de selectieprocedure is niet inzichtelijk noch controleerbaar geweest. Hiermee zijn feiten aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. De moeder en zusteronderneming hebben bewezen dat het selectiecriterium -kort gezegd- is geweest: 'ex-werknemer volgt machine'. Dit is een neutraal criterium, op basis waarvan drie van de mannen niet in aanmerking kwamen voor een arbeidsverhouding. Ten aanzien van deze drie mannen is dan ook bewezen dat niet in strijd is gehandeld met de AWGB. Eén van de vier mannen kwam op basis van dit criterium wel in aanmerking voor een betrekking. De keuze om met een collega en niet met deze man een arbeidsverhouding aan te gaan, is niet inzichtelijk en controleerbaar geweest. De moeder- en zusteronderneming hebben dan ook niet bewezen dat de Nederlands-Antilliaanse afkomst van deze man geen (enkele) rol heeft gespeeld bij het niet aangaan van een arbeidsverhouding met hem.

Opmerking:
 Bewijsverdeling. De noodzaak van een inzichtelijke, systematische en controleerbare (selectie)procedure.

2006-53

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:
Commissie onbevoegd om functionele eis “in het noorden woonachtig zijn” te beoordelen.

Een man afkomstig uit en wonend in Limburg, heeft bij een bedrijf gesolliciteerd naar de functie verkoopleider Rundveehouderij regio Noord. Het bedrijf is een wervings- en selectiebureau. De man is meegedeeld dat hij niet werd bemiddeld onder andere omdat de voorkeur uitging naar een kandidaat uit het noorden van het land omdat deze bekend is met de cultuur, achtergrond en mentaliteit van het werkgebied. Ter zitting is komen vast te staan dat de man en het wervings- en selectiebureau niet van mening verschilden over de reden van de afwijzing. Onbetwist is derhalve dat met “uit het noorden komend” is bedoeld “in het noorden woonachtig zijn”, ongeacht diens origine. De Commissie is van oordeel dat de functionele eis van woonachtig zijn in het noorden waarmee het wervings- en selectiebureau heeft bedoeld dat een sollicitant in een vergelijkbare baan werkt, de regionale situatie kent en daar contacten en een netwerk heeft, geen direct verband houdt met een van de non-discriminatiegronden in de gelijkebehandelingswetgeving. De Commissie is derhalve onbevoegd de door de man voorliggende vraag te beantwoorden. Dit zou anders kunnen zijn als iemand uit het noorden wordt verondersteld vanwege zijn afkomst een aantal persoonskenmerken te bezitten die iemand uit Limburg niet heeft of omgekeerd en om die reden wordt afgewezen. In dat geval zou de Commissie allereerst beoordelen of de ongelijke behandeling van de man als Limburger kan worden beschouwd als ongelijke behandeling op grond van ras als bedoeld in artikel 1 AWGB.

2006-66

Grond: geslacht; burgerlijke staat; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet bevoegd; geen onderscheid

Samenvatting:
De Commissie is niet bevoegd het handelen van een Advies- en Meldpunt Kindermishandeling te toetsen aan de wetgeving gelijke behandeling. Geen onderscheid door Bureau Jeugdzorg als vrijwillig hulpverlener.

Een gescheiden vader deed bij het AMK aangifte van mishandeling van zijn zoon. Het handelen van een AMK houdt echter geen aanbieden van goederen of diensten in het maatschappelijk verkeer in, zodat de Commissie niet bevoegd is het handelen te toetsen. De man verzocht een Bureau Jeugdzorg om vrijwillige hulp. In 2003 was het handelen van het Bureau nog niet limitatief geregeld in de wet. De Commissie mocht dit handelen toetsen, maar de man heeft geen feiten aangevoerd die leidden tot een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht, burgerlijke staat, ras of nationaliteit.

Opmerking:
 Bevoegdheid Commissie en eenzijdig overheids-handelen.

2006-55

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Gezondheidsdienst maakt verboden onderscheid jegens verzoekers op grond van ras. Verzoekers zijn van Nederlandse afkomst en wilden in verband met een vakantie naar Turkije hun kind laten inenten tegen hepatitis A. Verweerder heeft in 2005 vóór de zomer een vaccinatiecampagne gehouden voor hepatitis A gericht op kinderen van Turkse en Marokkaanse afkomst. De vaccinatie werd tijdens deze dag tegen een gereduceerd tarief aangeboden. Verweerder volgt namelijk een risicogroepbenadering vanwege landelijk onderzoek waaruit is gebleken dat hepatitis A veelal wordt opgelopen door kinderen van migranten die tijdens de zomervakantie naar het land van herkomst reizen. De Commissie concludeert dat verweerder direct onderscheid maakt op grond van ras. In het onderhavige geval zijn de uitzonderingen van de AWGB niet van toepassing. Dit laat echter onverlet dat een regel onder bijzondere omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leidt tot onaanvaardbare gevolgen. Dit kan het geval zijn indien het verbod van ongelijke behandeling botst met de overheidsverplichtingen inzake de volksgezondheid. De Commissie concludeert echter dat het verbod van onderscheid in casu niet leidt tot onaanvaardbare gevolgen dat een uitzondering rechtvaardigt en oordeelt dat sprake is van verboden direct onderscheid op grond van ras.

2006-67

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit door ziekenhuis jegens gescheiden vader.

Een gescheiden man van Duitse afkomst vindt dat een ziekenhuis hem anders heeft behandeld ten opzichte van zijn ex-echtgenote, een Nederlandse vrouw, bij het behandelen van hun zoon.

De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zijn Duitse afkomst en nationaliteit een rol hebben gespeeld bij het handelen van het ziekenhuis.

De man heeft voorts een aantal feiten aangevoerd waarop hij onderscheid jegens hem als gescheiden man baseert, zoals vadersvijandig gedrag van personeel van het ziekenhuis, het niet nakomen van afspraken, het hanteren van onduidelijke procedures en het verstrekken van onvoldoende informatie over zijn zoon. Het ziekenhuis heeft de stellingen van de man gemotiveerd betwist en weerlegd. Het ziekenhuis heeft geen onderscheid gemaakt op de gronden burgerlijke staat en geslacht.

2006-68

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit bij de informatievoorziening van een basisschool aan een gescheiden vader.

Een gescheiden man van Duitse afkomst vond dat hij wat betreft de informatie over zijn zoon door de basisschool waar zijn zoon les had, ongelijk werd behandeld ten opzichte van zijn ex-echtgenote. De man heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.

2006-69

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit bij de behandeling door een huisarts.

Een gescheiden man van Duitse afkomst was van mening dat de huisarts van zijn zoon hem anders heeft behandeld dan zijn ex-echtgenote. De man heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.

2006-71

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Ongelijke behandeling op grond van ras bij de beloning en bij de arbeidsomstandigheden. Samenhang tussen functioneren en bejegening op de werkvloer. Klachtbehandeling onvoldoende.

Een werknemer van Antilliaanse afkomst klaagt over discriminatie op de werkvloer en tevens over zijn beloning. Hij stelt dat hij met name in het begin van zijn dienstverband door collega's discriminerend is bejegend. Klachten daarover bij zijn leidinggevende haalden niets uit. Wel werd hij na verloop van tijd overgeplaatst naar een ander team, zodat hij van de betreffende collega's geen last meer had. Alhoewel hij aanvankelijk daardoor wel beter ging functioneren, bleef hij klagen over discriminatie en tevens over zijn beloning. De werknemer vond dat zijn ervaring onvoldoende was meegenomen bij zijn aanvangssalaris. De Commissie oordeelde dat er sprake was van discriminerende bejegening op de werkvloer en dat de werkgever de klachten daarover beter had moeten onderzoeken.

Ook oordeelde de Commissie dat hij ongelijk beloond werd. Niet zo zeer bij de vaststelling van zijn aanvangssalaris, maar wel bij zijn salarisgroei. Het slechte functioneren hield zodanig verband met de bejegening dat het onthouden van een halve periodiek ongelijke beloning op grond van ras oplevert. Strijd met wet.

2006-75

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras door man van Antilliaanse afkomst geen afscheid te geven. Onderscheid op grond van ras door discriminatoire bejegening. Strijd met de wet door onzorgvuldige klachtbehandeling.

Een man van Antilliaanse afkomst stelt dat een dealerbedrijf voor bedrijfswagens, onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door hem geen afscheid te geven bij zijn vroegpensioenering en door de discriminatoire bejegening op de werkvloer. Tevens is hij van mening dat zijn klachten hierover onvoldoende zorgvuldig zijn behandeld. De man heeft onvoldoende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat hij vanwege zijn afkomst geen afscheid heeft gekregen. Door het patroon, waarbij regelmatig negatieve verwijzingen naar de afkomst van de man hebben plaatsgevonden, wordt bij de bejegening wel een vermoeden van onderscheid op grond van ras gewekt. Het bedrijf heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen.

Ten aanzien van de klachtbehandeling oordeelt de Commissie dat deze onvoldoende zorgvuldig is geweest.

2006-76

Grond: politieke gezindheid; ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid; ongegrond

Samenvatting:

Een exploitant van een internetmagazine heeft geen onderscheid gemaakt op grond van politieke gezindheid of ras jegens een auteur door de samenwerking te verbreken en door de auteur geen toegang meer te verlenen tot een internetmagazine.

Een exploitant van een internetmagazine heeft de samenwerking met een auteur beëindigd voor wat betreft het plaatsen van zijn artikelen op het (internet)magazine. Tevens heeft de exploitant reacties van de auteur op het internetmagazine gescreend en reacties die de exploitant beledigend vond verwijderd. Tenslotte heeft de exploitant het ip-nummer van de computer van de auteur geblokkeerd, waardoor hij vanaf zijn computer geen toegang meer heeft tot het internetmagazine. Vast is

komen te staan dat de auteur in strijd heeft gehandeld met het redactiestatuut van de exploitant. Duidelijk is ook dat het de exploitant te doen was om het kwetsende en beledigende karakter van auteurs uitlatingen en niet om zijn politieke gezindheid, met welke gezindheid de exploitant van meet af aan ook bekend was. Geen feiten die onderscheid op grond van politieke gezindheid kunnen doen vermoeden. De auteur heeft gesteld dat het handelen van de exploitant ook verband hield met zijn kaste. Dit mist echter een feitelijk karakter. Aan een nader onderzoek in deze wordt niet toegekomen. Het verzoek op dit punt is kennelijk ongegrond.

Opmerking:

Kwetsende en beledigende karakter van uitlatingen staan (hier) los van politieke gezindheid.

2006-82

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen blijk van onderscheid op grond van ras, vanwege Afrikaans accent, bij de arbeidsbemiddeling.

Een man van Ghanese afkomst klaagt erover dat een wervings- en selectiebureau onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door hem mee te delen dat hij door de opdrachtgeefster voor een functie was afgewezen vanwege zijn Afrikaanse accent, door dit niet schriftelijk te willen bevestigen en naar de opdrachtgeefster twijfels te uiten omtrent zijn geschiktheid zonder hem hierin te kennen. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat onderscheid op grond van ras bij de arbeidsbemiddeling is gemaakt. De Commissie oordeelt dat met betrekking tot het doorgeven van informatie over de Engelse taalvaardigheid van de man aan de opdrachtgeefster, het gelet op de feiten en omstandigheden in deze zaak niet leidt tot strijd met de wet.

2006-83

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met wet; aanbeveling

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras, vanwege Afrikaans accent, bij de afwijzing van bij sollicitatie. Geen strijd met wet bij klachtbehandeling. Aanbeveling klachtenregeling.

Een man van Ghanese afkomst klaagt erover dat een bedrijf onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door hem af te wijzen voor een functie vanwege zijn zogenaamde Afrikaanse accent. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat onderscheid op grond van ras bij de sollicitatie is gemaakt. Voorts klaagt de man dat het bedrijf zijn telefonisch verzoek om onderbouwing van de afwijzing en een schriftelijke bevestiging daarvan, als een klacht had dienen aan te merken. De Commissie oordeelt dat het bedrijf het verzoek om motivering niet als klacht had hoeven aan te merken, zodat geen strijd is met de wet. Wel doet de Commissie het bedrijf een aanbeveling om een klachtenregeling in te voeren.

2006-94

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:
Werkgever maakt onderscheid op grond van ras bij zijn beslissing Turkse werknemer niet te bevorderen tot Senior Productbeheerder. Voor het overige is er geen sprake van onderscheid.

Werkgever is de gemaakte afspraken in 2002 niet nagekomen en heeft een Turkse werknemer belemmerd de functie van Senior Productbeheerder uit te oefenen, mede door zijn sollicitatiebrief niet in behandeling te nemen. Daarnaast is werknemer van mening dat hij minder verdient dan zijn autochtone collega's, terwijl zijn werkzaamheden zwaarder zijn dan die van hen.

Werkgever heeft met betrekking tot het niet nakomen van afspraken geen onderscheid op grond van ras gemaakt. Werknemer is immers geen toezegging gedaan en werkgever heeft zich ingespannen een passende functie voor werknemer te vinden. Met betrekking tot het punt dat de werknemer niet is bevorderd tot Senior Productbeheerder, heeft de werkgever wel onderscheid op grond van ras gemaakt. De werkgever heeft niet duidelijk gemaakt waarom de sollicitatiebrief niet in behandeling is genomen, noch waarom de werknemer als enige niet in aanmerking kwam voor een van de elf openstaande functies. Bij de beloning is geen sprake van onderscheid omdat vast is komen te staan dat werknemer de junior functie uitoefent en geen eindverantwoordelijkheid heeft die een senior wel heeft.

2006-99

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Werkgever maakt jegens Turkse werknemers geen onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden, de beloning en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten.

Chauffeurs van Turkse afkomst klagen erover dat zij lager worden beloond dan hun Nederlandse collega's, die ook als chauffeur werkzaam zijn. Ook stellen de werknemers dat de werkgever de salarissen met enige regelmaat niet uitbetaalt en dat de gemaakte overuren, de overwerkuren in de weekenden en feestdagen, overnachtingtoeslagen en de cabinetoeslagen niet volledig worden uitbetaald. Daarnaast hebben de werknemers gesteld dat er onderscheid wordt gemaakt bij overige arbeidsvoorwaarden. Als laatste hebben een aantal werknemers gesteld dat zij ontslagen zijn vanwege hun afkomst. Omdat de werknemers niet erin zijn geslaagd te voldoen aan de op hen rustende bewijslast, heeft de werkgever geen onderscheid op grond van ras gemaakt.

2006-106

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

Samenvatting:
Geen discriminerende bejegening. Adequate klachtbehandeling.

Een man van Antilliaanse afkomst volgde bij een opleidingscentrum een opleiding tot heftruckchauffeur. De feitelijke opleiding werd ingekocht bij een opleidingsinstituut. Volgens de man sprak de instructeur van het opleidingsinstituut expres in een Gronings dialect dat de man niet verstond, zodat hij het examen voor de opleiding niet heeft gehaald. De man heeft hierover geklaagd bij het opleidingscentrum. Omdat de Commissie heeft geoordeeld dat het opleidingsinstituut de man niet discriminerend heeft bejegend, kan het opleidingscentrum evenmin discriminatoire bejegening worden verweten. De Commissie heeft daarnaast geoordeeld dat het opleidingsinstituut de klacht van de man adequaat heeft behandeld.

2006-107

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

Samenvatting:
Geen discriminerende bejegening. Geen onzorgvuldige klachtbehandeling.

Een man van Antilliaanse afkomst volgde bij een reïntegratietraject bij een reïntegratiebedrijf. In dit kader volgde de man een opleiding tot heftruckchauffeur bij een opleidingsinstituut. De opleiding werd voor het reïntegratiebedrijf ingekocht door een regionaal opleidingscentrum. Volgens de man sprak de instructeur van het opleidingsinstituut expres in een Gronings dialect dat verzoeker niet verstond, zodat hij het examen voor de opleiding niet heeft gehaald. Verzoeker heeft hierover geklaagd bij het reïntegratiebedrijf. De Commissie heeft geoordeeld dat het reïntegratiebedrijf geen onzorgvuldige klachtbehandeling kan worden verweten.

2006-108

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

Samenvatting:
Geen discriminerende bejegening. Zorgvuldige klachtbehandeling.

Een man van Antilliaanse afkomst volgde een reïntegratietraject bij een reïntegratiebedrijf. In het kader van dit traject heeft verzoeker een opleiding tot heftruckchauffeur gevolgd bij een opleidingsinstituut, ingekocht door een regionaal opleidingscentrum.

Volgens de man sprak de instructeur van het opleidingsinstituut expres een Gronings dialect dat de man niet kon volgen zodat hij niet is geslaagd voor de opleiding.

Vast is komen te staan dat de instructeur in staat was in goed verstaanbaar Nederlands te spreken. De man heeft geen feiten aangevoerd waaruit de conclusie kan volgen dat de instructeur expres een dialect sprak. Ook overigens heeft de man geen feiten aangevoerd die discriminerende bejegening kunnen doen vermoeden.

Het opleidingsinstituut heeft de klacht van de man over discriminerende bejegening terecht niet zelf onderzocht, omdat dit reeds was gebeurd door het regionaal opleidingscentrum en het reïntegratiebedrijf. Deze hebben de klacht zorgvuldig onderzocht.

2006-110

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

Samenvatting:
Universiteit maakt onderscheid op grond van nationaliteit door aan non-EU/EFTA-studenten een hoger collegegeld te vragen dan aan EU/EFTA-studenten.

Een universiteit onderscheidt in haar retributie- en inschrijvingsbeleid (RIB) een wettelijk collegegeld alsmede 3 categorieën instellingscollegegelden, waaronder een (hoger) tarief voor non-EU/EFTA studenten. De Universiteit maakt hiermee onderscheid naar nationaliteit. De uitzondering van artikel 2, vijfde lid, onderdeel a, van de AWGB is niet van toepassing. De betreffende artikelen uit het RIB zijn namelijk gebaseerd op een besluit van algemene strekking dat niet als algemeen verbindend voorschrift is aan te merken.

Opmerking:

Vanwege de discrepantie die bestaat tussen de vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het hoger onderwijs (CHBO) over de vaststelling van het collegegeld en de oordelenlijn van de CGB heeft de laatste een deskundigenadvies gevraagd over de vraag of de vaststelling van een collegegeld anders dan het wettelijk collegegeld is aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift.

2006-111

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

Samenvatting:
Universiteit maakt onderscheid op grond van nationaliteit door van studenten met een buitenlands bachelordiploma een grade point average te vragen van 75 procent.

Een universiteit maakt in haar Retributie- en Inschrijvingsbeleid (RIB) onderscheid tussen studenten met een Nederlands en studenten met een buitenlands bachelordiploma door van laatstgenoemde studenten te vragen dat het grade point average van hun diploma 75 procent bedraagt. De universiteit maakt hiermee onderscheid naar nationaliteit. De uitzondering van artikel 2, vijfde lid, onderdeel a, van de AWGB is niet van toepassing, omdat het betreffende artikel uit het RIB niet kan worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift.

Opmerking:

De Commissie heeft om een deskundigenadvies verzocht over de vraag of de betreffende bepaling uit het RIB is aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift.

2006- 120

Grond: ras
Terrein: aanbieden van goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras bij weigeren van toegang tot geboekte vlucht, vanwege geen feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden.

Luchtvaartonderneming heeft een man de toegang geweigerd tot een door hem geboekte vlucht, na een woordenwisseling over bagage. De man voert aan dat de weigering te maken heeft met zijn Marokkaanse afkomst. De luchtvaartonderneming betwist dat. De Commissie constateert dat partijen elkaar tegenspreken met betrekking tot de voor de beoordeling van de zaak van belang zijnde punten. Hetgeen de man naar voren heeft gebracht, kan niet als feiten worden aangemerkt die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.

2006-121

Grond: nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Woningstichting heeft onderscheid op grond van nationaliteit gemaakt jegens vrouw uit Sierra Leone door haar geen woning toe te wijzen om redenen verband houdend met haar verblijfsvergunning voor bepaalde tijd.

Een vrouw is afkomstig uit Sierra Leone en is in het bezit van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Een woningstichting heeft de vrouw, in weerwil van haar nieuwe beleid, een woning geweigerd vanwege de tijdelijkheid van de verblijfsvergunning van de vrouw. Nadat de woningstichting zich bewust is geworden dat zij ten aanzien van de vrouw ten onrechte het oude beleid had toegepast, heeft zij de vrouw alsnog een woning aangeboden. De Commissie is van oordeel dat het oude beleid niet voldeed aan de gelijkebehandelingsnormen en dat door de toepassing ervan, de woningstichting indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit. De

omstandigheid dat de woningstichting heeft ingezien dat zij de vrouw om foutieve redenen een woning had geweigerd en de vrouw alsnog een woning heeft aangeboden, doet aan het gemaakte onderscheid niet af en kan evenmin leiden tot een geslaagd beroep op de niet ontvankelijkheid van de klacht. Er zijn geen redenen ter objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid.

2006-127 TO (tussenoordeel)

Grond: ras
Terrein: sociale bescherming
Dictum: niet bevoegd; bevoegd; aanhouden behandeling

Samenvatting:

Tussenoordeel. Bevoegdheid Commissie om AOW te toetsen.

Personen, op één na allen van Surinaamse afkomst, klagen dat hun aanspraken op grond van de Algemene Ouderdomswet (AOW) worden gekort voor de jaren dat zij niet in het Europese gedeelte van het Koninkrijk der Nederlanden woonden en dat zij bij wet worden uitgesloten voor de opbouw van AOW. De Commissie concludeert dat ze bevoegd is te beoordelen of de maandelijks uitkeringen vanaf 1 april 2004 ontvangen door betreffende personen stroken met artikel 7a AWGB (sociale zekerheid). De Commissie dient zich hierbij te beperken tot de grond ras. De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of er sprake is van onderscheid op grond van nationaliteit. De Commissie houdt de zaak aan in afwachting van een deskundigenadvies betreffende de vraag in hoeverre het de Nederlandse wetgever vrijstond en/of vrijstaat zich in te laten met de sociale zekerheidspositie van ingezetenen van andere landen, in het bijzonder van landen waarmee Nederland een Koninkrijksrelatie had en/of heeft.

Opmerking:

De Commissie oordeelt voor het eerst over formele wetgeving.

2006-133

Grond: ras; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras en/of leeftijd bij afwijzing verzoeker voor een functie.

Een man is van Surinaamse afkomst en 52 jaar oud. Hij stelt dat werkgever jegens hem onder-

scheid heeft gemaakt op grond van ras en/of leeftijd bij de afwijzing voor een functie. De Commissie overweegt dat de werkgever voldoende heeft onderbouwd dat uit het curriculum vitae van de man niet blijkt dat hij over de vereiste kennis en ervaring beschikt. Ook wordt overwogen dat algemene cijfers over onder meer de werkloosheid van mensen van niet-Nederlandse afkomst in vergelijking met mensen van Nederlandse afkomst als zodanig onvoldoende zijn voor een vermoeden van onderscheid op grond van ras. Geconcludeerd wordt dat de man er niet in is geslaagd feiten aan te voeren dat in dit concrete geval ras en/of leeftijd een rol hebben gespeeld.

2006-142 en 2006-143

Grond: nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk; aanbeveling

Samenvatting:

Vrouw is niet ontvankelijk in haar verzoek of een apotheek en zorgverzekeraar onderscheid jegens haar maken door haar te vragen haar rekeningen van recepten van haar Belgische arts contant te betalen en deze vervolgens te declareren. Geen nadeel. Aanbeveling.

Een vrouw wordt in beginsel benadeeld doordat zij door haar Belgische arts voorgeschreven geneesmiddelen contant dient te betalen bij haar apotheek en deze vervolgens dient te declareren bij haar zorgverzekeraar. Rekeningen van recepten van Nederlandse artsen behoeft de vrouw niet contant te betalen. Deze worden door de apotheek rechtstreeks bij de zorgverzekeraar gedeclareerd. Het maakt niet uit dat de eigen nationaliteit van de vrouw niet in geding is. De apotheek en zorgverzekeraar hebben inmiddels een oplossing gevonden, waardoor het nadeel voor de vrouw wegvalt en zij niet ontvankelijk is in haar verzoek. Wel aanbeveling.

2006-148

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; strijd met wet; geen strijd met artikel 8a AWGB

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras bij de bejegening op de werkvloer; in strijd gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving bij de klachtbehandeling; niet gebleken van victimisatie.

Een man is van Libanese afkomst en heeft via een uitzendbureau bij werkgeefster gewerkt. De man heeft aangevoerd dat hij discriminatoir is bejegend op de werkvloer op grond van afkomst, dat de werkgeefster zijn klacht omtrent discriminatie niet zorgvuldig heeft onderzocht en dat de werkgeefster de detacheringsbijeekomst met hem heeft beëindigd omdat hij had geklaagd over discriminatie (victimisatie). De Commissie oordeelt dat de man er niet in is geslaagd feiten aan te voeren die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden bij de bejegening op de werkvloer. Werkgeefster heeft niet voldaan aan de vereisten van een zorgvuldige klachtbehandeling, nu het onderzoek niet is uitgevoerd door een onpartijdig deskundige en de resultaten van het onderzoek niet rechtstreeks aan de man zijn meegedeeld. Er is geen sprake van victimisatie omdat werkgeefster reeds had besloten de detacheringsovereenkomst te beëindigen voordat de man had geklaagd over discriminatie.

2006-149

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: strijd met wet

Samenvatting:

Onzorgvuldige klachtbehandeling door opdrachtgeefster. Uitzendbureau mede-verantwoordelijk.

Een man is van Libanese afkomst en heeft via een uitzendbureau, bij een opdrachtgeefster gewerkt. Verzoeker heeft bij het uitzendbureau geklaagd over discriminatoire bejegening op grond van zijn afkomst bij de opdrachtgeefster. De man heeft aangevoerd dat het uitzendbureau onvoldoende heeft gedaan naar aanleiding van de door hem ingediende klacht omtrent discriminatie. De Commissie oordeelt dat het uitzendbureau wist dan wel behoorde te weten dat de klachtbehandeling door de opdrachtgeefster niet op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden, maar met deze wetenschap niets heeft gedaan. Het uitzendbureau heeft zelfs nog aan deze onzorgvuldigheid bijgedragen door de man niet van de resultaten van het onderzoek op de hoogte te stellen. Het uitzendbureau heeft dan ook bij de klachtbehandeling in strijd gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving.

2006-152

Grond: nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: indirect onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Financiële instelling maakt jegens man van Marokkaanse nationaliteit indirect onderscheid op grond van zijn nationaliteit, waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat, door zijn hypotheekaanvraag af te wijzen omdat hij in het bezit is van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd.

Een man is van Marokkaanse nationaliteit en beschikt over een verblijfsvergunning bepaalde tijd regulier voor verblijf bij echtgenote. Zijn echtgenote heeft de Spaanse nationaliteit. De man en zijn echtgenote hebben gezamenlijk via een hypotheekadviseur een hypotheekaanvraag ingediend bij verweerster, een financiële instelling. De financiële instelling heeft de hypotheekaanvraag getoetst aan het acceptatiebeleid en afgewezen, omdat de man slechts over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd beschikt.

De Commissie oordeelt dat het uitsluiten van houders van een verblijfsdocument voor bepaalde duur zonder nader onderzoek naar de daaraan ten grondslag liggende verblijfstitel of andere relevante omstandigheden verboden indirect onderscheid op grond van nationaliteit oplevert.

2006-153

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid bij de bejegening. Geen onderscheid in het kader van een klacht over vermeend seksueel misbruik. Onderscheid door onvoldoende zorgvuldige klachtbehandeling naar aanleiding van bejegening. Geen onderscheid bij behandeling klacht over vermeend seksueel misbruik. Geen onderscheid bij de beëindiging van de arbeidsverhouding.

Een man van Marokkaanse afkomst werkte bij een thuiszorgorganisatie, als assistent-begeleider. De man werd door de coördinator van zijn afdeling dominant en tactloos behandeld. De thuiszorgorganisatie heeft de coördinator daarop aangesproken. De man heeft echter geen vermoeden kunnen vestigen dat hij zo behandeld werd door de coördinator vanwege zijn afkomst.

De man heeft voorts aangevoerd dat hij door de coördinator werd beschuldigd van seksueel misbruik van een cliënte. Op dit punt heeft de man evenmin een vermoeden van onderscheid op grond van zijn afkomst kunnen vestigen.

De thuiszorgorganisatie heeft de klachten van de man onderzocht en behandeld. Volgens de thuiszorgorganisatie waren er geen aanknopingspunten om te concluderen dat sprake was van discriminatie bij de bejegening door de coördinator, daarbij is de thuiszorgorganisatie slechts afgegaan op verklaringen van een paar collega's. De thuiszorgorganisatie heeft voorts de klacht onderdeel gemaakt van een onderzoek naar het functioneren van de man en de hele afdeling. Verder heeft de thuiszorgorganisatie daarbij geconcludeerd dat de beleving van de man van het gebeurde te maken had met cultuurverschillen zonder te onderbouwen hoe zij tot de conclusie kwam. De thuiszorgorganisatie heeft de klacht niet zorgvuldig behandeld en direct verwezen naar zijn afkomst en daarmee direct onderscheid gemaakt op grond van ras. De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de thuiszorgorganisatie zijn klacht naar aanleiding van de betichting van seksueel misbruik in het licht van zijn afkomst, onzorgvuldig heeft behandeld.

Tot slot heeft de man geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zijn afkomst een rol heeft gespeeld bij de beëindiging van zijn arbeidsverhouding.

2006-156

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Supermarktketen heeft jegens vrouw van Surinaamse afkomst geen onderscheid gemaakt op grond van ras bij de bejegening, de beëindiging van de arbeidsverhouding en de klachtbehandeling.

Een vrouw van Surinaamse afkomst was sinds 1989 werkzaam bij een supermarktketen. De vrouw is vanaf de periode februari 2002 regelmatig wegens ziekte uitgevallen.

Volgens de vrouw is de aanleiding van haar arbeidsverzuim onder meer discriminatie op de werkvloer geweest.

De supermarktketen heeft inmiddels het dienstverband wegens de langdurige arbeidsongeschiktheid van de vrouw opgezegd. De taak van de Commissie beperkt zich tot de beoordeling van de vraag of er sprake is van onderscheid op grond van ras en onderzoekt niet of de vrouw al dan niet terecht is ontslagen. De Commissie is van oordeel dat de vrouw er niet in is geslaagd feiten aan te

voeren die kunnen doen vermoeden dat de vrouw in verband met haar afkomst in nadelige zin is bejegend. Uit de getuigenverhoren blijkt evenmin van zodanige feiten. Dit geldt eveneens voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de klachtbehandeling. Wel beveelt de Commissie de supermarktketen dringend aan om na te gaan in hoeverre haar management is toegerust om te gaan met de diversiteit in haar personeelsbestand en zonodig het management te versterken. De Commissie adviseert de supermarktketen voorts het management indringend te informeren over de verplichting van de werkgever zorg te dragen voor een discriminatievrije werkvloer en daarbij duidelijk te maken dat het in dit verband onder meer niet past dat het management werknemers bij herhaling als “zwarte” aanspreekt, instructies vergezeld doet gaan van woorden als “om niet te discrimineren” en sollicitanten van bepaalde afkomst weert. Tevens is er sprake van onvoldoende bescherming tegen discriminatoire bejegening indien het management al dan niet oogluikend dergelijk gedrag toestaat.

2006-160

Grond: ras; handicap en/of chronische ziekte; leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

IT-dienstverlener heeft jegens een man afkomstig uit Bosnië geen onderscheid gemaakt op grond van ras, handicap en leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden.

Een man afkomstig uit Bosnië, is in 1998 in dienst getreden van een internationale IT-dienstverlener. De man stelt jaren lang te laag te zijn beloond. Medewerkers van Nederlandse afkomst die dezelfde werkzaamheden hebben uitgevoerd ontvingen volgens de IT-dienstverlener een hogere beloning. Bovendien is de man van mening dat zijn beperkte gehoor en matige Nederlands door de IT-dienstverlener als belemmering werden gezien voor zijn ontwikkeling. Tevens hebben deze redenen volgens de man een rol gespeeld bij het voornemen hem in 2003 te ontslaan. De Commissie heeft haar functiewaarderingsdeskundige een onderzoek laten uitvoeren. Tevens is er een quickscan uitgevoerd. Uit de onderzoeken blijkt niet dat de IT-dienstverlener jegens de man enig onderscheid heeft gemaakt. Daarnaast heeft de man geen feiten aangevoerd die kunnen duiden op onderscheid bij de overige arbeidsvoorwaarden en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2006- 162

Grond: nationaliteit

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten

Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een reisbureau heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van nationaliteit bij het niet-boeken van een enkele vliegreis van Venezuela naar Nederland voor een Venezolaanse vrouw.

Een Venezolaanse vrouw heeft zich gewend tot een reisbureau om een enkele vliegreis te boeken van Venezuela naar Nederland. Het reisbureau heeft dit geweigerd. Op grond van een Koninklijk Besluit en een aan de betreffende luchtvaartmaatschappij verstrekte vergunning mogen op het traject Nederland - Venezuela alleen retour- en rondreizen worden aangeboden. De Commissie concludeert op basis van het verweer, alsmede de aanbiedingen van enkele vliegreizen van en naar Venezuela op de website van het reisbureau, dat het reisbureau enkele vliegreizen (kennelijk) wel en in weerwil van het beleid van de luchtvaartmaatschappij wil boeken voor onderdanen van Schengenlanden, maar niet voor Venezolanen zoals de vrouw. Hiermee heeft het reisbureau direct onderscheid gemaakt op grond van nationaliteit.

2006- 163

Grond: nationaliteit

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten

Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Een luchtvaartmaatschappij heeft geen onderscheid gemaakt op grond van nationaliteit door Venezolaanse vrouw niet met een enkele vliegreis te vervoeren van Venezuela naar Nederland.

Een Venezolaanse vrouw wilde met een enkele vliegreis, die door de luchtvaartmaatschappij zou worden verzorgd, van Venezuela naar Nederland reizen. Het reisbureau, waar de vrouw de reis wilde boeken, heeft gezegd deze reis alleen te kunnen boeken voor onderdanen van een Schengenland. De Commissie heeft vastgesteld dat de luchtvaartmaatschappij op het traject Nederland - Venezuela - Nederland uitsluitend retour- of rondreizen mag verzorgen en dus geen enkele vliegreizen, ongeacht de nationaliteit van de passagier. Door uitsluitend retour- en rondreizen te verzorgen op het betreffende traject, maakt de luchtvaartmaatschappij direct noch indirect onder-

scheid op grond van nationaliteit. Dat het reisbureau de vrouw heeft geïnformeerd dat het boeken van een enkele reis of een retourreis afhankelijk is van de nationaliteit, doet hieraan niet af.

2006-164

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

Samenvatting:
Een reisbureau heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van nationaliteit bij het niet-boeken van een enkele vliegreis van Venezuela naar Nederland voor een Venezolaanse vrouw.

Een Venezolaanse vrouw heeft zich gewend tot een reisbureau om een enkele vliegreis te boeken van Venezuela naar Nederland. Het reisbureau heeft dit geweigerd en als reden opgegeven alleen gemachtigd te zijn een enkele reis te kunnen boeken voor onderdanen van een Schengenland. Op grond van een Koninklijk Besluit en een aan de betreffende luchtvaartmaatschappij verstrekte vergunning mogen op het traject Nederland - Venezuela alleen retour- en rondreizen worden aangeboden. Het reisbureau biedt echter ook enkele vliegreizen aan op dit traject, onder meer op zijn website, en wil deze kennelijk wel boeken voor Schengenlanders, maar niet voor Venezolanen zoals de vrouw. Er is derhalve sprake van direct onderscheid op grond van nationaliteit.

2006-169

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van ras door het stellen van een taaleis bij het openen van een rekening-courant.

Een bankinstelling weigerde een man met de Dominicaanse nationaliteit een rekening te openen omdat hij geen Nederlands of Engels spreekt. Nadat de bankinstelling op de hoogte was van het feit dat de man bij de Commissie een verzoekschrift had ingediend, heeft zij per brief alsnog de mogelijkheid geboden de rekening bij haar te openen en heeft zij excuses aangeboden. Tevens heeft zij op internet haar eisen voor het openen van een rekening bekend gemaakt. Een taaleis werd hierbij niet genoemd.

Aangezien de man in de periode van 18 augustus 2005 tot 20 april 2006 ten onterechte is uitgesloten van de mogelijkheid een rekening te openen, heeft de man belang in een oordeel en is ontvankelijk in zijn verzoek.

Het indirecte stellen van een taaleis levert indirect onderscheid op grond van ras op, dat niet objectief gerechtvaardigd is. De Commissie acht het strikt vasthouden aan het Nederlands dan wel Engels niet noodzakelijk, nu de Nederlands sprekende partner van de man bereid was als intermediair op te treden.

Ook concludeert de Commissie dat de klachtenafhandeling onvoldoende zorgvuldig en deugdelijk is geweest.

Opmerking:

Ondanks excuses en aanpassing beleid heeft de man belang en is ontvankelijk in zijn verzoek.

2006-176

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met de wet

Samenvatting:

Man van Marokkaanse afkomst heeft geen feiten aangevoerd die discriminerende bejegening kunnen doen vermoeden of ongelijke beloning vanwege zijn afkomst. Zijn werkgever heeft zijn klachten zorgvuldig behandeld en ook bij de beëindiging van zijn arbeidsverhouding geen onderscheid gemaakt op grond van ras.

Een man van Marokkaanse afkomst werkte bij een grafisch bedrijf. In het verleden heeft zich een conflict voorgedaan tussen de man en een collega, waarbij over en weer discriminerende opmerkingen zijn gemaakt. Dit conflict heeft de werkgever opgelost. De man heeft aangevoerd dat hij op de werkvloer vaker werd gediscrimineerd door collega's maar heeft dit niet concreet onderbouwd. De werkgever heeft zijn klachten over discriminatie zorgvuldig behandeld, voor zover hij daarvan op de hoogte was of kon zijn.

De man heeft daarnaast geklaagd dat hij minder verdiende dan zijn collega's, maar heeft niet kunnen onderbouwen waarom dit met zijn afkomst te maken zou hebben.

De man heeft ook niet kunnen onderbouwen waarom zijn afkomst een rol zou hebben gespeeld bij het besluit van zijn werkgever, om na een langdurig conflict over zijn beloning, waarbij afkomst geen rol heeft gespeeld, ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst te vragen.

2006-178

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid bij; strijd met de wet

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij bevordering, bejegening, beëindiging dienstverband en niet-aangaan nieuw dienstverband. Strijd met de wet door onzorgvuldige klachtbehandeling.

Een man van Turkse afkomst stelt dat hij vanwege zijn ras later is bevorderd tot korporaal dan hem was beloofd, niet met terugwerkende kracht is bevorderd, discriminatoir is bejegend door leidinggevenden en niet in aanmerking kwam voor een nieuw dienstverband bij verweerder, na eerder eervol ontslag.

Tevens stelt hij dat zijn klachten over discriminatie onvoldoende zorgvuldig zijn behandeld.

De Commissie oordeelt dat de man geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de afkomst van de man een rol heeft gespeeld bij het handelen van de werkgever. Geen onderscheid op grond van ras.

De werkgever heeft in strijd met de wet gehandeld door een van de klachten van de man onvoldoende zorgvuldig te behandelen.

2006-180

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Werkgeefster heeft de stellingen van een sollicitant weerlegd. Geen vermoeden van onderscheid.

Een man is van niet-Nederlandse afkomst. De man heeft een werkgeefster, bij wie hij studentenstage heeft gelopen, twee open sollicitatiebrieven geschreven; de eerste onder zijn eigen achternaam en de tweede onder een Nederlands klinkende achternaam. De werkgeefster heeft de man op basis van de brief onder zijn eigen naam niet uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, op basis van de andere brief wel. De man stelt dat zijn niet-Nederlandse achternaam de reden is geweest dat hij niet is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek.

De Commissie is van oordeel dat de werkgeefster deze stelling van de man afdoende heeft weerlegd door aan te tonen dat niet zijn achternaam de reden is geweest dat hij niet is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek maar de matige resultaten

van de genoten studentenstage bij werkgeefster. Er zijn derhalve geen feiten die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.

2006-188

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Aannemersbedrijf maakt direct onderscheid op grond van ras door discriminatoire bejegening op de werkvloer.

Een man van Egyptische afkomst stelt dat de aannemer voor wie hij heeft gewerkt hem heeft uitgesloten en mishandeld, vanwege zijn afkomst. De aannemer heeft de verklaringen van de man betwist. Vervolgens heeft de man ter zitting de verklaringen van de aannemer weersproken. De aannemer is niet ter zitting verschenen. Daarmee heeft hij bewust het procesrisico genomen dat zijn verklaringen zouden worden weersproken en hij daartegen niets zou kunnen inbrengen. De Commissie volgt de verklaringen van de man. Vermoeden niet weerlegd. Direct onderscheid.

Opmerking:

Uit de verklaringen van partijen kan niet met zekerheid worden opgemaakt of sprake was van een arbeidsverhouding of van onderaanneming (derhalve van het leveren van goederen en diensten). Voor de bevoegdheid van de Commissie maakt het echter niet uit, vast staat dat in elk geval sprake was van één van beide situaties als bedoeld in artikelen 5 en 7 AWGB.

2006-189

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras bij de bejegening op de werkvloer, bij de arbeidsvoorwaarden en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Een vrouw is van Surinaamse afkomst. Zij is als bejaardenverzorgende en later als receptioniste werkzaam geweest bij een stichting die een aantal zorginstellingen exploiteert. De vrouw heeft aangevoerd dat de stichting jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van ras bij de bejegening op de werkvloer, bij de arbeidsvoorwaarden en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De Commissie is van oordeel dat de vrouw geen fei-

ten heeft aangedragen die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Dit betekent echter nog niet dat de vrouw feitelijk niet zou kunnen zijn blootgesteld aan onderscheid op grond van ras.

Voorzover geen sprake is van feiten als schriftelijke stukken of getuigenverklaringen, kan bij de vaststelling van het vermoeden een belangrijke rol spelen dat een werknemer tijdens het dienstverband aan zijn werkgever kenbaar maakt dat hij zich gediscrimineerd voelt. De vrouw heeft dit evenwel nagelaten.

Opmerking:

De Commissie heeft de stichting aanbevolen om uit hoofde van haar zorgplicht voor een discriminatievrije werkvloer in deze situatie, waarbij de vrouw een van de weinige werknemers met een donkere huidskleur was, zich actief op te stellen en zich er regelmatig van te vergewissen dat er geen discriminatie plaatsvindt.

2006-200

Grond: ras; geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met de wet

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras en geslacht door de wijze waarop een vrouw is bejegend tijdens haar bezoek aan de stand van een importeur van massagefauteuils op de huishoudbeurs. Geen strijd met de wet bij de klachtbehandeling.

Een vrouw bezoekt de stand van een importeur van massagefauteuils op de huishoudbeurs. Zij stelt dat zij discriminatoir is bejegend door de demonstratrice die haar hielp. Ter zitting is evenwel gebleken dat de handelwijze van demonstratrice onder de normale handelwijze van het bedrijf, die erop is gericht serieuze en niet-serieuze klanten van elkaar te onderscheiden en vervolgens aan de eerste groep zo veel mogelijk en aan de laatste groep zo weinig mogelijk tijd te besteden. Geen relatie met ras of geslacht, geen vermoeden van onderscheid. Evenmin strijd met de wet bij de klachtbehandeling.

2006-205

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Verzoek over afwijzing voor een plaats op de voorschool tegen welzijnsorganisatie niet ontvankelijk omdat gebonden beleid betreft.

De zoon van een vrouw is afgewezen voor een plaats op de voorschool vanwege de te hoge opleiding van de vrouw en omdat zij niet van allochtone afkomst is. De afwijzing vanwege de autochtone afkomst blijkt op een misverstand te berusten, de afwijzing is gebaseerd op haar opleidingsniveau. De welzijnsorganisatie die de voorschool in stand houdt past de toelatingscriteria, de zogenaamde gewichtenregeling, toe die zijn opgelegd door de gemeente. Omdat de welzijnsorganisatie geen enkele beleidsruimte heeft om andere kinderen, dan de doelgroepkinderen, tot de voorschool toe te laten, kan de welzijnsorganisatie hiervoor niet verantwoordelijk worden gehouden.

Opmerking:

Overweging ten overvloede waarin wordt vastgesteld dat mocht er sprake zijn geweest van een onjuiste toepassing van het beleid van de gemeente, een juiste toepassing ook tot afwijzing van de zoon van de vrouw hebben geleid. Gevoegde zaak (zie ook oordeel tegen gemeente).

2006-206

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

Samenvatting:

Gemeente maakt geen verboden onderscheid door welzijnsorganisaties beleid op te leggen voor toelating van kinderen tot de voorschool.

De zoon van een vrouw is afgewezen voor een plaats op de voorschool vanwege de te hoge opleiding de vrouw en omdat zij niet van allochtone afkomst is. De afwijzing vanwege haar autochtone afkomst blijkt op een misverstand te berusten, de afwijzing is gebaseerd op haar opleidingsniveau. De welzijnsorganisatie die de voorschool in stand houdt past de toelatingscriteria, zogenaamde gewichtenregeling, toe die door de gemeente via subsidiebeschikkingen zijn opgelegd. Door het hanteren van deze toelatingscriteria wordt indirect onderscheid op grond van ras gemaakt omdat op

basis van deze criteria meer kinderen van niet-Nederlandse afkomst, dan kinderen van Nederlandse afkomst, zullen worden toegelaten tot de voorschool. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. De gehanteerde criteria vormen op dit moment de beste indicatie om het schoolsucces van kinderen te bepalen.

Opmerking:

Bevordering van sociale integratie, zoals het bestrijden van (taal)achterstand aan begin van basisschool, valt onder het begrip sociale bescherming van artikel 7a AWGB.

Gevoegde zaak (zie ook oordeel tegen de welzijnorganisatie).

2006-207

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met de wet

Samenvatting:

School maakt geen onderscheid op grond van ras bij het geven van een schooladvies aan dochter van een vrouw en bij de behandeling van haar zonen. Tevens geen onderscheid bij de sollicitatie van de moeder van de kinderen als (inval)leerkracht en geen strijd met de wet bij de klachtbehandeling.

Bassisschool geeft schooladvies aan dochter hetgeen haar ouders (verzoekers) te laag vinden. Het schooladvies wordt vervolgens aangepast, maar is niet conform de richtlijnen voor een schooladvies. Daarnaast vinden de ouders dat hun twee zonen geen goede begeleiding krijgen van de school. De ouders menen dat dit alles samenhangt met de donkere huidskleur van hun kinderen. De ouders slagen er voor de Commissie niet in om feiten aan te dragen die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.

Ook de door de ouders gestelde nadelige behandeling bij de sollicitatie van de moeder van de kinderen als (inval)leerkracht op de school is niet met feiten ondersteund. Weliswaar was het beter geweest als de school eerder met de ouders, naar aanleiding van de door hun geuite zorgen, was gaan praten, maar de school heeft bij de klachtbehandeling niet in strijd met de wet gehandeld.

2006 -212

Grond: ras; geslacht; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras, geslacht en/of leeftijd bij de beëindiging van een sollicitatieprocedure.

Een man van 32 jaar is van niet-Nederlandse afkomst. De man heeft bij een werkgever gesolliciteerd naar de functie van medewerker maatschappelijke dienstverlening. De man is uitgenodigd voor de voorlichtingsbijeenkomst en vervolgens voor de sporttest, welke test hij met goed gevolg heeft afgelegd. De werkgever heeft vervolgens de sollicitatieprocedure met de man beëindigd, omdat vanwege de vele reacties voorrang is gegeven aan herplaatsingskandidaten en interne kandidaten. De man was een externe kandidaat.

De man heeft zijn stellingen dat sprake is van onderscheid op grond van ras, geslacht of leeftijd niet onderbouwd met toetsbare feiten. Voorts zijn deze stellingen door verweerder gemotiveerd betwist. Het staat vast dat de gehanteerde prioriteitsvolgorde de reden is van de beëindiging van de sollicitatieprocedure en dat de man is uitgenodigd te solliciteren naar andere bij de werkgever openstaande vacatures, op welke uitnodiging de man is ingegaan.

Geen vermoeden.

2006-219

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras bij de aanbidding van een nieuwe betrekking met andere werkzaamheden.

Man is van Iraanse afkomst. Nadat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd heeft zijn werkgever de man een nieuwe betrekking aangeboden met andere werkzaamheden. De man heeft dit aanbod niet geaccepteerd.

De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de werkgever bij het aanbod van een nieuwe betrekking door de aard van de functie of de werkzaamheden onderscheid jegens hem heeft gemaakt op grond van zijn afkomst. Tussen partijen is in geschil of het ging om een functie als schoorsteenveger. Zo daarvan al sprake is, heeft de man onvoldoende feiten aangevoerd waaruit blijkt dat er een verband is tussen de aard van de aangeboden werkzaamheden en zijn Iraanse afkomst. Geen vermoeden.

2006-222

Grond: ras
Terrein: sociale bescherming
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Gemeente maakt geen onderscheid op grond van ras jegens woonwagewoners bij huisvestingsbeleid.

Een familie woonwagewoners, bestaande uit drie generaties, klaagt erover dat een gemeente onderscheid maakt op grond van ras door bij het huisvestingsbeleid geen rekening te houden met woonwagewoning.

De Commissie concludeert dat zij op grond van artikel 7a AWGB bevoegd is het door de gemeente gevoerde huisvestingsbeleid te toetsen. Bij indirect onderscheid van overheidsbeleid toetst de Commissie marginaal. De Commissie oordeelt dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Geen verboden onderscheid. Wel aanbeveling aan gemeente.

Opmerking:

Bij indirect onderscheid van overheidsbeleid bij artikel 7a AWGB toetst de Commissie marginaal.

2006-223

Grond: leeftijd; ras
Terrein: arbeid
Dictum: niet ontvankelijk; geen verboden onderscheid; geen strijd met de wet

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd en/of ras bij de beloning en bij andere arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. Werknemer niet ontvankelijk in zijn klacht over onderscheid bij het voornemen tot beëindiging van de arbeidsverhouding. Klachtbehandeling niet in strijd met de wet.

Een assistent bij een gemeente, geboren in Pakistan in 1955 en met de Nederlandse nationaliteit, wordt vanwege plichtsverzuim met ontslag bedreigd. Aangezien dit ontslagvoorstel is ingetrokken, is de man niet ontvankelijk in dit deel van zijn verzoek.

Hij stelt voorts dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd en/of ras bij de beloning en noemt een aantal incidenten waarbij sprake zou zijn van onderscheid. Er blijkt in dit verband echter niet van feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden. De gemeente heeft nagelaten een onderzoek in te stellen naar aanleiding van een klacht over ongelijke behandeling.

Gelet op bijzondere omstandigheden van het geval oordeelt de Commissie dat niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.

2006-229

Grond: ras
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van ras bij de wijze van klachtbehandeling

Een man is afkomstig uit Burundi. De man stelt dat een uitzendbureau in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving door geen onderzoek in te stellen naar zijn klacht omtrent discriminatie bij de opdrachtgever.

De opdrachtgever is failliet verklaard, kort nadat de opdracht met de man is beëindigd.

Voor de Commissie is niet komen vast te staan dat het uitzendbureau op de hoogte was of had kunnen van de klacht van de man op een moment waarop een onderzoek bij de opdrachtgever nog zinvol had kunnen zijn. Het uitzendbureau heeft dan ook niet in strijd gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving bij de wijze van klachtbehandeling.

2006-230

Grond: ras; geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:

Administratiekantoor maakt onderscheid op grond van ras bij de arbeidsbemiddeling door vrouw af te raden te solliciteren voor de functie van receptionist bij zijn opdrachtgeefster.

Een administratiekantoor heeft een vrouw tijdens een telefoongesprek naar aanleiding van een vacature gevraagd naar haar afkomst. Tevens heeft het kantoor tegen haar gezegd dat zijn opdrachtgeefster een Hollandse dame zocht en haar afgeraden te solliciteren naar de functie. Direct onderscheid.

Opmerking:

Tevens oordeel over vacaturetekst, waarin gevraagd werd naar een 'receptioniste'.

Zie tevens oordeel 2006-231

2006-231

Grond: ras; leeftijd
Terrein: arbeid – werving en selectie – opdrachtgeving, arbeid- vacaturetekst
Dictum: geen onderscheid, strijd met de wet

Samenvatting:

Internationale medialeverancier heeft geen onderscheid op grond van ras gemaakt bij het geven van een opdracht tot de werving en selectie van een receptioniste.

Een Internationale medialeverancier heeft een administratiekantoor opdracht gegeven tot de werving en selectie van een receptionist. Het administratiekantoor heeft een vrouw tijdens een telefoongesprek naar aanleiding van een vacature gevraagd naar haar afkomst. Tevens heeft het kantoor tegen haar gezegd dat zijn opdrachtgeefster een Hollandse dame zocht en haar afgeraden te solliciteren naar de functie. De opdrachtgeefster heeft slechts functionele taaleisen doorgegeven aan het administratiekantoor. Geen onderscheid.

Opmerking:

Tevens oordeel over vacaturetekst, waarin een leeftijdseis werd gesteld.
 Zie tevens oordeel 2006-230.

2006-254

Grond: ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid op grond van ras door eis van tandarts dat een Turkse vrouw Nederlands spreekt tegen haar zoon. Geen vermoeden van discriminatoire bejegening.

Een vrouw heeft tijdens een tandheelkundige behandeling van haar zoon in het Turks tegen hem gesproken. De tandarts heeft de eis gesteld dat zij in het Nederlands moest spreken. De vrouw meent dat deze eis en ook de bejegening door de tandarts discriminatoir is.
 De Commissie oordeelt dat door de taaleis indirect onderscheid op grond van ras wordt gemaakt, dat niet objectief gerechtvaardigd is.
 Er is geen vermoeden dat de vrouw overigens discriminatoir is bejegend door de tandarts.

2006-256

Grond: handicap of chronische ziekte; ras
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; ongegrond

Samenvatting:

Test nadelig voor blinde vrouw van Turkse afkomst. Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte en ras. Intersectie.

Blinde vrouw van Turkse afkomst klaagt er over dat haar werkgever haar heeft benadeeld bij het afnemen van een test, bij nakoming van afspraken en het doen van een werkaanbod. De Commissie stelt vast dat de vrouw is benadeeld doordat ze een mondelinge test heeft moeten doen in plaats van een test in braille. Het feit dat ze van Turkse afkomst is maakt het nadeel groter.

Opmerking:

Eerste oordeel van de Commissie waarin intersectie een rol speelt bij de beoordeling.

2006-257

Grond: geslacht; ras
Terrein: aanbieden en verlenen van toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Gemeente maakt onderscheid op grond van ras door bij bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst thematische, beperkte heronderzoeken te verrichten.

Een gemeente verricht ten aanzien van bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst thematische, beperkte heronderzoeken, in de vorm van een huisbezoek waarbij de verstrekte gegevens worden geverifieerd. Dit gebeurt niet ten aanzien van bijstandsgerechtigden die niet geboren zijn in Somalië. Dit is direct onderscheid op grond van ras en daarom verboden.
 Tot 2004 was er sprake van een jaarlijks controlegesprek met alle bijstandsgerechtigden. De gemeente had deze praktijk kunnen voortzetten, toespitst op postadressen of adressen die opvallend veelvuldig worden gebruikt.

2006-258

Grond: nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Vereniging maakt onderscheid op grond van nationaliteit door stemrecht en bestuurslidmaatschap voor te behouden aan leden met de Nederlandse nationaliteit.

Een watersportvereniging heeft in haar statuten bepaald dat leden die niet de Nederlandse nationaliteit hebben, geen stemrecht en toegang tot het bestuurslidmaatschap hebben. Tot nu toe oordeelde de Commissie bij verenigingsrechtelijke aangelegdheden als de onderhavige, dat zij niet bevoegd was hierover te oordelen. De Commissie heeft deze oordelenlijn in het onderhavige oordeel gewijzigd en oordeelt dat zij wel bevoegd is over deze kwestie te oordelen. De Commissie oordeelt dat de verenigingsvrijheid meebringt dat mensen zich mogen verenigen rond een identiteitskenmerk, waardoor bijvoorbeeld een ‘mannenkoor’ vrouwen mag weigeren. Bij het beperken van de toegang tot het lidmaatschap of aan het lidmaatschap verbonden rechten, zoals het stemrecht en het recht op kandidaatstelling voor het bestuurslidmaatschap, dient te worden gekeken hoe deze beperking zich verhoudt tot het doel van de vereniging. Indien de beperkte toegang geen verband houdt met het doel, is de verenigingsvrijheid niet in het geding en wordt deze getoetst door de Commissie. In het onderhavige geval hield de beperking voor leden van niet-Nederlandse nationaliteit geen verband met het doel van de vereniging, te weten het bevorderen van de watersport. De Commissie oordeelt dan ook dat dit directe onderscheid op grond van nationaliteit in strijd met de wet is.

Opmerking:

Voorwaarden voor (volwaardig) lidmaatschap van een vereniging die onderscheid maken naar nationaliteit kunnen door Commissie worden getoetst.

Commissie wijzigt haar oordelenlijn ten aanzien van (intern) verenigingsrecht.

2006-259

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

Samenvatting:

Een telecommunicatiebedrijf maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit door van personen die in het bezit zijn van een verblijfsdocument een additioneel legitimatiebewijs te verlangen voor het afsluiten van een mobiel telefoonabonnement.

Een telecommunicatiebedrijf verlangt voor het afsluiten van een mobiel telefoonabonnement van personen die in het bezit zijn van een verblijfsdocument een additioneel legitimatiebewijs, in de vorm van een paspoort uit het land van herkomst of een in Nederland afgegeven reisdocument. Het vereiste dat een aanvrager zich moet kunnen identificeren verwijst niet rechtstreeks naar de nationaliteit van betrokkenen en derhalve maakt het bedrijf door het voeren van dit beleid geen direct onderscheid naar nationaliteit. Het acceptatiebeleid van het bedrijf leidt ertoe dat, met betrekking tot het vaststellen van de identiteit, zwaardere eisen worden gesteld aan personen met een niet-Nederlandse/EU nationaliteit. Derhalve is sprake van indirect onderscheid op grond van nationaliteit.

De door het bedrijf vastgestelde regel met betrekking tot de identificatie van personen met een verblijfsdocument blijkt in de praktijk niet (altijd) te functioneren zoals zij heeft beoogd. Daarnaast geldt dat het door het bedrijf gehanteerde middel van een dubbele legitimatie bij aanvragers die in het bezit zijn van een verblijfsdocument, niet passend en/of noodzakelijk is om het gestelde doel, het voorkomen van “telecomfraude”, te bereiken. Het middel is niet passend omdat het bedrijf niet heeft aangetoond dat vaker fraude en/of misbruik met verblijfsdocumenten wordt gepleegd dan met andere identiteitsbewijzen. Het identificatiebeleid voldoet evenmin aan de noodzakelijkheidseis, omdat het bedrijf niet differentieert naar soort abonnement en het daarbij behorende financiële belang. Voorts zijn er meer mogelijkheden voor het vaststellen van de identiteit en/of de kredietwaardigheid van de aanvrager, waarmee het doel ook kan worden bereikt.

Geslacht

Dr. S.D. Burri & mr. E. Cremers-Hartman

1 INLEIDING

Het aantal zaken over onderscheid op grond van geslacht is in de afgelopen jaren in absolute zin licht afgenomen en in relatief opzicht zelfs aanzienlijk gedaald. Dit neemt niet weg dat de Commissie dit jaar toch 51 oordelen over deze discriminatiegrond heeft gepubliceerd.¹ Dat is bijna een vijfde van de 261 oordelen die in 2006 zijn uitgebracht. In meer dan de helft van de zaken over geslacht (58%) acht de CGB het onderscheid ongeoorloofd.²

Over bepaalde onderwerpen zijn er zoals elk jaar relatief veel oordelen, zoals direct onderscheid in verband met zwangerschap en moederschap of ongelijke beloning. Dit jaar zijn bovendien meer oordelen gepubliceerd over bijvoorbeeld seksespecifieke kledingvoorschriften, seksuele intimidatie en onderscheid op grond van transseksualiteit. Sommige oordelen hebben veel publiciteit gekregen en hebben soms verhitte debatten tot gevolg gehad, zoals de oordelen over de vraag of een (potentiële) werknemer op grond van geloofsovertuiging mag weigeren de hand te schudden van personen van het andere geslacht.

Zwangere zelfstandigen zijn bezig met procedures over de gevolgen van de afschaffing van de publieke inkomensvoorziening voor het zwangerschaps- en bevallingsverlof van zelfstandigen en tevens over de voorwaarden die particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars verbinden aan de uitbetaling van een uitkering tijdens dit verlof. Ook de uitsluiting van bepaalde verzekeringen is daarbij aan de orde. Over de afschaffing van de publieke inkomensvoorziening heeft de CGB in 2006 een advies uitgebracht en twee oordelen betreffen het handelen van de particuliere verzekeraars (zie 2.2).

Opvallend blijft het geringe aantal verzoeken om een oordeel over eigen handelen. Slechts twee verzoeken van organisaties hebben in 2006 geleid tot een oordeel.³

Verskillende ontwikkelingen op het terrein van de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen zijn het vermelden waard. In de eerste plaats zijn enkele wettelijke bepalingen gewijzigd om te voldoen aan de implementatieverplichtingen die voortvloeien uit Richtlijn nr. 2002/73/EG,⁴ de zogenaamde herzieningsrichtlijn.⁵

1 Het zoekstelsel op de website van de CGB levert 59 oordelen op, een verschil dat te maken heeft met de wijze van registreren van de oordelen. Het aantal gevallen is overigens beperkter, omdat er soms meer oordelen zijn gepubliceerd over dezelfde zaak, maar met bijvoorbeeld verschillende verweerders.

2 Het aantal oordelen over onderscheid naar geslacht, in verhouding tot het totale aantal oordelen was afgelopen jaren als volgt: 2005: 55/245; 2004: 66/179; 2003: 79/166; 2002: 100/204; 2001: 63/150; 2000: 41/101 en 1999: 40/112. De CGB heeft in 2006 694 verzoeken om een oordeel ontvangen, waarvan 83 over geslacht: Nieuwsbrief CGB nr. 3.

3 Oordelen 2006-61 en 2006-198.

4 *PbEG* 2002, L 269/15.

5 *Stb.* 2006, 469. De wijzigingen zijn op 18 oktober 2006 in werking getreden.

De belangrijkste wijziging is dat het verbod van intimidatie⁶ en het verbod van seksuele intimidatie⁷ nu in de WGB en het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn opgenomen (art. 7:646, zesde, zevende en achtste lid, BW en nieuw art. 1a WGB). Op het verbod van (seksuele) intimidatie zijn geen uitzonderingen mogelijk (art. 7:646 der tiende lid, BW en nieuw art. 1a, vijfde lid WGB). De werkgever mag bovendien een werknemer niet benadelen omdat deze persoon (seksueel) intimiderend gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat (art. 7:646, negende lid, BW en nieuw art. 1a, vierde lid WGB). De bewijslastverdeling die geldt voor het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen (art. 7:646, twaalfde lid, BW en art. 6a WGB) geldt ook in gevallen van (seksuele) intimidatie.

De verplichting voor de werkgever om beleid te voeren gericht op het bestrijden van seksuele intimidatie, berust ook op artikel 3, tweede lid jo. artikel 1, derde lid, onderdeel e, Arbowet. De Arbowet is met ingang van 1 januari 2007 herzien en sinds deze datum wordt seksuele intimidatie aangemerkt als een van de factoren die in de arbeidssituatie stress teweeg brengt en daarmee als psychosociale arbeidsbelasting.⁸ De werkgever heeft de plicht beleid te voeren dat zich richt op voorkoming dan wel beperking van psychosociale arbeidsbelasting. De Arbowet 1998 gaf nog een definitie van seksuele intimidatie. Dat is thans niet meer het geval. In de MvT bij de Arbowet is seksuele intimidatie evenwel op dezelfde manier gedefinieerd als in de WGB.⁹ Artikel 3, tweede lid, Arbowet is een doelbepaling die in het Arbeidsomstandighedenbesluit nader wordt ingevuld. De CGB heeft bepleit om in de Arbowet expliciet te bepalen dat onder het begrip psychosociale arbeidsbelasting mede discriminatie op de werkvloer wordt verstaan. De CGB doelt daarbij niet alleen op seksuele intimidatie als vorm van discriminatie op grond van geslacht, maar ook op andere vormen van bejegening die een discriminatoire context kennen.¹⁰ De wetgever heeft dit advies van de CGB niet opgevolgd. Dat heeft ongetwijfeld te maken met de wens de regeldruk voor werkgevers te verminderen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt voorts de opvatting van het kabinet dat het al dan niet voeren van een preventief beleid ten aanzien van discriminatie op de werkvloer onder het bereik van de AWGB valt. Dit zou kunnen worden gezien in samenhang met de algemene zorgplicht die art. 3 Arbowet aan de werkgever oplegt ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers.¹¹

Ook vanuit het Europese recht is er nieuws te melden. Zo heeft het arrest *Cadman* van het Hof van Justitie EG veel stof doen opwaaien.¹² In deze zaak beantwoordt het Hof de vraag of een op anciënniteit gebaseerd verschil in beloning tussen mannen en vrouwen gerechtvaardigd moet worden negatief. Een objectieve rechtvaardiging moet wel worden aangedragen indien de werknemer gegevens verschaft die ernstige twijfel doen ontstaan over de geschiktheid van het criterium anciënniteit

6 Onder intimidatie wordt verstaan gedrag dat met het geslacht van een persoon verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beleedigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

7 Bij seksuele intimidatie gaat het om enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beleedigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.

8 *Sib.* 2006, 673 jo. 675.

9 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 552, nr. 3, p. 25.

10 CGB-advies 2006/010 van 1 september 2006 inzake Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998.

11 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 552, nr. 11, p. 3.

12 HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05, *JAR* 2006, 267.

om de beroepservaring te belonen die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten (zie ook 5.1).

Er staan nog verschillende aanpassingen van het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht op stapel ten gevolge van Europese wetgeving. De richtlijn over gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (2004/113/EG) moet op 21 december 2007 zijn geïmplementeerd. Naar verwachting zullen slechts beperkte wijzigingen van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) nodig zijn, omdat deze wet al het aanbieden van goederen en diensten bestrijkt. De richtlijn zal vooral van betekenis zijn voor de toelaatbaarheid van het hanteren van seksespecifieke actuariële factoren. Het nader rapport na aanleiding van het advies van de Raad van State is in voorbereiding, een wetsvoorstel is thans nog niet ingediend.¹³

Richtlijn nr. 2006/54/EG, de zogenaamde *recast* of herschikkingrichtlijn, moet per 15 augustus 2008 zijn geïmplementeerd.¹⁴ Deze richtlijn vervangt enkele richtlijnen over gelijke beloning, gelijke behandeling bij de arbeid en de bewijslast.¹⁵ In de herschikkingrichtlijn zijn bestaande bepalingen bij elkaar gevoegd en in overeenstemming gebracht met de jurisprudentie van het HvJ EG. De teksten zijn bovendien gestroomlijnd en gemoderniseerd. De implementatie van deze richtlijn zal een nauwkeurige vergelijking vergen van alle relevante bepalingen van de richtlijn en het Nederlandse recht.

Ten slotte is nog het vermelden waard dat het tweede evaluatieonderzoek van de AWGB is gepubliceerd (zie ook het voorwoord en de themabijdrage van Havinga in deze bundel).¹⁶ Dit onderzoek is verricht in het kader van de in de AWGB voorgeschreven wetsevaluatie. Het kabinet streeft ernaar zijn reactie naar aanleiding van het evaluatieonderzoek van de CGB in het voorjaar 2007 uit te brengen.¹⁷ Daarbij zal ook het recentelijk uitgebrachte advies van de Raad voor het openbaar bestuur *Verskil moet er zijn. Bestuur tussen discriminatie en differentiatie* worden meegenomen. Afgewacht moet worden of deze tweede evaluatie van de AWGB tot wetswijzigingen zal leiden voor de grond geslacht. Het is wel de bedoeling om de WGB, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd door middel van de zogenaamde Integratiewet in de AWGB in te voegen.

13 Stand van zaken februari 2007, *Kamerstukken II* 2006/07, 21109, nr. 167, p. 4.

14 Richtlijn nr. 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 2004/23.

15 De richtlijnen nr. 75/117/EEG, nr. 76/207/EEG, nr. 86/378/EEG en nr. 97/80/EG zullen een jaar na het aflopen van de implementatietermijn, op 15 augustus 2009, worden ingetrokken. Dit laat overigens de verplichtingen van de lidstaten ten aanzien van de implementatie van deze richtlijnen onverlet.

16 M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

17 *Kamerstukken II* 2006/07, 28 481, nr. 4.

2 ZWANGERSCHAP

2.1 *Zwangerschap blokkade voor volwaardige deelname aan het arbeidsproces*

De CGB heeft in 2006 veertien oordelen gewezen waarin zwangerschap een rol speelt. Zwangerschap is en blijft voor vrouwen een blokkade om volwaardig deel te kunnen nemen aan het arbeidsproces. In deze paragraaf wordt een impressie gegeven van het soort klachten dat aan de Commissie is voorgelegd en wordt een aantal oordelen kort toegelicht. In de volgende paragrafen komen enkele oordelen uitgebreider aan de orde.

In 2006 speelde het volgende:

- zes klachten hadden betrekking op problemen bij het aangaan van een arbeidsverhouding (oordelen 2006-14, 2006-15, 2006-165, 2006-166, 2006-171, 2006-251);
- drie klachten betroffen de vraag of de zwangerschap invloed had op de hoogte van de beloning (oordelen 2006-64, 2006-115, 2006-182);
- in één oordeel speelde de kwestie of de weigering om urenuitbreiding toe te staan was ingegeven door de zwangerschap van werkneemster (oordeel 2006-141);
- twee oordelen betroffen de beëindiging van een arbeidsovereenkomst (oordelen 2006-9 en 2006-241);
- twee oordelen handelden over particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars en de verzekeraarbaarheid van het risico van zwangerschap (oordelen 2006-44 en 2006-232).

In tien oordelen kwam de CGB tot de conclusie dat er in strijd met het verbod van onderscheid naar geslacht is gehandeld en in drie zaken achtte de Commissie dit niet bewezen.¹⁸ Oordeel 2006-166 bevat twee conclusies: de werkgever heeft geen onderscheid gemaakt bij het besluit tot intrekking van het aanbod van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de werkgever heeft echter wel het victimatieverbod geschonden. Het intrekken van het aanbod voor een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door een directeur van een basisschool nadat hij geïnformeerd was over de zwangerschap van de leerkracht, was niet in strijd met de gelijkebehandelingsnorm. De CGB achtte het aannemelijk dat niet de zwangerschap de reden was om het aanbod in te trekken, maar de noodzaak om de voorrangrechten van de CAO Primair Onderwijs toe te passen. Op grond van de voorrangregeling uit de cao moest namelijk een andere kandidaat worden aangesteld. De directeur had daarmee aanvankelijk ten onrechte geen rekening gehouden. De Commissie oordeelde vervolgens dat diezelfde directeur wel in strijd met het victimatieverbod had gehandeld. Klaagster had hem ervan op de hoogte gesteld dat ze bezig was met het indienen van een klacht bij de CGB. Daarna wilde de directeur geen moeite meer doen om klagster voor een andere functie in aanmerking te laten komen en ook weigerde hij klagster ziek te melden.

De verminderde inzetbaarheid wegens zwangerschap- en bevallingsverlof is aan de orde in de oordelen 2006-14 en 2006-15. Uit de beschreven feiten blijkt dat de inlener een voorgenomen sollicitatiegesprek heeft afgezegd omdat de vrouw wegens de zwangerschap voorzienbaar afwezig zou zijn gedurende een deel van de periode waarin de functie moest worden vervuld. Op grond van jurisprudentie van het HvJ EG en eerdere oordelen concludeert de CGB terecht dat er sprake is van direct onderscheid en dat hierop geen uitzondering bestaat vanwege het tijdelijke karak-

ter van een functie. De inlener heeft verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt door het voorgenomen sollicitatiegesprek af te zeggen en het uitzendbureau heeft dit onderscheid gemaakt door de inlener te informeren over de zwangerschap van verzoekster en door in te stemmen met de afzegging om die reden van het sollicitatiegesprek.

De afwijzing van een vrouw voor een functie omdat zij volgens de werkgever vanwege haar zwangerschap niet de gewenste continuïteit zou kunnen bieden, is aan de orde in oordeel 2006-165. De CGB overweegt dat er ook sprake is van verboden onderscheid als de zwangerschap *mede* een rol heeft gespeeld en verwijst daarbij naar de vaste oordelenlijn. Dit oordeel is tevens interessant omdat de werkgever aanvankelijk een man had gezocht voor de functie vanwege de seksespecifieke hulpverlening. De CGB sluit inderdaad niet uit dat hiervan sprake is en dat de werkgever daarom een beroep op het WGB-Besluit zou kunnen toekomen vanwege de geslachtsbepaaldheid van de functie. De Commissie kan dit niet beoordelen omdat de werkgever de noodzaak van seksespecifieke hulpverlening niet nader heeft onderbouwd.

Oordeel 2006-141 betreft een jeugdzorgorganisatie die direct onderscheid op grond van zwangerschap en daarmee van geslacht heeft gemaakt. Het verzoek van werknemster om urenuitbreiding is afgewezen omdat zij vanwege haar zwangerschap verminderd inzetbaar zou zijn. De CGB gaat na of in dit geval het gesloten systeem van de wet kan worden doorbroken en onderzoekt daartoe of er sprake is van bijzondere omstandigheden die een rechtvaardiging vormen om het verbod van onderscheid buiten toepassing te laten, omdat er anders sprake zou zijn van onaanvaardbare gevolgen. In overweging 3.9 van het oordeel schetst de CGB het hiervoor relevante toetsingskader en verwijst daarbij naar jurisprudentie van het Hof en eigen eerdere oordelen. De Commissie doet dit onderzoek omdat de jeugdzorginstelling heeft aangevoerd dat de extra uren die aan medewerkers konden worden toegekend, benut moesten worden voor het specifieke doel wachtlijsten weg te werken. Als de instelling dit doel niet zou halen, moest het geld dat benodigd was voor de financiering van deze uren aan de provinciale overheid worden terugbetaald. Ook de inzet van vaste hulpverleners in een gezin speelde een rol. Op grond van de door verzoekster aangedragen feiten over de te verrichten werkzaamheden ziet de CGB geen aanleiding het verbod van onderscheid buiten toepassing te laten. De Commissie geeft ook heel duidelijk aan dat het doorbreken van het gesloten systeem alleen in een heel beperkt aantal gevallen mogelijk kan zijn.¹⁹

2.2 *Betaald zwangerschapsverlof voor zelfstandigen?*

Het ontbreken van een publieke inkomensvoorziening voor het zwangerschaps- en bevallingsverlof van zelfstandigen (ondernemers, zelfstandigen zonder personeel, freelancers en meewerkende partners) blijft de gemoederen bezig houden. Met de Wet einde toegang verzekering WAZ is de publieke regeling op 1 augustus 2004 afgeschaft.²⁰ Er loopt nog een proefproces tegen de Staat der Nederlanden op initiatief van de FNV en het Proefprocessenfonds Clara Wichmann om de afschaffing ongedaan te maken en om een schadeloosstelling voor een aantal individueel rechthebbers te bewerkstelligen. In juni 2007 zal in deze procedure pleidooi worden gevoerd bij de Rechtbank 's Gravenhage.

¹⁹ Zie over deze problematiek ook de annotatie van Gerards bij oordeel 2006-20 in deze bundel.
²⁰ *Kamerstukken* 29 497, *Stb.* 2004, 324; vgl. hieromtrent A. Eleveld, 'Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten in Europees perspectief', *SMA* 2006, p. 258-267.

De CGB heeft in 2006 een uitgebreid advies uitgebracht met de conclusie dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zorg dient te dragen voor een adequate verzekering hetzij door een publiekrechtelijke regeling hetzij via een privaatrechtelijke regeling.²¹ In 2006 zijn vanuit de Tweede Kamer meerdere initiatieven ontplooid om de herinvoering van een publieke regeling van de grond te krijgen.²² Het is afwachten wat de definitieve reactie van het nieuwe kabinet zal zijn.²³ In het regeerakkoord staat dat de mogelijkheid van een uitkeringsregeling zal worden bezien. Voor de herinvoering van een publieke inkomensvoorziening bestaat in ieder geval een breed maatschappelijke draagvlak.²⁴ Bovendien is uit onderzoek gebleken dat het afsluiten van een particuliere arbeidsongeschiktheidverzekering voor zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) op financiële bezwaren kan stuiten.²⁵ Ook is het van belang dat the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) uitspraak heeft gedaan in de eerste klachtprocedure tegen de Staat der Nederlanden over de schending van artikel 11 VN-vrouwenverdrag. CEDAW heeft in augustus 2006 geoordeeld dat het recht op zwangerschapsverlof met behoud van loon of van een vergelijkbare sociale voorziening op grond van deze bepaling, voor alle vrouwen geldt die betaalde arbeid verrichten en dus ook voor vrouwen die als zelfstandige werkzaam zijn.²⁶

Met een eventuele herinvoering van een nieuwe publieke regeling is de kous nog niet af. Er lopen nog tal van gerechtelijke procedures tegen particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars vanwege de voorwaarden die worden gesteld aan de uitbetaling van een zwangerschaps- en bevallingsuitkering en/of vanwege de uitsluiting van een dergelijke uitkering van bepaalde verzekeringen. Een aantal van deze procedures is een vervolg op oordelen van de CGB. De Commissie krijgt al lange tijd vrijwel jaarlijks klachten over de gebrekkige verzekeraarbaarheid van het zwangerschaps- en bevallingsverlof als onderdeel van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Die klachten zijn hoofdzakelijk afkomstig van vrije beroepsbeoefenaren die zonder een verzekering niet alleen te maken hebben met verlies van inkomsten, maar ook met de doorlopende vaste kosten voor de bedrijfsvoering. Deze laatste kostenpost kan voor een vrije beroepsbeoefenaar fors oplopen. Het is vaste jurisprudentie van de CGB dat de particuliere verzekeraars door artikel 7 AWGB verboden direct onderscheid op grond van geslacht maken, door voorwaarden te verbinden aan de uitbetaling van een zwangerschaps- en bevallingsuitkering en/of door een dergelijke uitkering van bepaalde verzekeringen uit te slui-

- 21 CGB-advies 2006-06 inzake de afschaffing van de publieke regeling voor zwangerschap- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen in relatie tot Europese regelgeving; dit advies heeft de CGB per brief van 6 juni 2006 aangevuld na de uitspraak van Rb Utrecht van 5 mei 2006 waarin uitdrukkelijk is afgeweken van de oordeelrijn van de CGB.
- 22 Motie Halsema en Verhagen (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 800, nr. 25), reactie hierop van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (*Kamerstukken II* 2006/07; 29 497, nr. 19); motie Van Gent en Verburg, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XV, nr. 48 aangenomen op 31 oktober 2006. Voor het verderstreckende amendement Bussemaker bestond echter geen meerderheid (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XV, nr. 22). Met dit laatste amendement op de begroting SZW voor 2006-2007 was beoogd een nieuwe regeling te financieren.
- 23 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 23.
- 24 Zie bijvoorbeeld de open brief en notitie van 31 januari 2007 aan de leden van de Tweede Kamer die door tal van belangenorganisaties is ondertekend, www.vrouwenrecht.nl.
- 25 P. Brouwer, W. Zwinkels, *Verzekerd van een vangnet na de WAZ? Gevolgen van afschaffing van de WAZ voor het verzekeren van arbeidsongeschiktheidsrisico's door ZZP'ers*, TNO-rapport januari 2006.
- 26 CEDAW 14 augustus 2006, Communication No. 3/2004 Nguyen/Staat der Nederlanden, besproken door E. Cremers-Hartman in *Sociaal Recht* 2006, p. 372-374.

ten.²⁷ In de rechtspraak is deze oordelenlijn tot twee keer toe geheel of gedeeltelijk gevolgd.²⁸ Het betrof in beide gevallen een uitspraak in kort geding. In hoger beroep heeft het Hof Amsterdam een van deze beschikkingen inmiddels vernietigd.²⁹ Het betreft de beschikking van 15 november 2005. De rechter volgde in deze beschikking de oordelenlijn van de CGB niet volledig. Het verbinden van voorwaarden aan de uitbetaling van een zwangerschaps- en bevallingsuitkering is door de rechter wel aangemerkt als direct onderscheid. De uitsluiting van de vastekostenverzekering merkte de rechter echter aan als indirect onderscheid op grond van geslacht. Omdat deze uitsluiting plaats vindt door het begrip arbeidsongeschiktheid zo te definiëren dat de arbeidsongeschiktheid tijdens het zwangerschap- en bevallingsverlof niet daaronder valt, waardoor deze ongeschiktheid buiten de verzekering valt. De CGB merkt dit wel aan als direct onderscheid op grond van geslacht. Het Hof Amsterdam merkt alle onderscheid aan als indirect onderscheid en gaat inhoudelijk helemaal niet in op de oordelen van de CGB. Het Hof gaat er voorshands vanuit dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Het Hof gaat zonder meer mee in de redenering dat toewijzing van de vordering grote financiële consequenties heeft en tot een substantiële premieverhoging zal leiden. Daar zou de objectieve rechtvaardiging in schuilen. Het verdere onderzoek naar de financiële gevolgen zou echter de grenzen van een spoedvoorziening te buiten gaan. Er zijn ook nog rechterlijke uitspraken geweest in bodemprocedures waarin de Rechtbank Utrecht oordeelde dat de verzekeraars bij de uitvoering van de verzekering een geoorloofd onderscheid naar geslacht maken.³⁰ De eerste vraag die de rechter beantwoordt, is de vraag of de verzekeraars een plicht hebben op de arbeidsongeschiktheidspolissen een zwangerschapsuitkering te verstrekken. De rechter toetst in het antwoord niet expliciet aan artikel 7 AWGB, maar volstaat met de overweging dat het recht op uitkering op grond van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis en het recht op uitkering wegens zwangerschap en bevalling van elkaar te onderscheiden uitkeringen zijn. Aan deze rechten worden verschillende voorwaarden gesteld en ze bieden dekking tegen risico's van geheel verschillende aard. Onbesproken blijft de vraag waarom arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschapsverlof anders mag worden behandeld dan andere vormen van arbeidsongeschiktheid, terwijl een arbeidsongeschiktheidsverzekering als ratio heeft een voorziening te bieden voor het niet kunnen werken vanwege psychische en/of fysieke oorzaken. Om aan de motiveringsplicht te voldoen had de rechter deze vraag wel moeten beantwoorden. Met de vraag of de verzekeraars de voorwaarde mogen stellen van twee jaar verzekerd zijn alvorens tot een zwangerschapsuitkering over te gaan, heeft de rechter ook weinig moeite. De zwangerschapsuitkering is een extra aanspraak die alleen aan vrouwen wordt toegekend en voorzover er onderscheid wordt gemaakt tussen personen is dit een onderscheid tussen vrouwen onderling, zo overweegt de rechter. Een uitleg over hoe dit standpunt zich verhoudt tot de jurisprudentie van het HvJ EG ontbreekt.³¹ De Rechtbank Utrecht krijgt wat deze kwesties betreft nog een herkansing. Er loopt namelijk nog een andere bodemprocedure waarin nog geen vonnis is geweest. Wentholt behandelt deze rechterlijke uitspraken ook in haar bijdrage elders in deze bundel.

27 Zie voor een overzicht E. Cremers-Hartman, annotatie bij oordeel 2004-44, in: S.D. Burri (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 222-226.

28 Rb. Utrecht 27 mei 2004, *LJN* AP0146 en Rb. Utrecht 15 november 2005, *LJN* AU6168.

29 Hof Amsterdam 19 oktober 2006, *LJN* AZ6602.

30 Rb. Utrecht 3 mei 2006, *LJN* AW7505, Rb. Utrecht 10 januari 2007, *LJN* AZ6602.

31 Zie onder meer de arresten HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941 (*Dekker*) en HvJ EG 8 september 2005, zaak C-191/03, *Jur.* 2005, p. I-7631 (*McKenna*).

In 2006 heeft de CGB twee oordelen gewezen over het handelen van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars bij zwangerschap. Oordeel 2006-44 betreft een nieuwe vraag voor de CGB: is de weigering van een verzekeraar om een uitkering toe te kennen tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof in strijd met de wet als de vrouw al zwanger is bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst? De CGB concludeert dat er in dit geval geen strijd is met de gelijkebehandelingsnorm. De Commissie volgt de redenering van de verzekeraar dat op grond van artikel 7:925 BW bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst sprake moet zijn van enige mate van onzekerheid om inkomstenverlies ten gevolge van zwangerschaps- en bevallingsverlof te kunnen verzekeren. Onzes inziens kan de CGB niet anders oordelen omdat artikel 7:925 lid 1 BW uitdrukkelijk als voorwaarde stelt dat op het moment van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst geen zekerheid mag bestaan dat tot een uitkering zal worden overgegaan. Het gaat er populair gezegd om dat een brandend huis niet het onderwerp van de verzekeringsovereenkomst kan zijn.

Oordeel 2006-232 is ook uitgebreid aan de orde in de bijdrage van Wentholt elders in deze bundel. In dit oordeel bevestigt de Commissie de vaste oordelenlijn: een verzekeraar maakt direct onderscheid naar geslacht door als voorwaarde te stellen dat ingeval van bevalling alleen aanspraak op een uitkering kan worden gemaakt, indien de verzekerde ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar bij de verzekeraar is verzekerd. Kortom: het hanteren van een wachttijd van twee jaar is niet toegestaan. Dit oordeel is op zich niet verrassend. Het grote belang schuilt in de uitvoerige motivering en in het expliciete reageren op en afstand nemen van de eerder aangehaalde uitspraken van Rechtbank Utrecht van 3 mei 2006 en van Hof Amsterdam van 19 oktober 2006. Dit oordeel kan een belangrijke rol gaan spelen in de rechtspraak, bijvoorbeeld als de Hoge Raad gaat oordelen over het cassatieberoep dat is ingesteld tegen de uitspraak van Hof Amsterdam.

2.3 *Invloed zwangerschap op beloning*

In twee oordelen is de conclusie dat de werkgever verboden onderscheid heeft gemaakt bij de beloning. Oordeel 2006-115 betreft een werkneemster die in 2005 meer dan 50 % afwezig is geweest wegens het opnemen van zwangerschapverlof en wegens ziekte. De beoordeling en de daaruit voortvloeiende loonsverhoging zijn daarom een half jaar uitgesteld. In oordeel 2006-182 wordt de klacht behandeld van twee medewerksters van een ICT-bedrijf die geen maandelijkse bonus krijgen in verband met het zwangerschapsverlof. Ook de daarmee samenhangende eindejaarsuitkering ontvangen ze niet. Voorwaarde voor toekenning van deze uitkeringen is onder andere dat de medewerker gedurende een jaar een productiviteitsdrempel moet halen. Uren die verantwoord zijn in het kader van zwangerschap, tellen niet mee als productieve uren. Het eindoordeel van de Commissie is dat de werkgever onderscheid op grond van geslacht maakt door geen rekening te houden met zwangerschap als eigensoortige seksegebonden omstandigheid. Beide oordelen bevestigen de vaste oordelenlijn van de CGB.

In oordeel 2006-64 concludeert de CGB dat de werkgever geen verboden onderscheid heeft gemaakt. Volgens klaagster werd haar een bonus niet toegekend vanwege zwangerschap en chronische ziekte. De CGB verschuift de bewijslast niet naar de werkgever omdat deze de stellingen van verzoekster gemotiveerd betwist door aan te tonen dat de beoordeling van het functioneren van verzoekster heeft plaatsgevonden voordat zij zwanger was. Dit is overeenkomstig de vaste oordelenlijn. De

Commissie sluit dit oordeel af met de aanbeveling aan de werkgever om de criteria die gelden voor het al dan niet toekennen van een bonus op schrift te stellen en deze aan alle medewerkers bekend te maken.

2.4 *Verplichting tot treffen van maatregelen voor de toekomst*

Oordeel 2006-241 is met name interessant vanwege de verplichtingen die de Commissie oplegt om de gebleken structurele discriminatie in de toekomst te voorkomen. In het oordeel spelen de volgende feiten. Verzoekster neemt deel aan een project gesubsidieerde arbeid dat tot doel heeft een duurzame uitstroom naar reguliere arbeid te bevorderen. Het betreft een project in het kader van de Wet Werk en Bijstand. Het reïntegratiebedrijf dat dit project uitvoert, neemt cliënten van de gemeentelijke sociale dienst in dienst en treedt daarmee op als werkgever. De werknemers worden gedetacheerd naar een werkervaringsplaats bij een externe inlener. Het reïntegratiebedrijf besluit de arbeidsovereenkomst met verzoekster niet te verlengen, nadat bekend is geworden dat verzoekster zwanger is. Het besluit wordt genomen in overleg met de gemeentelijke overheid die opdrachtgever is voor de uitvoering van het reïntegratietraject. Bij de besluitvorming over het niet-verlengen van de arbeidsovereenkomst hebben financiële argumenten gespeeld en tevens de vrees dat vanwege de zwangerschap het reïntegratietraject niet zou leiden tot duurzame uitstroom naar reguliere arbeid. De CGB stelt vast dat het reïntegratiebedrijf onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt jegens verzoekster. De Commissie sluit het oordeel af met een aanbeveling waarin het reïntegratiebedrijf wordt verplicht maatregelen voor de toekomst te treffen omdat gebleken is dat er geen sprake is van een incident maar van een algemeen beleid om de trajecten af te breken als er geen spoedige doorstroom naar regulier werk mogelijk is. Dit gebeurt ongeacht de oorzaak en dus ook in geval van zwangerschap.

De aanbeveling van de Commissie is een mooi voorbeeld van een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. De CGB formuleert algemene verplichtingen, omdat er sprake is van structurele discriminatie en deze discriminatie in de toekomst moet worden voorkomen. De CGB giet de verplichting in de vorm van een aanbeveling die onzes inziens terecht vrij dwingend is geformuleerd. De aanbeveling is gericht tot het reïntegratiebedrijf en dit bedrijf *dient* tevens afspraken te maken met de gemeente als opdrachtgever en met externe inleners. Voorstanders van een strikt formele en geïndividualiseerde benadering van het discriminatieverbod zullen ongetwijfeld minder enthousiast zijn over de keuze die de Commissie in dit oordeel heeft gemaakt.

3 **MOEDERSCHAP**

Het vereiste van flexibiliteit komt uitgebreid aan de orde tijdens een sollicitatiegesprek en in dat kader is uitvoerig gevraagd naar de zorg van de sollicitante voor haar kind. De vragen over de beschikbaarheid in de toekomst zijn alleen gerelateerd aan haar moederschap. Verzoekster is van mening dat zij als werkende moeder is gediscrimineerd en om die reden niet is geselecteerd. De CGB wordt gevraagd om te oordelen over de kwestie of zowel de werkgever als het wervings- en selectiebureau die het sollicitatiegesprek gezamenlijk zijn aangegaan, zich schuldig hebben gemaakt aan discriminatie op grond van geslacht. In de oordelen 2006-07 en 2006-08 concludeert de CGB dat zowel de potentiële werkgever als het wervings- en

selectiebureau tijdens het gesprek en bij de selectie onderscheid naar geslacht hebben gemaakt. De reden om vragen te stellen over de zorg voor het kind in relatie tot het functioneren in de beoogde baan zijn ingegeven door stereotype opvattingen over moeders. De CGB overweegt bovendien dat de potentiële werkgever als opdrachtgever een eigen verantwoordelijkheid heeft. Hij dient te waarborgen dat het wervings- en selectiebureau bij de uitvoering van de opdracht tot werving en selectie niet in strijd handelt met de gelijke behandelingswetgeving (r.o. 3.8 in oordeel 2006-07).

Oordeel 2006-57 betreft een alleenstaande moeder werkzaam als casemanager in een asielzoekerscentrum die niet in aanmerking komt voor een standplaatswijziging. Zij is van mening dat ze niet geselecteerd is omdat haar beschikbaarheid als onvoldoende is geschat, omdat zij een alleenstaande moeder is. Haar leidinggevende zou haar later hebben meegedeeld dat haar ziekteverzuim in het verleden de reden is voor deze inschatting. Volgens de CGB heeft de werkgever het vermoeden van onderscheid op grond van geslacht niet kunnen weerleggen. De Commissie oordeelt dat het ziekteverzuim van verzoekster uit het verleden geen reden is om te twijfelen aan haar beschikbaarheid in de toekomst. Omdat het ziekteverzuim en het moederschap niet los van elkaar kunnen worden gezien, is de Commissie van oordeel dat het moederschap tenminste mede een rol heeft gespeeld bij de genomen beslissing. De werkgever heeft daarmee in strijd met de wet gehandeld.

4 WETTELIJKE UITZONDERINGEN

In enkele oordelen is de vraag aan de orde of direct onderscheid op grond van geslacht gerechtvaardigd kan worden in het licht van de drie wettelijke uitzonderingen die voor deze vorm van onderscheid zijn toegelaten: geslachtsbepaaldheid, bescherming van vrouwen (met name in verband met zwangerschap en moederschap) en voorkeursbeleid.³² In deze oordelen concludeert de Commissie dat het onderscheid in strijd met de wet is, waarbij ze nauw aansluit bij eerdere oordelen. Oordeel 2006-61 betreft een uitgebreid oordeel over eigen handelen van een instelling voor maatschappelijke dienstverlening in Amsterdam.³³ De doelgroep bestaat grotendeels uit minder draagkrachtige mensen met een zeer uiteenlopende achtergrond. Ter toetsing ligt een concept beleidsplan op het gebied van werving en selectie, dat tot doel heeft om qua personeelssamenstelling te komen tot een goede afspiegeling van de doelgroepen van de instelling en de bevolking van Amsterdam. Het plan bevat vooral streefcijfers voor diverse doelgroepen. De instelling wil onder meer in het kader van de seksespecifieke hulpverlening binnen de sector Algemeen Maatschappelijk Werk dat elk team minimaal één mannelijke collega heeft. Volgens de CGB kan seksespecifieke hulpverlening voor de functie van maatschappelijk werker noodzakelijk zijn. Om te bepalen of de functie geslachtsbepaald is in de zin van de wet, moet worden onderzocht of de werkzaamheden zodanig kunnen worden ingericht, dat aan de voorwaarden van een goede uitoefening van de functie wordt voldaan zonder dat de functie slechts aan een man moet worden aangeboden. Niet uitgesloten is dat in dit geval een beroep kan worden gedaan op de geslachtsbepaaldheid van de functie. De wens om het personeelsbestand een goede afspiegeling te laten zijn is echter daartoe onvoldoende. De vraag of het geven van voor-

32 Oordelen 2006-61, 2006-91 en 2006-193.

33 Zie ook de bijdragen over ras en nationaliteit en over leeftijd in deze bundel.

rang aan mannelijke kandidaten is toegestaan beantwoordt de CGB negatief, nu het Nederlandse recht alleen de mogelijkheid kent om een voorkeursbeleid voor vrouwen te voeren.

Twee oordelen hebben betrekking op direct onderscheid naar geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten. Een onderneming die een disco beheert vraagt aan mannelijke bezoekers op vrijdag- en zaterdagavonden vijf euro entree, vrouwelijke bezoekers mogen gratis naar binnen. De CGB heeft weinig moeite om dit beleid in strijd met de wet te achten. De argumenten die de verweerder aanvoert, zoals het bieden van compensatie voor de financiële achterstand van vrouwen en het waarborgen van de veiligheid in de disco sneuvelen zonder pardon. De gekozen maatregelen acht de CGB ongeschikt en zijn naar hun aard niet tijdelijk. Bovendien voorziet de wet niet in een uitzondering op grond van veiligheid. Voor een onderzoek of er sprake is van een leemte in de wet omdat toepassing ervan tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden ziet de CGB terecht geen enkele aanleiding.

De uitvaartverzekeraar die alleen aan verzekerde moeders, maar niet aan vaders, de kosten van de uitvaart van een levenloos geboren kind vergoedt, handelt eveneens in strijd met artikel 7, aanhef en eerste lid, onderdeel a, AWGB. De Commissie beveelt aan om een seksneutrale polisvoorwaarde in te voeren. Verzekeraars zouden in onderling overleg afspraken kunnen maken over kostenverdeling wanneer twee ouders bij verschillende verzekeraars zijn verzekerd.

5 GELIJKE BELONING

5.1 *In het nieuws*

Er is afgelopen jaar veel gebeurd rondom het thema (on)gelijke beloning. Al jaren verdienen vrouwen gemiddeld 7% minder dan mannen voor gelijkwaardig werk zonder dat dit kan worden verklaard door verschillen in opleiding, ervaring en dergelijke. De werkgroep *Gelijke beloning, dat werkt!* heeft veel gegevens verzameld over deze problematiek.³⁴ Tijdens de slotconferentie van de werkgroep in januari 2007 zijn bovendien talrijke aanbevelingen gedaan om onder meer de structurele loonverschillen tussen mannen en vrouwen aan te pakken.

Verder heeft het arrest *Cadman* van het Hof van Justitie van de EG voor veel commotie gezorgd.³⁵ Het ging om de vraag of een werkgever de toepassing van het criterium anciënniteit dient te rechtvaardigen indien dit leidt tot beloningsverschillen tussen de in de vergelijking betrokken groepen mannen en vrouwen. Een werkgever hoeft niet voor een bepaalde functie aan te tonen, dat toepassing van het criterium anciënniteit geschikt is om het legitieme doel – de beroepservaring belonen die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten – te bereiken, aldus het Hof. Dit is anders, indien de werknemer gegevens verschafft die dienaangaande ernstige twijfel kunnen doen ontstaan.

34 Zie www.gelijkloon.nl. Over activiteiten die door het Ministerie van SZW zijn ontplooid in 2006 zie: Visitatiecommissie Emancipatie, *Emancipatie en Gender Mainstreaming bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Eindrapportage visitatie 2005-2006*, Document VCE-07-09, januari 2007, <http://www.emancipatieweb.nl/uploads/2366/VCE0709eindrapportageSZWmetbrief.pdf>.

35 HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05, *JAR* 2006, 267. Zie ook de bijdrage over leeftijdonderscheid in deze bundel.

En wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik wordt gemaakt van een systeem van werkclassificatie, dat is gebaseerd op een waardering van het te verrichten werk, hoeft een werkgever evenmin aan te tonen dat een werknemer, individueel beschouwd, gedurende de relevante periode ervaring heeft opgedaan die hem in staat heeft gesteld om zijn werkzaamheden beter te verrichten. Dit arrest sluit aan op *Danfoss*³⁶, een arrest uit 1989, dat overigens door *Nimz*³⁷ twee jaar later achterhaald leek. In *Nimz* gaf het Hof aan dat de werkgever moet aantonen dat een verschil in beloning gebaseerd op anciënniteit in relatie tot deeltijdarbeid gerechtvaardigd wordt door objectieve criteria verband houdend met de relatie tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die na een bepaald aantal arbeidsuren in deze functie is verworven. Wanneer en hoe de zienswijze die het Hof in *Nimz* heeft ontwikkeld, moet worden toegepast, is nu onduidelijk. Er zullen over dit onderwerp vast nog prejudiciële vragen worden gesteld. En in het Verenigd Koninkrijk bestaat het voornemen om veel zaken aan te spannen om de gevolgen van dit arrest voor de beloning van vrouwen in beeld te brengen.³⁸

5.2 *Paarsgewijze vergelijkingen*

Wie kennis neemt van de oordelen over onderscheid op grond van geslacht bij de beloning die in 2006 zijn uitgebracht op verzoek van een werkneemster, zal denken dat klagen loont: in alle gevallen oordeelt de Commissie dat de toepasselijke gelijkebehandelingswetgeving is geschonden.³⁹ In drie oordelen vergelijken verzoeksters zich met maatmannen en heeft een onderzoek van de functiewaarderingsdeskundige van de CGB plaatsgevonden.⁴⁰ In oordeel 2006-247 beoordeelt de CGB een bijzondere beloningsmaatregel, een aanvulling op het functiewaarderingsstelsel Functie Waardering Gezondheidszorg 3.0 (FWG), waarmee een gedifferentieerd beloningsbeleid kan worden gevoerd. Deze maatregel maakt onder meer toekenning van een tijdelijke arbeidsmarkttoeslag mogelijk, in geval van tijdelijke ernstige arbeidsmarktproblematiek voor een specifieke functiegroep. Verzoekster heeft deze tijdelijke toeslag in het verleden ontvangen. Op grond van de beloningsmaatregel is ook het toekennen van een hogere functieschaal mogelijk, onder meer in geval van structurele krapte op de arbeidsmarkt. Het geschil spitst zich toe op het feit dat de maatmannen weliswaar in dezelfde schaal als verzoekster zijn ingeschaald (FWG 55), maar een beloning ontvangen volgens een hogere functieschaal (FWG 60). De CGB oordeelt dat de functies van verzoekster en de maatmannen gelijkwaardig zijn. De salaris- en pensioenvooruitzichten van de maatmannen zijn echter beter dan die van verzoekster. Er is dus een verschil in beloning voor arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde. Een dergelijk verschil is niet in strijd met de wet als de beloning berekend is op grond van gelijkwaardige maatstaven. Volgens de CGB is hiervan in dit geval geen sprake, omdat de criteria op grond waarvan volgens een hogere beloningsschaal wordt beloond niet duidelijk zijn. In het bijzonder is onduidelijk wanneer krapte op de arbeidsmarkt aanleiding geeft tot meer loon. Volgens de verweerder geldt voor de functies van de maatmannen, maar niet die van verzoekster, een structurele krapte. Dit argument acht de CGB onvoldoende onderbouwd. De schaalgrootte en de complexiteit van de functie mogen evenmin tot een

36 HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Jur.* 1989, p. 3199.

37 HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297.

38 Zie onder meer <http://womensenews.org/article.cfm/dyn/aid/3032>.

39 Zie de oordelen 2006-97, 2006-98, 2006-158, 2006-183 en 2006-247.

40 De oordelen 2006-97, 2006-158 en 2006-247.

hogere beloning leiden. Deze elementen maken al deel uit van de functie en zijn dus in het functiewaarderingssysteem verdisconteerd. Een dubbele weging is niet geoorloofd.

In oordeel 2006-97 overweegt de CGB onder meer dat de toepassing van het criterium laatstgenoten salaris bij het bepalen van het aanvangssalaris het gevaar in zich bergt dat beloningsverschillen over een reeks van jaren blijven bestaan, ook als de markt daartoe geen aanleiding meer geeft. Indien gewenst zou met een arbeidsmarkttoeslag kunnen worden gewerkt.

Het ontbreken van een functiewaarderingssysteem staat een correcte toepassing van de eis dat gelijkwaardige beloningsmaatstaven worden gehanteerd op zich niet in de weg, zo blijkt uit oordeel 2006-247 (r.o. 3.9). Wel komt de CGB tot de conclusie dat het verschil in salarisgroei tussen verzoekster en de maatmannen niet kan worden verklaard door een verschil in functioneren. Op dit punt heeft verweerder in strijd met de wet gehandeld. De werkgever heeft ook een ongerechtvaardigd onderscheid naar arbeidsduur gemaakt, omdat de beoordeling van het functioneren van verzoekster negatief is beïnvloed doordat ze in deeltijd werkt en hiervoor geen argumenten ter rechtvaardiging zijn aangedragen. Bovendien is het verbod op victimisatie (artikel 8a AWGB) geschonden, omdat het ontwikkelplan met de daarbij behorende hogere beloning die voor verzoekster gold is opgeschort, totdat de procedure bij de CGB was afgerond.

5.3 *Indirect onderscheid*

In twee oordelen is de vraag aan de orde of er sprake is van ongelijke beloning mede als gevolg van indirect onderscheid op grond van geslacht. In oordeel 2006-98 concludeert de CGB dat het functiewaarderingssysteem (FUWA BVE) dat geldt op grond van de cao Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie (BVE) deugdelijk is. Maar de toepassing van dit systeem bij de inschaling en de beloning van verschillende groepen docenten door een Regionaal Opleidingscentrum (ROC) vormt een ongeoorloofd direct én indirect onderscheid op grond van geslacht. Een groep docenten van de unit educatie is ingeschaald in schaal 10. De docenten van de zes andere units, die allen mbo onderwijs verzorgen, zijn collectief ingeschaald in schaal 11. Volgens verzoeksters verrichten beide groepen docenten gelijkwaardige werkzaamheden. De functieomschrijving voor een indeling in schaal 11 vereist dat een docent zorg draagt voor ontwikkeling en vernieuwing in het onderwijs, terwijl de functieomschrijving in schaal 10 aangeeft dat een docent hieraan een bijdrage levert. De verzoeksters zijn werkzaam in de unit educatie, ingeschaald in schaal 10 en hebben (op één na) allemaal tevergeefs bezwaar gemaakt tegen deze inschaling. Ze vergelijken zich met enkele maatmannen die als mbo- docent zijn ingedeeld in schaal 11. De functiewaarderingdeskundige van de CGB stelt in zijn onderzoek dat zowel de functies van deze maatmannen als die van verzoeksters in schaal 10 zouden moeten zijn ingedeeld en dat de functies (nagenoeg) gelijkwaardig zijn, een conclusie die de CGB overneemt. De vraag of de beloningsmaatstaven juist zijn toegepast beantwoordt de CGB negatief, omdat niet duidelijk is waarom de maatmannen zijn ingeschaald in schaal 11. De argumenten die de verweerder naar voren brengt over verschillen in eindtermen, contractactiviteiten en onderwijsontwikkeling acht de CGB niet overtuigend. De werkgever maakt hiermee een ongeoorloofd direct onderscheid op grond van geslacht, omdat geen gelijkwaardige beloningsmaatstaven bij de inschaling en de beloning van verzoeksters en hun mannelijke collega mbo-docenten zijn toegepast. Opmerkelijk is dat gelijktrekking van de inschaling van verzoek-

sters met die van de maatmannen in overeenstemming met dit gedeelte van het oordeel waarschijnlijk tot een lagere inschaling van de maatmannen zou leiden. De verweerder past tegenwoordig al de (lagere) schaal 10 toe bij indiensttreding van mbo-docenten, zo blijkt uit het oordeel (r.o.3.12).

Verzoeksters stellen ook dat de verweerder indirect onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Er zijn significant meer mannen dan vrouwen ingeschaald in schaal 11, waarbij de CGB alle docenten van de unit educatie vergelijkt met de rest van de docenten werkzaam bij de instelling. Nu de docenten van de unit educatie en de maatmannen uit de mbo units arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten, is er geen objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. De werkgever heeft in dit geval geen andere argumenten aangedragen. Hiermee komt vast te staan dat dit ongeoorloofde onderscheid meer vrouwen treft dan alleen verzoeksters.

In oordeel 2006-183 concludeert de CGB eveneens dat de werkgever indirect onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. In dit geval kregen alleen de werknemers die voor 1 januari 2006 krachtens de Ziekenfondswet waren verzekerd een tegemoetkoming in de ziektekosten voor onbepaalde tijd. Werknemers met een relatief hoog salaris, voornamelijk mannen, kregen de tegemoetkoming, terwijl werknemers met een relatief laag salaris, allen vrouw, geen tegemoetkoming kregen. Opvallend is dat de Commissie wel vrij uitgebreid aandacht besteedt aan de vraag of er sprake is van benadeling en van indirect onderscheid naar geslacht, maar voor de objectieve rechtvaardigingstoets volstaat met een verwijzing naar eerdere overwegingen. Heeft de werkgever echt zo weinig moeite gedaan om deze praktijk te rechtvaardigen?

5.4 *Eigen handelen*

In een uitvoerig oordeel over het eigen handelen op verzoek van de VSNU, de werkgeversvereniging van universiteiten, beoordeelt de CGB het functiewaarderingssysteem Universitair Functie Ordenen (UFO) in het licht van de eisen die de WGB (in het bijzonder artikel 8) stelt (oordeel 2006-198). De CGB overweegt in overeenstemming met haar vaste oordelenlijn dat de deugdelijkheid van een functiewaarderingssysteem zowel de technische deugdelijkheid als de seksneutraliteit omvat. Het oordeel geeft een uitstekend overzicht van de criteria die de CGB hanteert en de wijze waarop ze een functiewaarderingssysteem beoordeelt. Het desbetreffende systeem voldoet niet aan alle eisen en kent een aantal knelpunten, in het bijzonder omdat niet systematisch rekening wordt gehouden met bezwarende arbeidsomstandigheden. De CGB besluit dit mooie oordeel met een aanbeveling over de wijze waarop de gesignaleerde knelpunten kunnen worden aangepakt.

6 **KLEDINGVOORSCHRIFTEN, REPRESENTATIVITEITSEISEN EN VOORGESCHREVEN OMGANGSVORMEN**

Voor sommige functies gelden kledingvoorschriften en/of representativiteitseisen waarbij direct onderscheid op grond van geslacht gemaakt wordt. De wet kent hiervoor geen uitzondering. Dergelijke eisen berusten bovendien vaak op stereotype beeldvorming over mannen en vrouwen. Enkele voorbeelden ter illustratie: een man werkzaam bij de Marechaussee mag in functie geen oorknopje dragen (oordeel 1998-65); een kraamverzorgende moet tijdens haar werk in sommige gevallen een jurk of een rok dragen (oordeel 1999-82); op een lyceum mag een docent biologie

op warme dagen tijdens zijn werk geen korte broek dragen, terwijl zijn vrouwelijke collega's dat wel mogen (oordeel 2006-87). In al deze gevallen is volgens de CGB sprake van ongeoorloofd direct onderscheid op grond van geslacht.

Maar niet elk onderscheid in voorgeschreven kleding tussen mannen en vrouwen acht de CGB in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Onderscheid dat noodzakelijk en functioneel is, en niet in de weg staat aan gelijke kansen voor mannen en vrouwen bij de (toegang tot de) arbeid, is niet verboden (oordeel 2006-78). In dit laatste oordeel slaagt de werkgever er overigens niet in aan te tonen dat de eis dat mannen een pantalon en vrouwen een rok of jurk dragen tijdens hun werk als verkoopadviseur in een boekhandel noodzakelijk en functioneel is. Volgens de CGB is niet duidelijk geworden waarom vrouwelijke boekverkopers slechts representatief zouden zijn als ze een rok of jurk dragen en waarom zij, anders dan mannen, niet representatief zijn wanneer ze een pantalon dragen. Door het stellen van deze eis maakt de werkgever een ongeoorloofd onderscheid, in dit geval bij de aanbidding van een vacante functie. Daarbij overweegt de CGB onder meer dat de wetgever met de verbodsbepaling van artikel 3, eerste lid, WGB heeft beoogd werkzoekenden, net als werknemers, te beschermen tegen naar geslacht discriminerende regels, voorschriften, instructies of behandeling van werkgevers, die werkzoekenden direct in hun belang raken.

De stagiaire die geen stageplaats kreeg in het kader van zijn opleiding tot beveiligiger, omdat hij zijn haar iets over het boord van zijn overhemd draagt, kreeg eveneens het gelijk aan zijn kant. De regel dat tijdens de stageperiode mannen het haar kort dienen te dragen (het haar mag niet over de boord van het overhemd komen) wordt zowel door een uitzendbureau dat uitsluitend beveiligingspersoneel uitzendt (oordeel 2006-73) als het opleidingsinstituut (oordeel 2006-74) gehanteerd. Voor vrouwen gelden geen of andere regels.⁴¹ Nadat de CGB constateert dat er in dit geval geen uitzondering geldt, merkt zij op dat de redenen voor de afwijzing rechtstreeks verband houden met stereotyperingen, vooroordelen en vooronderstellingen die de gelijkebehandelingswetgeving juist beoogt weg te nemen of te beperken. Opvallend is dat de CBG in oordeel 2006-73 aan artikel 5 AWGB toetst en in oordeel 2006-74 aan artikel 7:646 BW. Naar onze mening zou het de voorkeur verdienen om in beide gevallen aan hetzelfde artikel te toetsen, in dit geval artikel 5 AWGB, gezien de ruimere reikwijdte van dit artikel.

Een geheel andere situatie doet zich voor in de oordelen 2006-51, 2006-202, 2006-220 en 2006-221 over onder meer de weigering om handen te schudden met personen van het andere geslacht om godsdienstige redenen. Het stellen van de eis om handen te schudden ongeacht het geslacht van de persoon vormt volgens de CGB in deze gevallen een ongeoorloofd indirect onderscheid op grond van godsdienst (zie ook de bijdrage over godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid en de annotatie van Vermeulen bij oordeel 2006-220 in deze bundel). Deze oordelen hebben voor veel commotie gezorgd.⁴²

In oordeel 2006-51 heeft de verweerder - een school voor beroepsonderwijs - onder meer aangevoerd dat de weigering van een vrouw om mannen een hand te geven in strijd is met het uitgangspunt van gelijkwaardigheid van mannen en vrou-

41 In oordeel 2006-72 is dezelfde situatie aan de orde, maar de verweerder is een instituut voor beveiligingsopleidingen dat geen stageplaatsen aanbiedt. Er is in dit geval geen strijd met de wet.

42 Zie voor reacties n.a.v. dit oordeel en de uitlatingen van minister Verdonk in dit verband onder meer: <http://www.gelijkebehandeling.nl/gb/actueel/Nieuwsbrief/001-100/061-070/065/> en A.G. Castermans, 'Integratie en Integriteit', *NJB* 2006/41, 17 november 2006.

wen (r.o. 4.22 en verder).⁴³ Met de eis in voorkomende gevallen mannen de hand te schudden wil verweerder voorkomen dat anderen, zoals medestudenten of docenten, zich gediscrimineerd of beledigd voelen. De CGB stelt in dit oordeel dat de school zich terecht verantwoordelijk voelt voor het voorkomen van discriminatie en de plicht heeft om te zorgen voor een discriminatievrije werk- en leeromgeving. Het middel dat verweerder inzet om aan deze zorgplicht te voldoen, te weten de eis dat studenten bereid zijn om anderen bij gelegenheid een hand te geven, is ook geschikt voor dit doel. Wanneer mannen zowel als vrouwen een hand krijgen, kan niemand zich daarbij gepasseerd voelen op grond van zijn of haar geslacht.

Het middel is echter volgens de CGB niet noodzakelijk, omdat kan worden volstaan met de eis dat studenten en medewerkers geen onderscheid op grond van geslacht maken door iedereen een respectvolle wijze te begroeten. Verweerder is er niet in geslaagd aan te tonen dat het schudden van handen als zodanig een essentieel onderdeel van de opleiding vormt. Daarom kan de wens van studenten om dergelijk fysiek contact te vermijden geen reden zijn om hun de toegang tot een opleiding te weigeren. Dat kan anders liggen wanneer enigerlei vorm van fysiek contact onvermijdelijk zou zijn bij essentiële onderdelen van de opleiding.

In oordeel 2006-202 acht de CGB de stelling van verzoeker dat de gemeente onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt wegens zijn orthodox islamitische kledingstijl onvoldoende onderbouwd. De verzoeker had gesteld dat de gemeente moslim vrouwen in dienst heeft, maar hem vanwege zijn islamitische klederstijl afwijst. De CGB oordeelt dat niet is gebleken dat de gemeente bij het hanteren van kledingseisen onderscheid maakt naar geslacht.

7 SEKSUELE INTIMIDATIE

Vier oordelen hebben betrekking op een klacht over seksuele intimidatie. Zoals in eerdere Oordelenbundels door ons is geconstateerd, is een onderzoek naar een dergelijke klacht in goede handen bij de CGB. De Commissie onderzoekt eerst of er sprake is van seksuele intimidatie en vervolgens of de werkgever voldoende heeft gedaan om een discriminatievrije omgeving te garanderen. Bij dit laatste punt spelen twee vragen: voert de werkgever een preventief beleid om seksuele intimidatie te voorkomen? Is er sprake van een deugdelijke klachtenbehandeling?

In oordeel 2006-36 staat de seksuele intimidatie onomstotelijk vast en is vooral de kwestie van belang of de werkgever de klacht voldoende zorgvuldig heeft behandeld terwijl een klachtenregeling ontbrak. De Arbeidsinspectie had een rapport uitgebracht waarin strijd met de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) werd geconstateerd omdat er onvoldoende beleid was ontwikkeld om werknemers te beschermen tegen seksuele intimidatie. Volgens de CGB handelde de werkgever in strijd met de gelijkebehandelingsnorm omdat het preventieve beleid onvoldoende was en omdat onvoldoende nazorg was geboden. De werkgever handelde echter niet in strijd met de gelijkebehandelingsnorm wegens het ontbreken van een klachtenregeling omdat de klacht in concreto voldoende zorgvuldig was behandeld.

In oordeel 2006-250 komt de CGB tot een vergelijkbare conclusie. Ook daar lag een rapport van de Arbeidsinspectie ter tafel met de conclusie dat het beleid van de werkgever in strijd was met artikel 4, tweede lid, Arbowet. Dat de CGB in deze

43

Zie ook de annotatie van J. Tigchelaar bij dit oordeel, 'Respect! Handen schudden II', *NJCM-Bulletin*, september 2006, p. 833.

twee zaken op grond van de klachtbehandeling in het individuele geval tot de conclusie komt dat er sprake is geweest van zorgvuldig handelen, is onzes inziens terecht. Dit doet geen afbreuk aan de betekenis die de Commissie doorgaans toekent aan een duidelijk beleid dat op schrift is gesteld. De CGB zal in ieder individueel geval moeten onderzoeken of in concreto voldoende zorgvuldig is gehandeld. Ook als het beleid op papier klopt, kan er immers desondanks sprake zijn van een onzorgvuldige klachtbehandeling.

Oordeel 2006-65 betreft een bedrijf waar ook leden van de directie zich schuldig maken aan evident seksueel intimiderend gedrag. In dit oordeel betreft de CGB voor het eerst expliciet artikel 1a AWGB in het toetsingskader. Sinds 1 april 2004 is intimiderend gedrag in deze bepaling aangemerkt als een vorm van verboden direct onderscheid. De Commissie wijst erop dat het verbod van *seksuele* intimidatie in arbeidsverhoudingen nog niet kan worden toegepast vanwege de datum waarop de feiten zich hebben voorgedaan (r.o. 4.5). Het verbod van intimidatie omvat echter ook seksuele intimidatie en daarom is toetsing aan artikel 1a AWGB mogelijk. De Commissie stelt eerst vast dat het gedrag van één van de directeuren voldoet aan de omschrijving van artikel 1a AWGB en dat dit gedrag in strijd is met deze bepaling. Daarna beoordeelt de CGB de vraag of de werkgever in strijd heeft gehandeld met het verbod van onderscheid bij de arbeidsomstandigheden voor zover de bestreden gedragingen niet het handelen van de directeur of andere leidinggevenden betreffen, maar van overige collega's. De conclusie luidt dat de werkgever ook in strijd met het verbod van onderscheid naar geslacht bij de arbeidsomstandigheden heeft gehandeld en daarmee in strijd met artikel 7:646, eerste lid, BW door het treffen van adequate maatregelen tegen de scabreuze sfeer in de onderneming na te laten. In een overweging ten overvloede wijst de CGB op de verplichtingen van de Arbwet ter zake van het voeren van een beleid met betrekking tot de bescherming van werknemers tegen seksuele intimidatie.

In oordeel 2006-250 legt de CGB nog meer nadruk op het verschil in aansprakelijkheid van de werkgever bij een discriminatoire bejegening door een leidinggevende enerzijds en een collega anderzijds (r.o. 3.6 en 3.7). De CGB overweegt dat het handelen van een leidinggevende in ieder geval direct aan de werkgever kan worden toegerekend, omdat deze namens de werkgever het feitelijke gezag uitoefent. Voor de aansprakelijkheid bij het handelen van een collega zou vooral doorslaggevend zijn of er sprake is van een zorgvuldige klachtbehandeling. Onzes inziens is dit te beperkt verwoord. De werkgever is zeker ook aansprakelijk voor het handelen van een collega-werknemer als een preventief beleid op het gebied van seksuele intimidatie ontbreekt.

In oordeel 2006-235 komt de CGB niet toe aan een onderzoek naar een klacht over seksuele intimidatie. Blijkens het oordeel is er sprake van een driehoeksrelatie: verzoekster, verweerster - een omroepstichting waarmee verzoekster geen contractuele relatie heeft - en een producent waar de verzoekster wel een contractuele relatie mee heeft en voor wie verzoekster werkzaamheden verricht ten behoeve van verweerster. Verzoekster klaagt over het gedrag van de directeur van de omroepstichting. De CGB heeft haar gevraagd of zij haar klacht zou willen uitbreiden tot de producent waar zij in ieder geval een contractuele relatie mee heeft. Zij wil echter eerst het oordeel van de Commissie over het gedrag van de directeur van de omroepstichting afwachten. De CGB verklaart zich niet bevoegd omdat de verhouding tussen klaagster en verweerster niet zou zijn te duiden als een arbeidsovereenkomst of als een daaraan gelijkgestelde arbeidsverhouding. Het valt op dat de

CGB de vraag of klaagster de arbeid mogelijkerwijs in de uitoefening van het vrije beroep heeft verricht, helemaal niet stelt. De Commissie onderzoekt alleen of de omroepstichting mogelijkerwijs werkgeversgezag heeft uitgeoefend. In de Oordelenbundel 2005 heeft Cremers-Hartman in haar annotatie bij oordeel 2005-196 ook al gesignaleerd dat de Commissie te weinig aandacht schenkt aan de betekenis van het verbod van onderscheid bij de uitoefening van het vrije beroep. De Commissie zou artikel 2 WGB en artikel 6 AWGB nadrukkelijk in de oordeelsvorming moeten betrekken. De Commissie kan daarbij de regeling van artikel 7:658 BW in het achterhoofd houden. In die bepaling is de zorgverplichting en aansprakelijkheid van een werkgever voor de veiligheid van werknemers geregeld. De zorgplicht en de aansprakelijkheid van de werkgever is in artikel 7:658, vierde lid, BW niet beperkt tot de eigen werknemers, maar strekt zich tevens uit tot uitzendkrachten en ook tot personen waarover de werkgever geen feitelijk werkgeversgezag uitoefent zoals bij aanneming van werk. Dat laatste is belangrijk. Naar analogie van deze bepaling zou klaagster zowel de omroepstichting als de producent aansprakelijk kunnen stellen voor de seksuele intimidatie, ook als de omroepstichting geen feitelijk werkgeversgezag uitoefent. Klaagster moet in dat geval wel kunnen aantonen dat de werkzaamheden die zij verricht voor de producent als haar opdrachtgever, behoren tot de activiteiten van de omroepstichting.⁴⁴ Het voert te ver om hierop uitgebreid in te gaan, ook omdat de CGB niet oordeelt over de toepasselijkheid van artikel 7:658, vierde lid, BW. Het gaat er vooral om dat de Commissie deze bepaling kan gebruiken om haar focus te verleggen.

8 **TRANSSEKSUALITEIT**

Transseksualiteit kan een behoorlijke belemmering vormen om een baan te krijgen, in een discriminatievrije omgeving te kunnen blijven werken of een functie te behouden, zo blijkt onder meer uit drie oordelen van de CGB in 2006. In deze oordelen toetst de Commissie of er sprake is van onderscheid naar geslacht, met een verwijzing naar de relevante jurisprudentie van het HvJ EG en eerdere oordelen. Dit is in overeenstemming met haar vaste oordelenlijn: het verbod van onderscheid op grond van geslacht omvat ook onderscheid op grond van transseksualiteit.

De oordelen 2006-130 en 2006-131 betreffen de ontzegging van de toegang tot de arbeid aan een transseksueel door een uitzendbureau om redenen die verband houden met verzoeksters transseksualiteit. Het uitzendbureau verzorgt de gehele wervings- en selectieprocedure voor de inlener, een organisatie waar alleen mannen werken. Verzoekster heeft belangstelling voor de functie van orderverzamelaar bij de inlener en heeft hierover contact met een stagiaire van het uitzendbureau. Deze overlegt met een senior accountmanager in dienst bij het uitzendbureau over de vraag of de zichtbare transseksualiteit van verzoekster problemen zou kunnen opleveren op de werkvloer. De senior accountant verwacht inderdaad moeilijkheden, waarna de stagiaire concludeert dat verzoekster in bescherming zou moeten worden genomen tegen discriminatie op de werkvloer. Verzoekster wordt daarom door het uitzendbureau niet voorgedragen voor de functie. Het uitzendbureau betreurt tijdens de procedure voor de Commissie deze gang van zaken, maar onderkent zijn volle verantwoordelijkheid voor zijn personeel, ook als het stagiaires zijn. De CGB

onderstreept die verantwoordelijkheid en stelt dat werkzoekenden zelf moeten kunnen beslissen of ze zich in een bepaalde werkomgeving thuis voelen of niet. Indien discriminatie door de werkgever wordt verwacht, dienen maatregelen te worden getroffen om die te voorkomen. Het uitzendbureau heeft dus in strijd met de wet gehandeld (oordeel 2006-131).

De vraag of dit ook voor de inlener geldt, beantwoordt de CGB in oordeel 2006-130 negatief omdat het uitzendbureau bevestigt dat de inlener geen bemoeienis heeft gehad met het besluit van het uitzendbureau. De Commissie kiest hiermee voor een andere benadering dan in oordeel 2006-07 dat reeds in paragraaf drie van deze bijdrage is besproken. De CGB kent in dat oordeel een potentiële werkgever die de wervings- en selectieprocedure uitbesteedt namelijk een eigen verantwoordelijkheid toe voor de uitvoering van de opdracht tot werving en selectie door het bureau. De Commissie baseert dit op art. 3 WGB.

De werkgever dient gepaste maatregelen te treffen om een discriminatievrije omgeving te waarborgen, zo blijkt ook uit oordeel 2006-33. Dit geldt in het bijzonder wanneer een werknemer zich in een kwetsbare positie bevindt, omdat zij in het kader van het geslachtsveranderingsproces naar buiten moet komen met haar transseksualiteit. De werkgever heeft in dit geval niet alleen ongeoorloofd onderscheid gemaakt bij de arbeidsomstandigheden, maar ook bij de beëindiging van de arbeidsverhouding. Deze conclusie trekt de CGB onder meer op grond van het ontbindingsverzoek van de werkgever, waar werd gerefereerd aan de transseksualiteit en het uiterlijk van de werknemer.

9 TOT SLOT

In 2006 heeft de CGB een aantal mooie oordelen gepubliceerd. We denken in het bijzonder aan oordeel 2006-61 over het eigen handelen van een welzijnsinstelling. De Commissie verkent op een duidelijke en overzichtelijke wijze de mogelijkheden om een voorkeursbeleid te kunnen voeren voor verschillende groepen in het licht van de jurisprudentie van het HvJ EG over voorkeursbeleid op grond van geslacht. In het tweede oordeel over eigen handelen (oordeel 2006-198) analyseert de Commissie op zeer overzichtelijke wijze een complex functiewaarderingsstelsel. Beide oordelen verschaffen aanknopingspunten om aanpassingen door te voeren met het oog op het vermijden van ongeoorloofd onderscheid.

Ook de oordeelsvorming van de CGB over seksuele intimidatie verschaft een duidelijke uitleg over de vraag waarvoor een werkgever aansprakelijk kan worden gesteld. De aansprakelijkheid voor het gedrag van leidinggevend en enerzijds en voor collega-werknemers anderzijds is door de Commissie aangescherpt.

Bijzondere aandacht verdient ook de aanbeveling van de Commissie in oordeel 2006-241 omdat het een mooi voorbeeld is van een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. Niet alleen de negatieve gevolgen van het geconstateerde ongeoorloofde onderscheid op grond van geslacht in het individuele geval moeten worden aangepakt, er dienen ook structurele maatregelen te worden getroffen om te voorkomen dat in de toekomst praktijken tot verboden onderscheid zullen leiden. De kwestie van de inkomensvoorziening van zelfstandigen in verband met afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling is onderwerp geweest van verschillende procedures. Afgewacht moet worden hoe de Hoge Raad zal oordelen in het cassatieberoep dat is ingesteld over de verzekeringspolissen van een arbeidsongeschikt-

heidsverzekeraar. Aan de orde is onder meer de voorwaarde dat de verzekerde minimaal twee jaar verzekerd moet zijn ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum om recht te hebben op een zwangerschapsuitkering. Naar onze mening vormt oordeel 2006-232 een waardevolle bijdrage aan de verdere uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen bij het aanbod van goederen en diensten in deze kwestie. Het is te hopen dat de hoogste rechter gevoelig zal zijn voor de door de Commissie aangedragen argumenten en gevolgde benadering.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond geslacht

2006-7

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: direct onderscheid

Samenvatting:
Opdrachtgeefster maakt onderscheid op grond van geslacht (moederschap) bij de bejegening tijdens een sollicitatiegesprek en bij de selectie.

De opdrachtgeefster dient te waarborgen dat een door haar ingeschakeld wervings- en selectiebureau niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving handelt. In oordeel 2006-8 heeft de Commissie geoordeeld dat een medewerker van het wervings- en selectiebureau tijdens een sollicitatiegesprek en bij de selectie direct onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. De opdrachtgeefster moet hiervoor medeverantwoordelijk worden gehouden.

2006-8

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: direct onderscheid

Samenvatting:
Wervings- en selectiebureau maakt onderscheid op grond van geslacht (moederschap) bij de bejegening tijdens een sollicitatiegesprek en bij de selectie.

Tijdens een sollicitatiegesprek wordt uitgebreid stilgestaan bij het moederschap van een vrouw. Het wervings- en selectiebureau heeft een zodanig direct verband gelegd tussen het moederschap van de vrouw en de voor de functie vereiste kwaliteiten en de vrouw daaromtrent zo indringend bevraagd, dat sprake is van onderscheid bij de bejegening tijdens het gesprek en bij de selectie.

2006-9

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: direct onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Direct onderscheid op grond van geslacht bij ontslag tijdens proeftijd.

Een vrouw wordt op de een na laatste dag van haar proeftijd meegedeeld dat haar arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. Die ochtend had haar leidinggevende gevraagd of zij zwanger was. De werkgever stelt dat de vrouw niet goed functioneerde, maar dit staat niet op schrift. Daarbij is onduidelijk of en wanneer de vrouw op haar functioneren is aangesproken, waarom tot de een na laatste dag is gewacht met het ontslag - hoewel was toegezegd in geval van ontslag dit uiterlijk een week voor het einde van de proeftijd mee te delen in verband met het huwelijk van de vrouw op de laatste dag van de proeftijd - en of de beslissing tot ontslag is genomen voor of na het telefoontje van de direct leidinggevende. Niet bewezen dat de zwangerschap geen rol heeft gespeeld.

Opmerking:
De Commissie beveelt de werkgever aan het functioneren van werknemers tijdens de proeftijd tijdig en op een inzichtelijke wijze te beoordelen en, indien er ernstige kritiek bestaat, dit op een zodanige manier aan de werknemer mee te delen dat deze begrijpt dat verbetering noodzakelijk is. Voorts beveelt de Commissie aan hetgeen tijdens overleggen over het functioneren wordt besproken, inclusief afspraken omtrent verbeteringen, schriftelijk vast te leggen.

2006-14

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een uitzendbureau heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door een (potentiële) inlener te informeren over de zwangerschap van een candidate en tevens door in te stemmen met de afzegging door de inlener van het voorgenomen sollicitatiegesprek.

Een uitzendbureau heeft een inlener gemeld dat een candidate zwanger was. Zwangerschap is (juridisch gezien) irrelevant voor het al dan niet aangaan van een arbeidsverhouding, ook al heeft dit praktische implicaties voor de inlener. Het melden van een zwangerschap door het uitzendbureau is in strijd met de wet. De inlener heeft het voorgenomen sollicitatiegesprek met de candidate afgezegd, welke beslissing het uitzendbureau heeft overgebracht aan de candidate. Nu de reden voor de annulering rechtstreeks verband hield met de zwangerschap van de candidate had het uitzendbureau hiervan afstand moeten nemen. Ook dit levert verboden onderscheid op grond van geslacht op. Het tijdelijke karakter van de functie rechtvaardigt geen uitzondering op het verbod van direct onderscheid op grond van zwangerschap.

Opmerking:

Eigen verantwoordelijkheid uitzendbureau.
 Tijdelijkheid functie geen rechtvaardiging voor direct onderscheid op grond van zwangerschap.
 Vaste oordelenlijn

2006-15

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een (potentiële) inlener heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door een voorgenomen sollicitatiegesprek met een candidate af te zeggen vanwege haar verminderde inzetbaarheid wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof.

Een inlener was voornemens om, met een door een uitzendbureau voorgedragen candidate, een sollicitatiegesprek te voeren. De inlener heeft dit gesprek afgezegd nadat hij vernam dat zij verminderd inzetbaar zou zijn wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof. Afwezigheid vanwege zwangerschaps- en bevallingsverlof staat op één lijn met de

zwangerschap zelf. Gelet hierop heeft de inlener direct onderscheid gemaakt op grond van zwangerschap.
 Het tijdelijke karakter van de betreffende functie rechtvaardigt geen uitzondering op het verbod van direct onderscheid op grond van zwangerschap.

2006-23

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

Samenvatting:

Overkoepelende stichting voor kinderopvang maakt geen onderscheid op grond van geslacht jegens man door te weigeren hem in contact te brengen met de gastouder van zijn zoon.

Een overkoepelende stichting voor kinderopvang weigert een man in contact te brengen met de gastouder van zijn zoon. De moeder van de zoon van de man wordt door de gastouder persoonlijk geïnformeerd.

Het beleid van de stichting kan leiden tot indirect onderscheid op grond van geslacht.

De Commissie interpreteert artikel 7, eerste lid, onder a, AWGB in relatie tot artikel 1:377c BW zodanig dat, indien het gastouderbureau van de stichting in het kader van haar dienstverlening beroepsmatig over informatie beschikt inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind van de man of diens verzorging en opvoeding betreffen, zij bij het verstrekken van deze informatie geen onderscheid mag maken op grond van geslacht. Nu de dienstverlening van de stichting bestaat uit bemiddeling tussen de vraagouder en gastouder en de begeleiding van de gastouder en nu de kinderopvang zelf geen onderdeel is van deze dienstverlening, beschikt het gastouderbureau van de stichting in het kader van haar dienstverlening beroepsmatig niet over dergelijke informatie.

Nu de gastouder geen verweerder is in onderhavige zaak en niet in dienst is van de stichting, heeft de Commissie niet beoordeeld of de gastouder bij de verstrekking van informatie onderscheid maakt op grond van geslacht jegens de man.

Opmerking:

Interpretatie artikel 7, eerste lid, onder a, AWGB in relatie tot artikel 1:377c BW.

2006-25

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Werkgeefster heeft jegens man geen verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt bij de keuze om voor hem een ontslagvergunning bij het CWI aan te vragen.

Een man is werkzaam bij een werkgeefster in de functie van magazijnmedewerker. De werkgeefster heeft het CWI verzocht haar toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst met de man wegens bedrijfsorganisatorische redenen op te zeggen. In geding is of werkgeefster jegens de man onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door hem voor te dragen voor ontslag in plaats van een vrouwelijke medewerker die korter in dienst is dan de man en die op grond van het anciënniteitsbeginsel voor ontslag in aanmerking had moeten komen.

Werkgeefster wijkt door haar keuze om de arbeidsovereenkomst met de man te willen beëindigen af van het anciënniteitsbeginsel ten gunste van een vrouwelijke en een mannelijke medewerker. Bij gebrek aan een nadere onderbouwing of andere feiten en omstandigheden die de versie van het verhaal van de man kunnen ondersteunen als mede gelet op de samenstelling van het magazijn (drie mannen en één vrouw) acht de Commissie onvoldoende aanknopingspunten aanwezig om tot direct of indirect onderscheid op grond van geslacht te komen

2006-33

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Transseksualiteit. Bejegening en ontslag. Strijd met de wet.

Een vrouw klaagt over discriminatie op de werkvloer en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door haar werkgever, in verband met haar transseksualiteit.

De Commissie concludeert dat sprake is geweest van discriminatie op de werkvloer en dat de transseksualiteit in ieder geval een rol heeft gespeeld bij de beslissing van de werkgever om de arbeidsverhouding te beëindigen.

2006-36

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; geen onderscheid; geen victimisatie

Samenvatting:

Ongelijke behandeling op grond van geslacht door geen discriminatievrije werkomgeving te waarborgen; juiste klachtenbehandeling; geen onderscheid op grond van geslacht door geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan en geen victimisatie.

Tussen een vrouw en een werkgeefster staat vast dat sprake is geweest van seksuele intimidatie door de direct leidinggevende van de vrouw op de werkvloer. De vrouw meent dat haar klacht niet zorgvuldig is behandeld. Hoewel er geen klachtenregeling was, is bij de klachtbehandeling echter aan alle eisen van de gelijkebehandelingswetgeving voldaan. De reden waarom de vrouw geen nieuwe arbeidsovereenkomst heeft gekregen, is gelegen in het feit dat bij werkgeefster de omzet weliswaar is gestegen, maar de marges zijn gedaald. Bedrijfseconomische gronden.

Opmerking:

Hoewel een klachtenprocedure in het algemeen wordt aangeraden, kan de behandeling van een klacht ook zonder zo'n procedure zorgvuldig zijn. In het onderhavige geval is degene tegen wie de klacht gericht was onmiddellijk op non-actief gesteld en het beginsel van hoor en wederhoor is toegepast, waarop de vrouw in het gelijk is gesteld en haar direct leidinggevende is ontslagen.

2006-44

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

Samenvatting:

Zwangerschap bij aangaan arbeidsongeschiktheidsverzekering. Geen onderscheid op grond van geslacht.

Verzekeringsmaatschappij weigert toekenning zwangerschapsuitkering omdat de zwangerschap al bestond op het moment dat de verzekering tot stand kwam.

Omdat het besluit van de verzekeringsmaatschappij om niet tot uitkering over te gaan niet is gebaseerd op de zwangerschap maar op het ontbreken van (voldoende) onzekerheid, is geen sprake van onderscheid op grond van geslacht.

Opmerking:

Eerste oordeel waarin aanvrager van de verzekering al zwanger was.

2006-50

Grond: geslacht

Terrein: arbeid

Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Pensioenverzekeraar maakt geen onderscheid op grond van geslacht bij de uitkering van een toeslag op het nabestaandenpensioen.

In het pensioenoverzicht 2005 is vermeld dat indien de deelneemster na haar 65^e overlijdt, haar partner geen toeslag ontvangt op zijn nabestaandenpensioen omdat de pensioenverzekeraar ervan uitgaat dat de partner van de deelneemster ouder is dan de deelneemster. De partners van mannelijke deelnemers die na hun 65^e overlijden, ontvangen wel een toeslag, tot hun 65^e. Gebleken is dat in het pensioenoverzicht slechts prognoses staan en dat de pensioenverzekeraar daarvoor statistische gegevens gebruikt. In de praktijk komt echter ook de jongere partner van een vrouwelijke verzekerde in aanmerking voor de toeslag. Geen onderscheid.

Opmerking:

De Commissie beveelt aan in het pensioenoverzicht duidelijk te maken dat de berekening van de hoogte van de toeslag een prognose betreft die uitgaat van bepaalde gemiddelde, maar dat de uit te keren toeslag uiteindelijk zal worden vastgesteld op basis van de werkelijk bestaande situatie op het moment van overlijden.

2006-57

Grond: geslacht

Terrein: arbeid

Dictum: verboden onderscheid; geen victimisatie

Samenvatting:

Onderscheid op grond van geslacht door vrouw vanwege redenen verband houdend met haar moederschap niet te selecteren voor standplaatswijziging.

Een vrouw reageert op een belangstellingsregistratie voor een standplaatswijziging. In een gesprek wordt haar verzoek afgewezen. Tijdens het gesprek is uitvoerig over het moederschap van de vrouw en haar beschikbaarheid is gesproken. Het besluit tot afwijzing stond al voor het gesprek vast. Voor de conclusie dat de vrouw vanwege langdurig ziekteverzuim in het verleden minder beschik-

baar zal zijn, bestaat geen aanleiding. Daarbij is het ziekteverzuim onlosmakelijk verbonden met het moederschap van de vrouw. Direct onderscheid. Voorts strijd met de wet door de klachten van de vrouw niet als zodanig te erkennen en niet te behandelen. Geen sprake van victimisatie.

2006-61

Grond: geslacht; handicap of chronische ziekte; seksuele gerichtheid; leeftijd; ras

Terrein: arbeid

Dictum: deels onderscheid; deels geen onderscheid

Samenvatting:

Voorgenomen afspiegelingsbeleid in strijd met de wet met betrekking tot de gronden geslacht en seksuele gerichtheid, maar niet met de gronden ras en handicap of chronische ziekte. Tevens verboden onderscheid op grond van leeftijd.

Een instelling voor maatschappelijke dienstverlening wil een beleid voeren dat gericht is op het vergroten van de instroom van mannelijke, allochtone, homoseksuele en reïntegrerende werknemers om met betrekking tot haar personeelsbestand te komen tot een goede afspiegeling van haar cliënten en de Amsterdamse bevolking. Voorts wil de instelling gelet op de waarborg van haar continuïteit jongere werknemers aannemen.

De Commissie overweegt dat het maken van direct onderscheid slechts in enkele situaties is toegestaan. Afspiegelingsbeleid, waarbij bij gelijke geschiktheid de voorkeur uitgaat naar een kandidaat met bepaalde kenmerken komt overeen met voorkeursbeleid. Dit is ingevolge het Nederlandse recht slechts toegestaan om nadelen op te heffen of te compenseren voor vrouwen, personen behorend tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep en personen met een handicap of chronische ziekte.

Het voeren van een voorkeursbeleid ten behoeve van mannen is dan ook niet toegestaan.

Voorkeursbeleid met betrekking tot seksuele gerichtheid en leeftijd is evenmin toegestaan. In de gegeven situatie is het voorgenomen voorkeursbeleid met betrekking tot ras en handicap of chronische ziekte niet in strijd met de wet. De Commissie oordeelt tenslotte dat het continuïteitsargument geen objectieve rechtvaardiging oplevert voor het onderscheid vanwege leeftijd.

2006-64

Grond: geslacht; handicap of chronische ziekte

Terrein: arbeid

Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte en/of geslacht bij niet toekennen bonus

Een vrouw stelt dat een bancaire instelling, onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte en/of geslacht heeft gemaakt bij de beslissing om haar geen bonus toe te kennen. De vrouw stelt dat de instelling de kosten van de aanpassing van haar werkplek en haar zwangerschap heeft gecompenseerd door haar geen bonus te geven. De instelling stelt dat de vrouw geen bonus heeft ontvangen omdat zij de twee voorafgaande jaren onvoldoende heeft gefunctioneerd. Uit beoordelingsrapporten blijkt dat de instelling reeds geruime tijd vóór het verzoek om aanpassing van de werkplek en de zwangerschap van de vrouw ontevreden was over haar functioneren.

De vrouw heeft onvoldoende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de instelling bij de beoordeling van haar functioneren en bij de beslissing om haar geen bonus toe te kennen onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte en/of zwangerschap heeft gemaakt.

2006-65

Grond: geslacht

Terrein: arbeid

Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Ongelijke behandeling op grond van geslacht, bestaande uit (seksuele) intimidatie en verboden onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsomstandigheden.

Een vrouw voert aan dat sprake was van seksuele intimidatie bij een financiële instelling, met name door een van haar directeuren. Een getuige van de vrouw bevestigt het beeld van seksuele intimidatie in detail. Werkgeefster ontkent dit alles categorisch, al heerste er wel een informele sfeer waarin soms seksueel getinte grappen werden gemaakt. De vrouw en haar getuige waren dan initiator. De bedrijfscultuur was kennelijk zo, dat 'alles moest kunnen'. De directie ondernam niets tegen seksueel getinte opmerkingen, sterker nog, zij liet zich ook niet onbetuigd. Van geen enkele tegenmaatregel is gebleken. Ook ontbreekt een schriftelijke klachtenprocedure en er is geen vertrouwenspersoon

2006-66

Grond: geslacht; burgerlijke staat; ras; nationaliteit

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten

Dictum: niet bevoegd; geen onderscheid

Samenvatting:

De Commissie is niet bevoegd het handelen van een Advies- en Meldpunt Kindermishandeling te toetsen aan de wetgeving gelijke behandeling. Geen onderscheid door Bureau Jeugdzorg als vrijwillig hulpverlener.

Een gescheiden vader deed bij het AMK aangifte van mishandeling van zijn zoon. Het handelen van een AMK houdt echter geen aanbieden van goederen of diensten in het maatschappelijk verkeer in, zodat de Commissie niet bevoegd is het handelen te toetsen.

De man verzocht een Bureau Jeugdzorg om vrijwillige hulp. In 2003 was het handelen van het Bureau nog niet limitatief geregeld in de wet. De Commissie mocht dit handelen toetsen, maar de man heeft geen feiten aangevoerd die leidden tot een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht, burgerlijke staat, ras of nationaliteit.

Opmerking:

Bevoegdheid Commissie en eenzijdig overheids-handelen.

2006-67

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit

Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten

Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit door ziekenhuis jegens gescheiden vader.

Een gescheiden man van Duitse afkomst vindt dat een ziekenhuis hem anders heeft behandeld dan zijn ex-echtgenote, een Nederlandse vrouw, bij het behandelen van hun zoon.

De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zijn Duitse afkomst en nationaliteit een rol hebben gespeeld bij het handelen van het ziekenhuis.

De man heeft voorts een aantal feiten aangevoerd waarop hij onderscheid jegens hem als gescheiden man baseert, zoals vadervijandig gedrag van personeel van het ziekenhuis het niet nakomen van afspraken, het hanteren van onduidelijke procedu-

res en het verstrekken van onvoldoende informatie over zijn zoon. Het ziekenhuis heeft de stellingen van de man gemotiveerd betwist en weerlegd. Het ziekenhuis heeft geen onderscheid gemaakt op de gronden burgerlijke staat en geslacht.

2006-68

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit bij de informatievoorziening van een basisschool aan een gescheiden vader.

Een gescheiden man van Duitse afkomst vond dat hij wat betreft de informatie over zijn zoon door de basisschool waar zijn zoon les had, ongelijk werd behandeld ten opzichte van zijn ex-echtgenote.

De man heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.

2006-69

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit bij de behandeling door een huisarts.

Een gescheiden man van Duitse afkomst was van mening dat de huisarts van zijn zoon hem anders heeft behandeld dan zijn ex-echtgenote.

De man heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.

2006-72

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van geslacht vanwege haarlengte bij bemiddeling voor een stage.

Een man volgde bij een opleidingsinstituut de opleiding tot beveiligger. Volgens de man heeft de opleider hem niet gewaarschuwd dat zijn haarlengte een probleem zou zijn bij het vinden van een stageplaats. Het is echter niet gebleken dat de opleider de man niet heeft beschermd tegen de eis van stageaanbieders dat mannen hun haar niet lang mogen dragen, noch is gebleken dat de opleider voor hem geen stageplaats wilde zoeken.

Opmerking:

Eigen verantwoordelijkheid opleider om wet na te leven door student te beschermen tegen discriminatoire eisen van stageaanbieders.

2006-73

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Direct onderscheid op grond van geslacht vanwege haarlengte.

Een man wendde zich tot een detachingsbureau om een stageplaats te vinden in het kader van zijn opleiding tot beveiligger. Het detachingsbureau hanteert als regel dat mannen, in tegenstelling tot vrouwen, hun haar niet langer mogen dragen dan tot op de boord. De man heeft langer haar. Door onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen wat betreft haardracht maakt het detachingsbureau direct onderscheid op grond van geslacht, zonder dat hiervoor een wettelijke uitzondering bestaat.

2006-74

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Direct onderscheid op grond van geslacht vanwege haarlengte.

Een man wendde zich tot een werkgever voor een stageplaats in het kader van zijn opleiding tot beveiligger. De werkgever hanteerde echter als regel dat mannen hun haar kort dienen te dragen. Voor vrouwen gold deze eis niet. De werkgever maakt daarmee direct onderscheid op grond van geslacht, zonder dat daarvoor een wettelijk uitzondering bestaat.

2006-78

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Onderscheid op grond van geslacht door bij het aanbieden van een vacante functie naar sekse verschillende werkkleding voor te schrijven.

Een vrouw is door een boekhandel tijdens een sollicitatiegesprek geïnformeerd over kledingvoorschriften van de werkgeefster, die onder meer inhouden dat vrouwen een rok of jurk dienen te dragen.

Door van haar vrouwelijke werknemers te verlangen dat zij een rok of jurk dragen, terwijl aan mannelijke werknemers een pantalon is voorgeschreven, maakt werkgeefster direct onderscheid naar geslacht. Het onderscheid is in strijd met de wet, nu niet aangetoond is dat de kledingvoorschriften noodzakelijk en functioneel zijn. Ook overigens is geen sprake van een wettelijke uitzondering op grond waarvan het directe onderscheid zou zijn toegestaan.

2006-87

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

School maakt jegens een docent verboden onderscheid op grond van geslacht door hem niet en vrouwelijke medewerkers wel toe te staan om een korte broek op het werk te dragen.

Een docent is bij een lyceum werkzaam als docent Biologie. Het is verzoeker niet toegestaan een korte broek op het werk te dragen. De Commissie heeft geconstateerd dat de school vrouwen wel en mannen niet toe staat in een korte broek op het werk te verschijnen. Als gevolg hiervan hebben vrouwen meer mogelijkheden dan mannen om hun kleding aan te passen aan de buitentemperaturen.

Bovendien stelt de school hogere, althans andere, representativiteitseisen aan mannen dan aan vrouwen door voor mannen, in tegenstelling tot voor vrouwen, een korte broek niet representatief te achten.

2006-91

Grond: geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: direct onderscheid

Samenvatting:

Uitgaansgelegenheid maakt direct onderscheid op grond van geslacht door op vrijdag- en zaterdagavonden alleen aan mannen entree te vragen.

Een uitgaansgelegenheid biedt vrouwelijke bezoekers op vrijdag- en zaterdagavonden gratis entree, terwijl mannen € 5,- entree moeten betalen. Er wordt erkend dat sprake is van direct onderscheid. Het entreegeldbeleid kan niet als voorkeursbeleid worden aangemerkt, zoals de uitgaansgelegenheid betoogt. De uitgaansgelegenheid stelt dat het entreegeldbeleid noodzakelijk is voor het handhaven van de veiligheid. Dit kan niet onder één van de wettelijke uitzonderingen worden geschaard, nu de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor een gesloten systeem met enkele wettelijke uitzonderingen die naar de heersende maatschappelijke opvattingen dwingend volgen uit de aard of omstandigheden van het geval. Daarvan is in casu geen sprake.

Opmerking:

Conform vaste oordelenlijn. In deze zaak is echter veel uitvoeriger bestreden dat sprake is van ongeoorloofd onderscheid - en daarom ook veel uitgebreider gemotiveerd waarom daar wel sprake van is -, dan in eerdere oordelen over dit onderwerp.

2006-97

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Ongelijke beloning op grond van geslacht. Toepassing beloningsmaatstaven. De wijze waarop ervaring een rol speelt bij de beloning levert onderscheid op grond van geslacht op.

De werknemster klaagt over ongelijke beloning op grond van geslacht. De werkgever stelt dat de collega waar ze zich mee vergelijkt meer ervaring heeft en hoger is opgeleid zodat hij in de toekomst breder inzetbaar is. De Commissie constateert dat de beloningsmaatstaf 'ervaring' op verschillende momenten en op verschillende wijzen een rol speelt bij de beloning. Allereerst wordt ervaring gewogen doordat bij het aanvangssalaris wordt aangesloten bij het laatstgenoten salaris. Vervolgens

wordt de werkelijke relevante ervaring gewogen om de ervaringsklasse en daarmee ook de salaris-groep te bepalen en tenslotte speelt ook leeftijd een rol bij de trede waarop men binnen de salaris-groep wordt ingeschaald. Nu onduidelijk is hoe de ervaring van de werkneemster is gewogen ten opzichte van de collega, is er sprake van verboden onderscheid op grond van geslacht

2006-98

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: direct en indirect onderscheid

Samenvatting:

Verboden direct en indirect onderscheid op grond van geslacht door vrouwelijke docenten lager in te schalen en te belonen dan hun mannelijke collega's.

Een aantal vrouwen is werkzaam als docent Educatie bij een instelling voor beroepsonderwijs en volwasseneneducatie. De instelling kent zeven units, waarvan er zes gezamenlijk het mbo vormen. De zevende unit is de unit educatie. Na invoering van een nieuw functiewaarderingsstelsel, FUWA BVE, zijn de functies van deze vrouwelijke docenten ingeschaald in schaal 10. De vrouwelijke docenten stellen dat de mbo docenten na invoering van FUWA BVE collectief zijn ingeschaald in schaal 11. De vrouwelijke docenten menen dan ook dat er sprake is van ongelijke beloning omdat zij werkzaamheden verrichten van gelijke zwaarte als de mbo docenten.

Er is sprake van direct onderscheid op grond van geslacht bij de inschaling en de beloning omdat de vrouwelijke docenten een lagere beloning ontvangen dan hun mannelijke collega's voor arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde.

De vrouwelijke docenten hebben tevens gesteld dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht omdat met name mannelijke docenten in schaal 11 zijn ingeschaald. Gebleken is dat meer mannen dan vrouwen zijn ingeschaald in schaal 11. Nu de instelling geen objectieve rechtvaardiging heeft kunnen aandragen voor het geconstateerde indirecte onderscheid, is er sprake van verboden indirect onderscheid op grond van geslacht bij de inschaling en de beloning.

2006-115

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door uitstel van eventuele loonsverhoging vanwege onder meer zwangerschapsverlof.

Een verzekeringsbedrijf beoordeelt haar personeel jaarlijks en stelt naar aanleiding hiervan vast of de medewerker in aanmerking komt voor een loonsverhoging.

Een medewerkster is in 2005 met zwangerschapsverlof geweest. Daarnaast is zij in dit jaar afwezig geweest wegens ziekte. Omdat zij in het totaal meer dan 50% afwezig is geweest is de beoordeling en de eventueel daaruit voortvloeiende loonsverhoging met een half jaar uitgesteld. Het bedrijf maakt zodoende direct onderscheid op grond van geslacht.

Opmerking:

Uitstel loonsverhoging vanwege zwangerschapsverlof is in strijd met de wet.

2006-130

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid bij het aangaan van een arbeidsverhouding daar de werkgever niet betrokken is geweest bij het werving- en selectieproces.

Een vrouw heeft bij een uitzendorganisatie haar interesse kenbaar gemaakt voor een vacature bij een bedrijf. Via de uitzendorganisatie kreeg de vrouw te horen dat haar transseksualiteit problemen zou opleveren op de werkvloer en dat zij om die reden niet in aanmerking kwam voor de baan. Het bedrijf heeft gemotiveerd gesteld dat zij het gehele werving- en selectieproces overlaat aan de uitzendorganisatie en om deze reden niet op de hoogte was van de afwijzing van de vrouw. De uitzendorganisatie heeft deze verklaring bevestigd. De Commissie oordeelt derhalve dat er geen feiten zijn aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden en dat het bedrijf derhalve geen onderscheid heeft gemaakt jegens de vrouw.

2006-131

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Uitzendorganisatie maakt onderscheid op grond van geslacht door geen arbeidsovereenkomst aan te gaan met een vrouw om redenen verband houdende met haar transsexualiteit.

Een vrouw heeft bij een uitzendorganisatie haar interesse kenbaar gemaakt voor een vacature bij een inlener. Via het uitzendbureau kreeg de vrouw te horen dat haar transsexualiteit problemen zou opleveren op de werkvloer en dat zij om die reden niet in aanmerking kwam voor de baan. Het uitzendbureau heeft erkend dat zij geen arbeidsovereenkomst met de vrouw is aangegaan om haar te beschermen tegen discriminatie die de vrouw vanwege haar transsexualiteit op de werkvloer ten deel zou kunnen vallen. De Commissie oordeelt derhalve dat er sprake is geweest van direct onderscheid op grond van geslacht. De omstandigheid dat het uitzendbureau haar fout heeft ingezien en betreurt, doet daar niet aan af.

2006-139

Gronden: leeftijd; geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:

Verboden onderscheid naar leeftijd en geslacht bij werving en selectie administratief medewerkster.

Een administratiekantoor heeft een vacature geplaatst voor de functie van administratief medewerkster. In de advertentietekst wordt gevraagd naar een kandidaat met een gewenste leeftijd van 16 tot 18 jaar. Een sollicitant van 45 jaar wordt vanwege deze leeftijdsgrens afgewezen. Het bedrijf heeft onvoldoende onderbouwd waarom het in verband met de opleiding binnen het bedrijf van belang is dat de kandidaat tussen de 16 en 18 jaar is. Verboden onderscheid naar leeftijd. De advertentietekst voor de functie van administratief medewerkster is in strijd met de WGBL en de WGB.

2006-141

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:

Een jeugdzorgorganisatie heeft onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen door een werkneemster niet toe te staan haar urenomvang uit te breiden. Door de werkneemster geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden in een andere functie heeft de jeugdzorgorganisatie geen verboden onderscheid gemaakt.

De werkneemster heeft de jeugdzorgorganisatie, haar werkgeefster, gevraagd om urenuitbreiding. De jeugdzorgorganisatie heeft dit geweigerd omdat de werkneemster vanwege haar zwangerschap verminderd inzetbaar was. Volgens vaste oordelenlijnen van de Commissie en jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap is in dat geval sprake van direct onderscheid op grond van zwangerschap. Derhalve heeft de jeugdzorgorganisatie onderscheid gemaakt met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden. De werkneemster heeft geen feiten aangedragen die kunnen doen vermoeden dat haar werkgever jegens haar tevens verboden onderscheid heeft gemaakt vanwege geslacht door met haar geen arbeidsverhouding aan te gaan in een andere functie.

2006-145

Grond: geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Verzoekster is een zelfstandige, regionale afdeling van een politieke jongerenpartij. Noch uit haar statuten, noch anderszins is gebleken dat zij valt onder één van de categorieën (rechts)personen die een verzoek kunnen indienen bij de Commissie.

Een zelfstandige, regionale afdeling van de jongerenorganisatie van een politieke partij heeft de Commissie verzocht te beoordelen of een uitgaansgelegenheid, onderscheid maakt op grond van geslacht door op vrijdagavonden tot 00.00 uur gratis toegang te verlenen aan vrouwen. Uit de statuten van de organisatie volgt evenwel niet met zoveel woorden dat zij tot taak heeft de belangen te behartigen van diegenen die door de gelijkebehandelingswetgeving worden beschermd. Nu voorts niet is gebleken dat de organisatie in de praktijk opkomt voor deze personen, kan zij niet

worden aangemerkt als een rechtspersoon als bedoeld in artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB. Verzoekster is mitsdien niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Opmerking:

In dit oordeel is overwogen dat niet is uitgesloten dat politieke partijen onder de definitie van artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB, kunnen vallen en mitsdien een verzoek kunnen indienen bij de Commissie. Of een politieke partij in een voorkomend geval als zodanig kan worden aangemerkt, moet worden beoordeeld aan de hand van de statuten en de feitelijke activiteiten van die partij.

2006-146

Grond: geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Verzoekster is een zelfstandige, regionale afdeling van een politieke jongerenpartij. Noch uit haar statuten, noch anderszins is gebleken dat zij valt onder één van de categorieën (rechts)personen die een verzoek kunnen indienen bij de Commissie.

Een zelfstandige, regionale afdeling van de jongerenorganisatie van een politieke partij heeft de Commissie verzocht te beoordelen of een uitgaansgelegenheid, onderscheid maakt op grond van geslacht door op 'ladies nights' gratis cocktails te bieden aan vrouwen.

Uit de statuten van de organisatie volgt evenwel niet met zoveel woorden dat zij tot taak heeft de belangen te behartigen van diegenen die door de gelijkebehandelingswetgeving worden beschermd. Nu voorts niet is gebleken dat de organisatie in de praktijk opkomt voor deze personen, kan zij niet worden aangemerkt als een rechtspersoon als bedoeld in artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB. De organisatie is mitsdien niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Opmerking:

In dit oordeel is overwogen dat niet is uitgesloten dat politieke partijen onder de definitie van artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB, kunnen vallen en mitsdien een verzoek kunnen indienen bij de Commissie. Of een politieke partij in een voorkomend geval als zodanig kan worden aangemerkt, moet worden beoordeeld aan de hand van de statuten en de feitelijke activiteiten van die partij.

2006-158

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Werkgever maakt verboden loonsverschillen op grond van geslacht ten opzichte van vrouwelijke unit coördinator radiotherapie.

De werkgever, een ziekenhuis, schaalde zijn werknemers in met behulp van het functiewaarderingssysteem voor de gezondheidszorg, FWG 3.0. Op basis van FWG 3.0 zijn de functies van de unit coördinatoren ingeschaald in FWG 55. De werkgever heeft echter vanwege (met name) structurele krapte op de arbeidsmarkt een aantal unit coördinatoren, waaronder twee mannelijke collega's van verzoekster, met behulp van een bijzondere beloningsmaatregel, het toekennen van een hogere functieschaal, ingeschaald in FWG 60. Nu de werkgever niet inzichtelijk heeft kunnen maken op basis van welke criteria de toekenning van de hogere functieschaal plaatsvindt en waarom de mannelijke collega's wel maar verzoekster niet worden beloond volgens een hogere functieschaal is er sprake van direct onderscheid op grond van geslacht, bij de beloning.

2006-161

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: direct onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid op grond van geslacht door afwijzing wegens beschikbaarheid van slechts één toilet op de werkvloer.

Man klaagt er over dat hij is afgewezen voor een functie omdat het bedrijf slechts één toilet heeft en de overige werknemers vrouwen zijn. Direct onderscheid op grond van geslacht.

2006-165

Grond: geslacht; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Instelling heeft ten onrechte in haar wervingsadvertentie gevraagd naar een mannelijke kandidaat. Voorts heeft de instelling onderscheid op grond van geslacht en leeftijd gemaakt om redenen verband houdende

met de zwangerschap en hogere leeftijd van een vrouw.

Bedrijf werft naar een mannelijke collega. Een vrouw solliciteert desalniettemin maar wordt niet uitgenodigd voor een gesprek ondanks dat zij al geruime tijd de vacante functie uitoefent. Nadat er geen geschikte mannelijke kandidaten zijn gevonden, heeft de zorginstelling de keuze uit twee vrouwelijke collega's. De instelling geeft de voorkeur aan de niet zwangere 10 jaar jongere collega van de vrouw met als motivatie dat zij behoefte heeft aan continuïteit en dat zij te kampen heeft met een stijgend aantal cliënten in de leeftijdscategorie van 16 tot 22 jarigen. De Commissie constateert onderscheid op grond van geslacht bij de werving en acht geen van de wettelijke uitzonderingen op het onderscheid van toepassing. Voor wat betreft de afwijzingsredenen constateert de Commissie onderscheid op grond van geslacht alsmede leeftijd. Geen uitzondering dan wel objectieve rechtvaardiging is van toepassing op het geconstateerde onderscheid.

2006-166

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; victimisatie

Samenvatting:
Overkoepelende stichting voor basisscholen heeft geen onderscheid gemaakt op grond van geslacht door geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een zwangere werknemster aan te gaan. Strijd met het victimisatieverbod.

Een overkoepelende stichting voor basisscholen biedt een werknemster een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan, maar trekt dit aanbod later weer in. De werknemster heeft dan net verteld dat zij zwanger is. De instelling heeft het aanbod ingetrokken, omdat bleek dat de functie aan andere werknemers diende te worden aangeboden op grond van voorrangrechten die zij genoten op grond van de CAO Primair Onderwijs (PO). Geen onderscheid.

Wel handelt de instelling in strijd met het victimisatieverbod, nu de directeur in eerste instantie zijn best wilde doen om de werknemster alsnog voor een functie binnen de instelling in aanmerking te laten komen, maar besloot hiervan af te zien nadat de werknemster hem vertelde dat zij bezig was een klacht in te dienen bij de Commissie Gelijke Behandeling.

2006-171

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van geslacht door met uitzendkracht geen arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Een vrouw werkte bij haar werkgever op basis van een uitzendovereenkomst. De werkgever bood haar een arbeidsovereenkomst aan voor 40 uur per week. De vrouw vond dit teveel vanwege haar zwangerschap. Zij had begrepen dat zij een tegenvoorstel mocht doen en bood aan 32 uur per week te werken. De werkgever heeft dit aanbod afgewezen. Gebleken is dat bij de werkgever op de bewuste afdeling waar de vrouw werkte, uitsluitend mensen werkten voor 40 uur per week. De vrouw heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat haar zwangerschap een rol heeft gespeeld bij het besluit geen arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.

2006-182

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van geslacht nu een bonusregeling geen rekening houdt met zwangerschap als eigensoortige seksegebonden omstandigheid.

Twee medewerksters van een ICT-bedrijf klagen erover dat hun werkgever hen in verband met zwangerschapsverlof geen maandelijks bonus toekent, noch de daarmee samenhangende eindejaarsuitkering. Een van de voorwaarden voor deze uitkeringen is dat de betrokken medewerker gedurende een jaar een productiviteitsdrempel haalt. Dit is bij zwangerschapsverlof onmogelijk. Uren die zijn verantwoord in het kader van onder andere zwangerschap tellen namelijk niet mee als productieve uren. Onderscheid op grond van geslacht, nu geen rekening wordt gehouden met zwangerschap als eigensoortige seksegebonden omstandigheid.

2006-183

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden indirect onderscheid

Samenvatting:
Werkgever benadeelt vrouwen door geen tegemoetkoming in de ziektekosten te verstrekken aan voormalig ziekenfondsverzekerden.

Werkneemster klaagt erover dat werkgever wel een tegemoetkoming in de ziektekosten verstrekt aan degenen die vóór 1 januari 2006 een salaris hadden boven de ziekenfondsgrens en die een particuliere ziektekostenverzekering moesten afsluiten (voornamelijk mannen) en niet aan werknemers met een salaris onder de ziekenfondsgrens en die op grond daarvan verplicht waren verzekerd bij een ziekenfonds (alleen vrouwen). De werkgever wijst erop dat de voormalig ziekenfondsverzekerden er netto 5% op vooruit zijn gegaan sinds de invoering van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006 en dat de voormalig vrijwillig verzekerden er slechts maximaal 2% op vooruit zijn gegaan. Aangezien elke arbeidsvoorwaarde apart moet worden beoordeeld en de voormalig ziekenfondsverzekerden niet de garantie van een tegemoetkoming hebben gekregen, heeft de door de werkgever gehanteerde arbeidsvoorwaardelijke maatregel tot gevolg dat er jegens vrouwen onderscheid wordt gemaakt. Dit indirecte onderscheid is in dit geval niet objectief gerechtvaardigd.

2006-193

Grond: geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Uitvaartverzekeringsmaatschappij maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door de kosten van de uitvaart van een levenloos geboren kind slechts te vergoeden aan verzekerde moeders, en niet aan verzekerde vaders.

Verzekeringsmaatschappij keert alleen de kosten van de uitvaart van een levenloos geboren kind uit als de moeder van het kind bij de verzekeringsmaatschappij is verzekerd. Nu de verzekeringsmaatschappij de kosten niet aan de vader van het kind heeft willen vergoeden, is er sprake van direct onderscheid op grond van geslacht. De wettelijke uitzonderingen van geslachtsbepaaldheid en bescherming in verband met moederschap

zijn niet van toepassing omdat de kosten van de uitvaart niet onlosmakelijk zijn verbonden met het moederschap. Ook geen andere wettelijke uitzondering van toepassing.

Opmerking:
 Aanbeveling om een seksneutrale polisvoorwaarde in te voeren.

2006-198

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: functiewaarderingsstelsel als zelfstandig stelsel niet deugdelijk.
In combinatie met Hay-methode in de kern deugdelijk

Samenvatting:
Stelsel voor universitair functie ordenen voldoet niet volledig aan de gelijkebehandelingswetgeving.

(Werkgevers-)vereniging van universiteiten vraagt een oordeel van de Commissie over de vraag of het door haar beheerde stelsel voor universitair functie ordenen (UFO) voldoet aan de eisen die de gelijkebehandelingswetgeving stelt. UFO is gebaseerd op het functiewaarderingsstelsel van de Hay-groep, de Hay-methode. De Commissie oordeelt dat UFO als zelfstandig stelsel verschillende knelpunten kent, waardoor het niet kan worden beschouwd als een deugdelijk stelsel in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving. De Commissie volgt echter de functiewaarderingsdeskundige in zijn constatering dat UFO in combinatie met de Hay-methode in de kern een deugdelijk functiewaarderingsstelsel lijkt te zijn, waarmee kan worden beoordeeld of er in concrete gevallen sprake is van gelijke beloning, conform de eisen van de wet. Voorwaarde is dat bij die beoordeling kan worden beschikt over de onderliggende Hay-evaluaties en rationales. De Commissie kan echter dit stelsel niet toepassen voor de functies waarbij bezwarende arbeidsomstandigheden een rol spelen.

2006-200

Grond: ras; geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met wet

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras en geslacht door de wijze waarop een vrouw is bejegend tijdens haar bezoek aan de stand

van een importeur van massagefauteuils op de huishoudbeurs. Geen strijd met de wet bij de klachtbehandeling.

Een vrouw bezoekt de stand van een importeur van massagefauteuils op de huishoudbeurs. Zij stelt dat zij discriminatoir is bejegend door de demonstratrice die haar hielp. Ter zitting is evenwel gebleken dat de handelwijze van de demonstratrice conform de normale handelwijze van het bedrijf was, die erop is gericht serieuze en niet-serieuze klanten van elkaar te onderscheiden en vervolgens aan de eerste groep zo veel mogelijk, en aan de laatste groep zo weinig mogelijk tijd te besteden. Geen relatie met ras of geslacht, geen vermoeden van onderscheid. Evenmin strijd met de wet bij de klachtbehandeling.

2006-202

Grond: godsdienst; geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Onderscheid op grond van godsdienst door man te weigeren voor functie vanwege zijn islamitische kledestijl en zijn weigering om vrouwen de hand te schudden. Geen onderscheid op grond van geslacht.

Een gemeente heeft een man voor de functie van klantmanager afgewezen vanwege zijn islamitische kledestijl en het niet-geven van een hand aan vrouwen.

De man klaagt over onderscheid op grond van godsdienst en geslacht. De gemeente stelt dat de man is afgewezen, omdat hij onderscheid maakte op grond van geslacht door vrouwen geen hand te geven en omdat zijn weigering vrouwen de hand te schudden in de weg staat aan een goede functie-uitoefening als klantmanager.

De Commissie oordeelt dat de gemeente direct onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst bij de afwijzing vanwege de religieuze kledestijl van de man. De gemeente heeft indirect onderscheid gemaakt op grond van godsdienst door de man af te wijzen vanwege zijn weigering vrouwen een hand te geven. De Commissie oordeelt dat dit onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is.

De gemeente heeft geen onderscheid op grond van geslacht jegens de man gemaakt.

2006-203

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Verzoek is niet ontvankelijk omdat wederpartij geen normadressaat is van de wetgeving gelijke behandeling.

Een gemeente klaagt erover dat een sollicitant, met een islamitische achtergrond, tijdens de sollicitatieprocedure onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, omdat hij vrouwen geen hand geeft. De gemeente heeft er in dit verband in het bijzonder op gewezen dat de sollicitant een vrouwelijke medewerker tijdens een sollicitatiegesprek geen hand heeft gegeven.

De Commissie oordeelt dat het verzoek niet ontvankelijk is, omdat de sollicitant geen normadressaat is van de wetgeving gelijke behandeling.

2006-204

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Verzoek is niet ontvankelijk omdat wederpartij geen normadressaat is van de wetgeving gelijke behandeling.

Een vrouw, hoofd personeel en organisatie van een dienstonderdeel van een gemeente, klaagt erover dat een sollicitant met een islamitische achtergrond tijdens de sollicitatieprocedure onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, door haar geen hand te geven.

De Commissie oordeelt dat het verzoek niet ontvankelijk is, omdat de sollicitant geen normadressaat is van de wetgeving gelijke behandeling.

2006 -212

Grond: ras; geslacht; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras, geslacht en/of leeftijd bij de beëindiging van een sollicitatieprocedure.

Een man, 32 jaar, is van niet-Nederlandse afkomst. Hij heeft bij het ministerie van Justitie gesolliciteerd naar de functie van medewerker maatschappelijke dienstverlening. De man is uitgeno-

digd voor de voorlichtingsbijeenkomst en vervolgens voor de sporttest, welke test hij met goed gevolg heeft afgelegd. Het ministerie heeft vervolgens de sollicitatieprocedure met de man beëindigd, omdat vanwege de vele reacties voorrang is gegeven aan herplaatsingskandidaten en interne kandidaten.

De man was een externe kandidaat.

De man heeft zijn stellingen dat sprake is van onderscheid op grond van ras, geslacht of leeftijd niet onderbouwd met toetsbare feiten. Voorts zijn deze stellingen door het ministerie gemotiveerd betwist. Het staat vast dat de gehanteerde prioriteitsvolgorde de reden is van de beëindiging van de sollicitatieprocedure en dat de man is uitgenodigd te solliciteren naar andere bij het ministerie openstaande vacatures, op welke uitnodiging de man is ingegaan. Geen vermoeden.

2006-225

Grond: geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:
Vrouw heeft geen belang bij haar klacht jegens een ziektekostenverzekeraar.

Een vrouw heeft voor haarzelf en haar zonen in 2006 een (nieuwe) ziektekostenverzekering afgesloten. Zij draagt de financiële verantwoordelijkheid en betaalt de premie van de ziektekostenverzekering voor haar zonen. De ziektekostenverzekeraar, waarbij de vrouw niet is verzekerd, vergoedt alleen anticonceptiva die naar hun aard uitsluitend geschikt zijn om door vrouwen te worden gebruikt. Volgens de vrouw is sprake van onderscheid op grond van geslacht. De Commissie concludeert dat de vrouw geen belang heeft bij haar klacht jegens deze ziektekostenverzekeraar. De vrouw is niet bij deze ziektekostenverzekeraar verzekerd en de uitsluiting van anticonceptiva die door mannen kunnen worden gebruikt, is voor de vrouw niet de enige of belangrijkste reden geweest om zich elders te verzekeren. De vrouw is niet ontvankelijk in haar verzoek.

Opmerking:

De vraag of in een individueel geval sprake is van een belanghebbende in de situatie dat niet is ingegaan op een aanbod, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. Daarbij kan van belang zijn of sprake is van een algemeen dan wel individueel aanbod, of dat er op een of andere wijze sprake is van een bestaande relatie met de betreffende aanbieder, of de reden om niet op het aanbod in te gaan door-

slaggevend is geweest voor danwel rechtstreeks samenhangt met de betwiste bepaling, en of er andere aanbieders zijn die de betwiste bepaling niet hanteren waar de afnemer terecht kan.

2006-230

Grond: ras; geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting
Administratiekantoor maakt onderscheid op grond van ras bij de arbeidsbemiddeling door een vrouw af te raden te solliciteren voor de functie van receptionist bij zijn opdrachtgeefster. Advertentie in strijd met eisen van de wet.

Een administratiekantoor heeft een vrouw tijdens een telefoongesprek naar aanleiding van een vacature gevraagd naar haar afkomst. Tevens heeft het kantoor tegen haar gezegd dat zijn opdrachtgeefster een Hollandse dame zocht en haar afgeraden te solliciteren naar de functie. Direct onderscheid. Tevens oordeel over vacaturetekst, waarin gevraagd werd naar een 'receptioniste'. Zie tevens oordeel 2006-231

2006-232

Grond: geslacht
Terrein: leveren en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Weigering zwangerschapsuitkering vanwege wachttijd. Verboden onderscheid op grond van geslacht.

Verzekeringsmaatschappij weigert toekenning zwangerschapsuitkering omdat de vermoedelijke bevallingsdatum binnen twee jaar na aanvang van de verzekering ligt. Omdat deze wachttijd uitsluitend gericht is op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik door (zwangere) vrouwen en niet tegen andere mogelijke vormen van misbruik, is sprake van verboden onderscheid op grond van geslacht.

Opmerking:

Zie ook Rb Utrecht 3 mei 2006 en Hof Amsterdam 19 oktober 2006

2006-235

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:

De Commissie is niet bevoegd te oordelen over klachten nu de verhouding tussen de vrouw en de wederpartij zich niet laat kenmerken als een arbeidsverhouding in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving.

Een omroepstichting heeft een overeenkomst gesloten met een producent teneinde onder meer een dramaserie te produceren. De producent heeft een zelfstandig adviseur benaderd om hiervoor subsidieaanvragen te verzorgen. De adviseur heeft dit gedaan maar aan haar werkzaamheden is op 28 juli 2005 een einde gekomen. De adviseur stelt dat deze beëindiging te maken heeft met de seksuele intimidatie door de directeur van de omroepstichting. Zij stelt voorts wegens de indiening van onderhavige klacht door de omroepstichting te zijn benadeeld. De Commissie beoordeelt eerst of zij bevoegd is om over de voorliggende rechtsvragen te oordelen. De omroepstichting heeft de adviseur geen betalingen verstrekt. Evenmin heeft de omroepstichting instructie- en/of aanwijzings- en/of beoordelings-bevoegdheden gehad ten aanzien van de werkzaamheden van de adviseur. De verhouding tussen de adviseur en de omroepstichting laat zich niet kenmerken als een arbeidsovereenkomst, noch als een arbeidsverhouding in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving. De Commissie is niet bevoegd te oordelen.

2006-241

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: direct onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Direct onderscheid op grond van geslacht door arbeidsovereenkomst, in kader van reïntegratietraject, te beëindigen vanwege zwangerschap.

Een vrouw volgde een reïntegratietraject. Dit traject werd door een re-integratiebureau, in opdracht van een gemeente, uitgevoerd. Nadat bekend was dat de vrouw zwanger was, heeft het bureau, in overleg met diezelfde gemeente, besloten de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Door het maken van onderscheid op grond van zwangerschap maakt het bureau direct onderscheid op grond van geslacht. Dit is verboden, tenzij een in de wet opgenomen uitzondering op het verbod van toepassing is. Daarvan is in dit geval geen sprake.

Opmerking:

De Commissie beveelt het re-integratiebureau aan niet alleen maatregelen te treffen die de negatieve gevolgen van het gemaakte onderscheid voor de vrouw wegnemen, maar tevens maatregelen te treffen om dergelijke praktijken in de toekomst te voorkomen. In dat verband dienen tevens afspraken te worden gemaakt met de gemeente als opdrachtgever en met externe inleners.

2006-242 TO (tussenoordeel)

Grond: geslacht
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: bevoegd, inhoudelijke behandeling, aangehouden in afwachting van deskundigenadvies

Samenvatting:

Tussenoordeel; zaak aangehouden in verband met deskundigenadvies.

Een man heeft borstkanker en gebruikt in verband hiermee het medicijn tamoxifen. Hij is van mening dat de producent van het medicijn onderscheid op grond van geslacht maakt door op de bijsluiters van het medicijn tamoxifen niet te vermelden welke bijwerkingen die zich bij gebruik door mannen kunnen voordoen, dan wel door het medicijn tamoxifen op de markt te brengen, zonder dat onderzoek is verricht naar de bijwerkingen bij mannen. De producent heeft de stellingen van de man betwist.

De Commissie oordeelt dat zij bevoegd is een oordeel te geven over deze kwestie. Om echter te kunnen beoordelen of de producent onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, acht de Commissie het noodzakelijk nadere informatie in te winnen bij een deskundige. Zij houdt derhalve de behandeling van de zaak aan in afwachting van het advies van de deskundige.

2006-247

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:

Onderscheid op grond van geslacht en arbeidsduur door verschil in salarisgroei. Beroep op gelijkebehandelingswetgeving leidt tot victimisatie.

Een vrouw werkt als operator bij een bedrijf dat zich bezighoudt met de productie van (steriele) medische vloeistoffen. Zij stelt dat zij ongelijk

wordt beloond ten opzichte van twee mannelijke collega's.

Geconstateerd wordt dat geen sprake is van onderscheid bij de vaststelling van het aanvangssalaris, maar wel van een verschil in salarisgroei. Nu het verschil in salarisgroei niet kan worden verklaard uit de toegepaste beloningsmaatstaven, is sprake van onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. In reactie op het onderzoeksrapport van de functiewaarderingsdeskundige van de Commissie is de arbeidsduur als argument aangevoerd bij de toepassing van de beloningsmaatstaf functioneren. Dit leidt tot de conclusie dat tevens sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur. Tenslotte wordt geoordeeld dat de vrouw is benadeeld doordat zij een beroep heeft gedaan op de gelijkebehandelingswetgeving. Derhalve heeft het bedrijf in strijd gehandeld met het verbod van victimisatie.

2006-250

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van geslacht bij de bejegening. Geen onzorgvuldige klachtbehandeling. Geen victimisatie.

Docente meent dat een onderwijsinstelling jegens haar onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door discriminatoire bejegening/seksuele intimidatie door een collega en een leidinggevende en door haar klachten onvoldoende zorgvuldig te behandelen. Verder stelt zij dat zij door de onderwijsinstelling vanwege haar klachten is benadeeld bij de reïntegratie, beëindiging van het dienstverband en bij het betalen van de ontslagvergoeding. De Commissie oordeelt dat de docente geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid bij de bejegening kunnen doen vermoeden. Zij oordeelt voorts dat de klacht voldoende zorgvuldig is behandeld en dat de docente de door haar gestelde victimisatie niet heeft bewezen.

2006-251

Grond: geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: geen strijd met wet

Samenvatting:
Vrouw is zwanger. De arbeidsovereenkomst wordt niet verlengd. Geen onderscheid op grond van geslacht.

Een vrouw had een arbeidsovereenkomst voor de duur van 6 maanden. Kort nadat ze vertelde dat ze zwanger was, deelde de werkgeefster haar mee dat de arbeidsovereenkomst niet verlengd zou worden. De vrouw heeft voldoende feiten aangedragen om onderscheid te doen vermoeden. Werkgeefster is geslaagd in het bewijs van haar stelling dat ze geen onderscheid heeft gemaakt.

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

1 INLEIDING

Net als in eerdere jaren waren de vrijheid van godsdienst en het verbod op discriminatie wegens godsdienst ook in 2006 continu voorwerp van publiek debat, thema van omstreden uitspraken van rechters en semi-rechterlijke instanties als de Commissie Gelijke Behandeling, en aanleiding tot politieke relletjes en andere oproer. Aldus werd de van een afstand toekijkende commentator weer van het broodnodige materiaal voorzien. Ik volsta met een kleine greep (paragraaf 2), waarna in paragraaf 3 een beschouwing volgt over een specifiek, beladen thema: een mogelijk boerka-verbod. In paragraaf 4 tenslotte komen de Commissie-oordelen aan bod.

2 ONTWIKKELINGEN

2.1 *Segregatie op scholen*

In de vorige bundel maakte ik melding van een in december 2005 door het kamerlid Hamer (PvdA) c.s. ingediend initiatief-wetsvoorstel, dat met het oog op tegengaan van segregatie (de tweedeling in witte en zwarte scholen) en met het oog op bevordering van integratie aan leerlingen een nagenoeg ongeclausuleerde aanspraak wilde geven op toelating tot bijzondere scholen voor primair en voortgezet onderwijs. Alleen scholen die aantoonde dat zij gedurende tien voorafgaande jaren consequent leerlingen hadden geweigerd die de grondslag niet onderschreven, zouden het recht behouden om van deze verplichting tot toelating ontheven te worden.¹ Het wetsvoorstel was niet goed doordacht, en was in strijd met de in artikel 23, vijfde en zesde lid, Grondwet (Gw) gewaarborgde vrijheid van richting. Bovendien ging het volledig voorbij aan de Algemene wet gelijke behandeling (waarin immers in artikel 7, tweede lid AWGB een evenwicht is gevonden tussen de vrijheid van richting en het recht op gelijke toegang tot het bijzonder onderwijs) en aan de daarop gebaseerde, genuanceerde jurisprudentie van de Commissie. Daarnaast was het wetsvoorstel ingegeven door de naïeve en onjuiste vooronderstelling, dat versterking van het ouderlijk keuzerecht als vanzelf een meer gemengde schoolsamenstelling zou bewerkstelligen. Enkel een vluchtige blik in de literatuur en adviezen terzake had de goedwillende kamerleden het inzicht opgeleverd, dat versterking van het keuzerecht integratie niet bevordert, maar de segregatie in witte en zwarte scholen juist versterkt.²

¹ *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 417.

² Zie mijn 'De toelaatbaarheid van spreidingsbeleid en aanverwante maatregelen in het onderwijs', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 219-221, met nadere verwijzingen.

Naar aanleiding van scherpe kritiek van de Raad van State³ is het wetsvoorstel aangepast.⁴ Een leerling kan ingevolge dit aangepaste voorstel op grond van de denominatieve grondslag (richting) in principe slechts geweerd worden indien zijn ouders weigeren te verklaren de grondslag te *respecteren*. Afwijzing omdat de ouders de grondslag niet *onderschrijven* zal slechts mogelijk zijn als het beleid terzake in de schoolgids is neergelegd, en voldoet aan de eisen zoals vervat in artikel 7, tweede lid, AWGB. Ten aanzien van een afwijzing op grond van andere dan denominatieve motieven wordt eveneens vereist dat het beleid dat daaraan ten grondslag ligt in de schoolgids vastligt, en niet met de AWGB in strijd is. Tegen een weigering tot toelating zal beroep openstaan bij een door de minister benoemde Commissie beoordeling toelating leerlingen.

Vergaand is, dat de leerling hangende het beroep bij deze commissie niet geweerd kan worden en dus voorshands toegelaten moet worden. Het is met name de vraag of dat verenigbaar is met de vrijheid van richting, op grond waarvan een confessionele school in beginsel op basis van consistent beleid leerlingen die niet binnen de richting 'passen' kan weigeren. Voor het overige komt het wetsvoorstel er op neer dat de weigering van leerlingen op geëxpliciteerd beleid moet berusten. Dat daarnaast weigering van leerlingen met de AWGB in overeenstemming moet zijn is evident: dat vloeit immers al uit de AWGB zelf voort. Merkwaardig is ten slotte, dat het wetsvoorstel de bevoegdheid om hierover te oordelen wil onttrekken aan de Commissie Gelijke Behandeling⁵, en bij een aparte commissie wil neerleggen. De voorstellers voeren daartoe aan 'dat een goede inkadering van de toelatingsproblematiek voor het onderwijs hoge maatschappelijke prioriteit heeft en voor ouders een laagdrempelige, herkenbare en onderwijskundig-specialistische voorziening vereist'.⁶ Zelf zie ik niets in een dergelijke aparte commissie. Wat het nut en de noodzaak is om deze materie buiten de competentie van de CGB te plaatsen – die, zoals de indieners zelf erkennen, hiermee ruime ervaring heeft opgedaan! – ontgaat mij. Bovendien zal een zekere overlap van competenties tussen beide commissies vermoedelijk niet uit te sluiten zijn.⁷ Overigens denk ik, gezien de tekst van het regeerakkoord-Balkenende IV,⁸ dat dit wetsvoorstel geen wet zal worden.

Een teken aan de wand is dat de indieners – die toch waarlijk voorstander zijn van een getrouwe naleving van de AWGB – deze materie aan de bevoegdheid van de CGB willen onttrekken. Het lijkt mij een indicatie te zijn dat de CGB 'in de politiek' niet goed ligt. Ik vermoed dat de commotie rondom de zaken over het al dan niet 'handen schudden' (met name oordelen 2006-220 en 221) daar mede debet aan is; ik kom daar op terug in paragraaf 4.1 en in mijn noot onder oordeel 2006-220.

3 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 417, nr. 4.

4 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 417, nr. 5.

5 Het wetsvoorstel doet dat overigens op gebrekkige wijze, door artikel 7, tweede lid, AWGB te schrappen. Artikel 7, eerste lid, AWGB blijft evenwel in stand, zodat de Commissie Gelijke Behandeling ter zake toch bevoegd blijft, en enkel niet mag oordelen over een beroep op denominatieve gronden.

6 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 417, nr. 5, p. 8.

7 Ik wees er zojuist reeds op dat het wetsvoorstel de afbakening op gebrekkige wijze regelt, door (enkel) artikel 7, tweede lid, AWGB te schrappen. Artikel 7, eerste lid, AWGB blijft evenwel in stand, zodat de Commissie Gelijke Behandeling ter zake toch bevoegd blijft.

8 'Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie. Samen Werken, Samen Leven', *Kamerstukken II 2006/07*, 30 891, nr. 4, p. 14: 'Segregatie in het onderwijs moet worden bestreden. Zonder dat er sprake is van een acceptatieplicht [curs. mijnerzijds], zal hier sterk op worden ingezet'.

Naar de huidige stand van zaken is het nog steeds zo, dat de vrijheid van bijzondere scholen om leerlingen met een beroep op de grondslag (richting, denominatie) te weigeren ver gaat: het Maimonides-arrest⁹ is nog immer leidend. Een lastige vraag is wel, in hoeverre de in het Maimonides-arrest aan scholen voor primair en voortgezet onderwijs gegunde vrijheid ter zake ook geldt voor bepaalde opleidingen in het *middelbaar beroepsonderwijs*. In de met veel publiciteit omgeven zaak van het Hoornbeek College oordeelde de voorzieningenrechter dat deze vrijheid ook in die sector geldt, waarbij de door het schoolbestuur te hanteren toelatingsnormen van religieuze aard zich tot de privé-sfeer van betrokkenen kunnen uitstrekken, dus ook tot feitelijke handelingen (bijv. het feit dat de zus van de aspirant-leerling een broek draagt) en huiselijk gebruik (bijv. het feit dat de familie een televisie in huis heeft).¹⁰ Op grond van artikel 8.1.1, vijfde lid, Wet educatie en beroepsonderwijs (Web) gaat deze vrijheid overigens niet op voor de assistentenopleiding en de basisberoepsopleiding: voor deze opleidingen geldt dat inschrijving voor een ieder open dient te staan 'met dien verstande dat het bevoegd gezag van een bijzondere instelling kan aangeven dat degenen die wensen te worden ingeschreven, geacht worden de grondslag en de doelstellingen van de instelling te respecteren'.¹¹ Artikel 8.1.1, vijfde lid, Web geldt echter niet voor de overige in artikel 7.2.2 Web onderscheiden opleidingen (en zo een opleiding was hier aan de orde). Betekent dat nu dat voor die opleidingen de vrijheid van richting zoals uitgelegd in het Maimonides-arrest onverkort geldt? Maar hoe moet dan meewegen dat in het middelbaar beroepsonderwijs geen openbare instellingen meer aanwezig zijn? Mag het bijzonder beroepsonderwijs ingevolge artikel 8.1.2, eerste lid, Web¹² dan nog wel op grond van de richting weigeren?

Wat opvalt is overigens, dat de voorzieningenrechter in zijn uitspraak op geen enkele wijze refereert aan de AWGB. Blijkbaar 'leeft' de AWGB in zoverre nog steeds niet bij rechtsprekende instanties, en evenmin bij de rechtshulpverlening.

2.2 *Evaluatie AWGB: kerkgenootschappen, geestelijk ambt*

Het zij mij vergund dat ik enige aandacht besteed aan de eind 2006 verschenen tweede evaluatie van de AWGB.¹³ In het kader van deze evaluatie heb ik onderzocht of artikel 3 AWGB, welke bepaling met het oog op het waarborgen van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging stipuleert dat de AWGB niet van toepassing is op de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, en evenmin van toepassing is op het geestelijk ambt. Geconcludeerd wordt, dat de uitzondering die artikel 3 AWGB maakt in het

9 Zie het standaardarrest HR 22 januari 1988, AB 1988, 96, NJ 1988, 981 (Maimonides).

10 Vznr Rb. Utrecht 1 augustus 2006, *School en Wet* 2006, nr. 47. Zie over deze zaak D. Mentink, 'Vrijheid van richting: geen vrouw met een broek en geen medezeggenschapsraad', *School en Wet* september 2006, p. 5-10.

11 Voor het speciaal basisonderwijs (artikel 40, vierde lid, Wet op het primair onderwijs) en het hoger onderwijs (artikel 7.37, vijfde lid, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek) geldt evenzo dat slechts gevraagd mag worden de richting te respecteren. In het kader van de toelating tot het praktijkonderwijs binnen het betreffende samenwerkingsverband mag zelfs deze (minimale) eis niet gesteld worden (artikel 10g, tweede lid, Wet op het voortgezet onderwijs).

12 Artikel 8.1.2, eerste lid, Web luidt: 'Indien binnen een redelijke afstand van de woning van de deelnemer niet de gelegenheid bestaat tot het volgen van het onderwijs aan een openbare instelling, mag aan deze deelnemer de toelating tot een bijzondere instelling niet worden geweigerd op grond van godsdienst of levensovertuiging.'

13 M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006. Zie uitgebreid over de evaluatie de bijdrage van Havinga in deze bundel.

licht van de vrijheid van godsdienst niet te beperkt is. Voorwaarde is daarbij dan wel, dat de begrippen ‘(kwalificaties voor) het geestelijk ambt’ en ‘zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap’ in deze bepaling niet te beperkt uitgelegd worden. Een te restrictieve uitleg van deze begrippen zou met zich meebrengen, dat ook rechtsverhoudingen waar de overheid vanwege de vrijheid van godsdienst vergaande terughoudendheid heeft te betrachten, moeten voldoen aan het stringente regime van artikelen 5 en 7 AWGB. Dat zou in strijd zijn met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.¹⁴ Volledigheidshalve wijs ik op oordeel 2006-154 (in deze bundel geheel opgenomen, met noot van mijn hand) waarin de Commissie een ruimhartige uitleg van genoemde begrippen geeft.

2.3 *Politieke ontwikkelingen*

In de vorige bundel werden enkele mogelijke maatregelen genoemd gericht op voorkoming van verdere verscherping van religieuze tegenstellingen. Een van de maatregelen had in het bijzonder aanleiding gegeven tot veel discussie – het voorkomen te komen met een voorstel van wet tot strafbaarstelling van verheerlijking, vergoelijking, bagatellisering en ontkenning van zeer ernstige misdrijven (kortweg: een apologieverbod).¹⁵ Zo een wetsvoorstel is thans (februari 2007) echter nog immer niet ingediend. Wel ligt er een initiatief-wetsvoorstel van (toen nog Tweede Kamerlid) Huizinga-Heringa, dat beoogt ‘negationisme’ – zoals het ontkennen van volkerenmoord en misdrijven tegen de menselijkheid – strafbaar te stellen.¹⁶ Of dit wetsvoorstel juridisch en politiek haalbaar is valt te betwijfelen.¹⁷

Een ander voornemen kwam voort uit het verlangen van de Tweede Kamer om de toelating van buitenlandse imams op afzienbare termijn – als de imamopleidingen in Nederland voldoende van de grond zijn gekomen – te verbieden.¹⁸ De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ), hierover door de minister om advies gevraagd, concludeerde evenwel dat een *absoluut* verbod op toelating van buitenlandse imams niet verenigbaar zou zijn met de vrijheid van godsdienst in samenhang met het gelijkheidsbeginsel (zo een verbod zou immers de Islam discrimineren), en niet zou sporen met de terughoudendheid die de overheid op grond van de scheiding van kerk en staat heeft te betrachten ten aanzien van de keuzen van een geloofsgemeenschap ter zake.¹⁹ De kabinetsreactie geeft overigens geen aanleiding om te veronderstellen dat invoering van een dergelijk verbod te verwachten is.²⁰

De islam was uiteraard ook voorwerp van gesprek in de discussie naar aanleiding van een terloopse opmerking van minister Donner, dat de *sharia* – de islamitische wet – in het Nederlandse recht ingevoerd zou kunnen worden als daar een door de Grondwet vereiste tweederde meerderheid voor zou zijn. Een en ander leidde tot vragen en debat.²¹ De discussie hierover is uiteraard nog niet gesloten.

14 B.P. Vermeulen, ‘Kerkgenootschap en geestelijk ambt’, in Hertogh & Zoonjens 2006, p. 217-248.

15 Zie daarover E.J. Dommering, ‘Strafbare verheerlijking’, *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1693-1696.

16 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 579.

17 Vgl. in kritische zin H.J.M. Boukema, ‘De historische waarheid is geschiedenis’, *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 498-502.

18 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004/05, 29 854, nr. 10 (de naderhand ingetrokken motie-Bos c.s.).

19 ACVZ, *Toelating en verblijf voor religieuze doeleinden*, Den Haag 2005.

20 *Kamerstukken II* 2005/06, 19 637, nr. 1051.

21 *Aanhangsel Handelingen II* 2005/06, p. 2152 (Wilders); *Handelingen II* 2005/06, p. 6515-6547.

2.4 Varia

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) deed in 2006 geen uitspraken inzake de vrijheid van godsdienst en discriminatie wegens godsdienst (artikel 9 en 14 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens – EVRM) die voor de Nederlandse praktijk relevant nieuws brachten. Wel verschenen veel publicaties waarin de jurisprudentie van het Hof terzake uitgebreid aan de orde komt. Ik noem er enkele:

- A.P. Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen? Lastige kwesties rond godsdienst', in Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 473-505 (met daarin ook veel aandacht voor de Commissie-oordelen);
- T. Loenen, 'Het EHRM en de grenzen van religieus pluralisme', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 304-310;
- T. Loenen, *Geloof in het geding. Juridische grenzen van religieus pluralisme in het perspectief van de mensenrechten*, Den Haag: Sdu 2006 (met daarin ook uitgebreid aandacht voor de AWGB)
- D. McGoldrick, *Human Rights and Religion – The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2006
- B.P. Vermeulen, 'Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 9)', in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, 4th edition, p. 751-771.

3 NAAR EEN BOERKAVERBOD?

Aparte bespreking verdient de in de politiek levende wens om te komen tot een zogenaamd boerkaverbod. De boerka (burka, burqa) is een gezichtsbedekkende sluier, met name gedragen door islamitische vrouwen. In 2005 is in de Tweede Kamer het plan geopperd om de boerka uit het straatbeeld te weren, om redenen van veiligheid en omdat de boerka de integratie zou belemmeren. De terzake ingediende motie van de Groep Wilders werd gesteund door CDA, VVD, LPF en de Groep Nawijn en daarmee aangenomen. De tekst van de motie luidde: 'De Kamer, gehoord de beraadslaging, verzoekt het kabinet het openbaar gebruik van de burka in Nederland te verbieden, en gaat over tot de orde van de dag.'²²

Vervolgens heeft het kabinet de haalbaarheid van een boerkaverbod door een commissie van deskundigen laten onderzoeken.²³ In het begin november 2006 aangeboden advies – *Overwegingen bij een boerkaverbod*²⁴ – worden door deze commissie vier varianten van een verbod op gezichtsbedekkende kleding in het openbaar onderscheiden:

- (a) een algemeen verbod uitsluitend gericht tegen het dragen van *islamitische* gezichtsbedekkende sluiers (zoals boerka's, nikaabs);
- (b) specifieke plaats- of functiegebonden verboden uitsluitend gericht tegen het dragen van *islamitische* gezichtsbedekkende sluiers;

22 Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 41.

23 Voor de goede orde zij vermeld dat ik voorzitter van deze commissie was en de eindredactie van het advies heb verzorgd.

24 Dit rapport is te vinden op <http://www.justitie.nl>.

- (c) een algemeen verbod gericht tegen *alle* vormen van gezichtsbedekkende kleding in het openbaar;
- (d) specifieke plaats- of functiegebonden verboden gericht tegen *alle* vormen van gezichtsbedekkende kleding.

Het kabinet deelt de conclusie van de commissie, dat exclusief op islamitische gezichtsbedekkende sluiers gerichte verboden – varianten (a) en (b) – juridisch onhoudbaar zijn. Een dergelijk verbod zou in strijd zijn met de vrijheid van godsdienst in samenhang met het gelijkheidsbeginsel (artikel 9 jo. 14 EVRM, artikel 6 jo. 1 Grondwet).²⁵ Dat betekent dus, dat het specifieke *boerka*verbod geen begaanbare weg is. In het vervolgotraject zal derhalve met name aan de orde zijn welke mogelijkheden er zijn voor het invoeren van een *neutraal* geformuleerd verbod in de openbare en/of semi-openbare ruimte – varianten (c) en (d).

Optie (c), een algemeen, *neutraal* geformuleerd vermommingsverbod – een verbod op het dragen van *alle* vormen van gezichtsbedekkende kleding ook in de ‘zuiver’ openbare ruimte (bijvoorbeeld de straat, het plein) – is in de huidige context volgens de commissie *zowel juridisch als maatschappelijk zeer problematisch*. De vrijheid van godsdienst – welke hier in het geding is²⁶ – kan weliswaar aan formeel-wettelijke beperkingen onderworpen worden, wanneer deze noodzakelijk zijn op grond van openbare orde en veiligheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (artikel 6, eerste lid, Grondwet, artikel 9, tweede lid, EVRM en artikel 18, derde lid, Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten). Te denken valt aan het voorkomen van criminaliteit (hooliganisme, rellen, overvallen) en terroristische aanslagen. Bij de beoordeling of deze noodzaak zich voordoet gaat het natuurlijk in belangrijke mate om een politiek-strategische afweging, door de (democratisch gelegitimeerde) wetgever te verrichten, aan de hand van een zo goed mogelijk inzicht in de feitelijke risico’s, in de effectiviteit van een verbod en in de mogelijke maatschappelijke gevolgen. De commissie was – mede door gebrek aan een goed inzicht in de risico’s, effectiviteit en gevolgen – niet in staat zelf een adequate inschatting van vorenbedoelde risico’s te geven en de juiste aanpak aan te bevelen. Maar zonder nadere concrete aanwijzingen dat sprake is van reële, door het ontbreken van een algemeen vermommingsverbod *verhoogde* veiligheidsrisico’s was zij van oordeel dat zo een verbod juridisch zeer kwetsbaar zou zijn. Afgezien van de proportionaliteit en noodzakelijkheid zou de wetgever – en vervolgens de rechter – zich daarbij ook moeten buigen over de handhaafbaarheid, effectiviteit, afbakening (denk aan de integraalhelm: moet deze ook verboden worden?) en mogelijk discriminatoire toepassing van een algemeen vermommingsverbod. Daarbij zou ook bezien moeten worden of de huidige noodrechtsbevoegdheden niet voldoende zijn. Bovendien – aldus de commissie – zou een ogenschijnlijk algemeen-neutraal geformuleerd verbod, gezien de voorgeschiedenis (de motie-Wilders en de daarop volgende discussies), door de Moslimgemeenschap toch als een in feite exclusief tegen hen gericht verbod ervaren worden. Het ligt dan ook voor de hand dat een dergelijk verbod soortgelijke risico’s van negatieve maatschappelijke gevolgen zal oproepen als die, welke specifiek tegen de islamitische sluiers gerichte verboden met zich zullen brengen.

25 *Kamerstukken II 2006/07, 29 754, nr. 91, p. 2.*

26 Volgens de Commissie Gelijke Behandeling geldt het dragen van een boerka als een religieuze uiting, zie onder meer oordeel 2003-40, besproken in *Oordelenbundel 2003, p. 79-80.*

Resteert als reële strategie vermoedelijk alleen de laatstgenoemde optie (d): specifieke plaats- of functiegebonden verboden gericht tegen *alle* vormen van gezichtsbedekkende kleding in *semi*-openbare ruimten. Het advies geeft aan, dat het thans reeds mogelijk is met een beroep op bestaande wetgeving dan wel op de inherente vrijheid van organisaties, in een veelvoud van specifieke situaties en ‘eigen ruimten’ eisen te stellen met betrekking tot gezichtsbedekkende kleding. Te wijzen valt allereerst op wettelijke identificatieplichten, die legitieme en non-discriminatoire beperkingen vormen van de vrijheid van godsdienst, alsmede op verplichtingen ten aanzien van de opstelling bij sollicitaties als voorwaarde voor de toekenning van een uitkering, die niet geacht kunnen worden discriminatoir te zijn of een onaanvaardbare inperking van de vrijheid van godsdienst te vormen.

Ten tweede wijst de commissie er op, dat neutraal geformuleerde *interne* huisregels van organisaties – overheden, maatschappelijke instellingen zoals scholen, commerciële instellingen zoals banken, postkantoren – in het algemeen niet gelden als beperkingen van de vrijheid van godsdienst in *artikel 6 Grondwet*. De vrijheid van godsdienst neergelegd in artikel 6 Grondwet gaat immers niet zo ver dat zij personen toestaat altijd, overal en onder alle omstandigheden een boerka of andere vorm van gezichtsbedekkende kleding te dragen: zo reikt deze vrijheid niet tot binnen de ruimte ‘die van een ander is’.²⁷ Mits er redelijke gronden (identificeerbaarheid, communicatie, neutraliteit, emancipatorisch gelijkheidsstreven) zijn die zulke huisregels onderbouwen, zijn zij daarenboven in het licht van gelijkheidsnormen en de *internationale waarborgen* van de vrijheid van godsdienst (artikel 9 EVRM, artikel 18 IVBPR) toelaatbaar. De commissie bekritiseert in dit verband dan ook de CGB-toetsing, die haars inziens te weinig ruimte laat voor eigen afwegingen die onder meer kunnen voortvloeien uit overwegingen van communicatie en gelijkheidsstreven.²⁸

Het is dus in principe aan de betreffende organisaties, ondernemingen etc. om in *eigen* huisregels en beleid al dan niet een vermommingsverbod neer te leggen. Voorzover het gaat om *private* instellingen zou ik menen dat het nut, de noodzaak en de aanvaardbaarheid om hen bij centrale regeling *te verplichten* een vermommingsverbod in te voeren, of een centraal geformuleerd verbod binnen de eigen sfeer af te dwingen, niet aan de orde is. Anderzijds zou ik menen dat binnen de *eigen* sfeer van de *overheid* – dus binnen overheidsorganisaties, waar onder mede begrepen de ambtelijke organisatie en het openbaar onderwijs – een centraal geformuleerd vermommingsverbod, beargumenteerd op grond van overwegingen van identificeerbaarheid, communicatie, neutraliteit e.d. vermoedelijk toelaatbaar is.

Lastig is ten slotte de afweging ten aanzien van de *semi*-openbare sfeer, een ‘grijze zone’ die als het ware ligt tussen de ‘eigen sfeer van de ander’ (waaronder die van de overheid), waar de ruimte om interne huisregels te stellen groot is, en de ‘zuiver’ openbare sfeer (de straat, het plein), waar die ruimte zeer gering is. Het rapport wijst in dat verband met name op het *openbaar vervoer* (maar mogelijk zijn er nog andere ‘ruimten’ waarvoor hetzelfde geldt). Het is evident dat het openbaar vervoer zich tussen deze twee polen bevindt. Het kan enerzijds moeilijk volledig gekwalificeerd worden als de ‘eigen ruimte’ van bijvoorbeeld de Nederlandse Spoorwegen of het Gemeentelijk Vervoerbedrijf – het gaat immers om *openbaar*, voor allen open-

27 CGB-voorzitter Castermans ziet dit blijkbaar anders, zie zijn ‘Integratie en integriteit’, *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 2361-2362. Zie nader mijn noot bij oordeel 2006-220.

28 *Overwegingen bij een boerkaverbod*, p. 43-46, 51-54.

staand vervoer – maar anderzijds kan het ook niet opgevat worden als een zuiver ‘openbare ruimte’: de beheerder/eigenaar heeft natuurlijk wel een zekere zeggenschap.

Het openbaar vervoer is bovendien uit het oogpunt van veiligheid bij uitstek kwetsbaar; en de confrontatie met medeburgers is, gezien de beperktheid van de ruimte en de onmogelijkheid om zich aan nadere confrontatie te onttrekken, juist hier ingrijpend. Mocht de wetgever na ampele overweging oordelen dat de veiligheidsrisico’s en andere belangen hier om vragen, dan zal overigens wel in formele wetgeving een expliciete basis gevormd moeten worden voor een neutraal geformuleerd vermommingsverbod.

Het is niet goed mogelijk een zinvolle inschatting van de toekomstige ontwikkelingen te geven. Kabinet-Balkenende III kondigde in zijn reactie op het advies *Overwegingen bij een boerkaverbod* aan dat het een wetsvoorstel zou indienen inhoudende de invoering van ‘een algeheel verbod van gezichtsbedekkende kleding in de (semi-)openbare ruimte’. Een interdepartementale werkgroep zou hiertoe een advies formuleren.²⁹ Onduidelijk is wat dit eventuele wetsvoorstel zal gaan inhouden: wat wordt verstaan onder een ‘algeheel verbod’, en onder de ‘(semi-)openbare ruimte’? Evenzo onduidelijk is wat Kabinet-Balkenende IV op dit terrein voornemens is. Wordt de voorbereiding van genoemd voorstel voortgezet? Het regeerakkoord laat dat in het midden, en volstaat er mee vast te stellen: ‘Ter bescherming van de openbare orde en veiligheid kan gelaatsbedekkende kleding worden verboden’.³⁰ Of zo een verbod ook werkelijk voorgesteld gaat worden, en waar het dan zou gelden, wordt daarbij in het midden gelaten.

Eind februari 2007 heeft de nieuwe Minister voor Integratie (Vogelaar), zich op het standpunt gesteld dat de boerka op straat ‘moet kunnen’. In reactie hierop heeft het kamerlid Wilders, de indiener van de eerdergenoemde motie en fractievoorzitter van de Partij voor de Vrijheid (PVV) aangekondigd een initiatiefwetsvoorstel in te dienen gericht op de invoering van een algemeen geldend boerkaverbod.

4 DE OORDELEN

In 2006 werden er 56 verzoeken bij de Commissie ingediend die betrekking hadden op godsdienst. Er werden in zaken betreffende deze grond 28 oordelen gegeven (tegen 21 in 2005). De gronden levensovertuiging en politieke gezindheid kwamen er zoals gebruikelijk bekaaid van af. Alleen oordeel 2006-76 ziet op politieke gezindheid (en ras), terwijl oordeel 2006-112 naast godsdienst ook levensovertuiging betreft.

Volstaan wordt met een korte schets van de belangrijkste oordelen. Achtereenvolgens komen aan bod: onderwijskwesties (4.1), arbeidsconflicten buiten het onderwijs (4.2) en varia (4.3).

²⁹ *Kamerstukken II 2006/07*, 29 754, nr. 91, p. 2. Zie hieromtrent ook *Aanhangsel Handelingen II 2006/07*, 515.

³⁰ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 891, nr. 4, p. 27.

4.1 *Kwesties in het onderwijs*

Een interessante casus betreft oordeel 2006-114. Verzoeker stelde in deze zaak dat het betreffende schoolbestuur onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door zijn dochter geen vrij te verlenen in verband met het suikerfeest, en moslimleerlingen wel. De Commissie is van oordeel dat de vraag of een leerling al dan niet recht heeft op een verlofdag in verband met godsdienstige verplichtingen rechtstreeks voortvloeit uit de Leerplichtwet zelf. In een dergelijk geval controleert het College van Burgemeester en Wethouders (ten onrechte suggereert de Commissie dat verweerder – in casu een bijzonder schoolbestuur – dat doet) slechts of is voldaan aan de formele criteria van de Leerplichtwet. Indien voldaan wordt aan die formele criteria, dan is sprake van geoorloofd schoolverzuim.³¹ Of door deze uit de Leerplichtwet voortvloeiende vrijstellingsregeling andersgelovige of niet-gelovige leerlingen in een nadeliger positie komen te verkeren omdat zij minder vrije dagen hebben dan moslimkinderen doet daar niet aan af. Daarenboven merkt de Commissie op dat het niet voor de hand ligt te spreken van een nadeel voor de leerlingen die onderwijs genieten ten opzichte van de leerlingen die vanwege hun godsdienstige verplichtingen daarvan zijn vrijgesteld. Kortom, onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat het gaat om het aanbieden van goederen en diensten (artikel 7 AWGB) bij het gebruik van genoemde vrijstellingsmogelijkheid. Derhalve is de Commissie onbevoegd.

In oordeel 2006-128 betreft het een sollicitante die opteert voor een functie van groepsleerkracht in het protestants-christelijk basisonderwijs, en voor deze functie is afgewezen omdat in onvoldoende mate is gebleken van een christelijke levensovertuiging. Het schoolbestuur heeft bij de afwijzing derhalve onderscheid gemaakt op grond van godsdienst, maar beroept zich op de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB. Op grond van deze bepaling mag een instelling van bijzonder onderwijs eisen stellen aan de vervulling van een functie die gelet op het doel van de instelling (de richting) nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. De Commissie honoreert dit beroep, nu het doel van de school – de religieuze richting – inderdaad een belangrijke rol speelt in de praktijk van de school en de leerkrachten bij de vormgeving ervan een belangrijke rol spelen. Het schoolbestuur handelde derhalve niet in strijd met de wet. Wat opvalt is dat de Commissie niet ingaat op de stelling van verzoekster, dat zij wel degelijk in staat en bereid is om aan de religieuze identiteit van de school inhoud te geven. Blijkbaar aanvaardt de CGB de weergave van het schoolbestuur van het sollicitatiegesprek, waarin verzoekster blijkbaar had gezegd dat zij niets met het geloof deed, al geloofde ze ‘dat er wel iets was’. De CGB had dat dan wel in haar overwegingen tot uitdrukking moeten brengen.

In oordeel 2006-93 komt de Commissie na een nogal rommelig betoog³² tot de slotsom dat een christelijke scholengemeenschap geen beroep toekomt op artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB. Het betreft een tijdelijke functie, waarvoor een sollicitant geweigerd is omdat hij moslim is. Volgens de Commissie maakt verweerder verboden onderscheid, nu van docenten die een tijdelijke functie vervul-

31 Zie in deze zin B.P. Vermeulen & G.J.J. Goetheer, *Leerplichtwet 1969, Tekstuitgave 2007*, Den Haag: Elsevier 2006, p. 17.

32 Eerst stelt zij vast dat het schoolbestuur strikt vast houdt aan de eis dat alle docenten de grondslag van de school onderschrijven, om vervolgens – enkele zinnen daarna – te concluderen dat er geen sprake is van een consequent beleid dat erop gericht is dat alle docenten de identiteit van de school onderschrijven.

len noch volgens de statuten noch volgens het beleidskader identiteit vereist wordt dat zij de grondslag onderschrijven, zodat haar geen beroep op genoemde uitzonderingsbepaling toekomt. Als ik het goed begrijp komt dit oordeel er op neer dat niet voldoende is dat sprake is van een consequent gehandhaafd beleid, maar dat daarenboven dit beleid ook adequaat *op papier* gesteld moet zijn. Wijkt het feitelijke beleid van het beleid op papier af, dan is al snel sprake van een inconsistentie die verhindert dat een beroep op artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB gedaan kan worden.

De Commissie heeft in 2006 een aantal malen moeten oordelen over religieus gemotiveerde weigeringen om de *hand te schudden* van personen van het andere geslacht.³³ De zaak die de meeste publiciteit en kritiek heeft gekregen³⁴ betreft een vmbo-school die een islamitische docente schorste, omdat zij na haar zomervakantie meedeelde vanwege haar godsdienstige overtuiging mannen geen handen meer te zullen geven (oordelen 2006-220 en 2006-221; zij betreffen dezelfde zaak³⁵). Uitgangspunt is, dat sprake is van *indirect onderscheid*. De school vraagt van haar leraren conformiteit met de gangbare respectvolle omgangsvormen, hetgeen onder meer inhoudt dat zij in voorkomende gevallen een hand hebben te geven ongeacht het geslacht van de wederpartij. Dit gedragsvoorschrift is neutraal geformuleerd, en wordt dus niet aangemerkt als een vorm van *direct* onderscheid. Het voorschrift zal evenwel met name leerkrachten treffen die op grond van hun geloofsovertuiging niet bereid zijn om personen van het andere geslacht een hand te geven, zodat wel sprake is van *indirect* onderscheid.

Indirect onderscheid kan evenwel gerechtvaardigd zijn. Voorwaarden zijn daarvoor, dat het middel – de indirect onderscheid makende maatregel – een legitiem doel heeft, passend is (geschikt is om het doel te bereiken) en noodzakelijk is in de zin dat geen lichter alternatief beschikbaar is. De Commissie komt tot de slotsom dat de aangevoerde doelen (bevorderen en handhaven van respectvolle omgangsvormen; voorbereiden van leerlingen op de arbeidsmarkt) legitiem zijn. Maar zij acht de maatregel met het oog op het eerstgenoemde doel niet passend en niet noodzakelijk, omdat door de betrokken docente de voorgeschreven begroetingsvorm – het geven van een hand, ook aan mannen – vanwege haar geloof niet als aanvaardbaar beschouwd wordt, en er een door haar als wel aanvaardbaar beschouwd alternatief – de vriendelijke hoofdknik – voorhanden is. Met het oog op het tweede doel (voorbereiding op de arbeidsmarkt) concludeert de Commissie dat het middel niet passend en niet noodzakelijk is, nu sectoren van de arbeidsmarkt vaak hun eigen gebruiken kennen (blijkbaar zijn dat sectoren – welke dat zijn wordt niet aangeduid – waar het handen schudden niet gebruikelijk of niet vereist is).

In een uitspraak van enkele jaren terug (oordeel 2002-22)³⁶ oordeelde de Commissie nog, dat de weigering om een hand te geven aan personen van het andere geslacht voldoende grond was voor de school om betrokkene niet aan te nemen. Waar het verschil met de voorliggende casus in zit is niet duidelijk. Mogelijk is dat gelegen in de door de Commissie ingenomen stelling dat er alternatieve vormen van respectvolle begroeting zijn. *Maar respectvol in de ogen van wie?* Is het wel voldoende dat de docente met haar handenschudden-ervangende hoofdknik respectvol *bedoelt* te zijn? Telt niet ook, of de wederpartij die goede bedoeling wellicht niet als zoda-

33 Naast de hierna besproken oordelen 2006-220 en 2006-221 betrof het oordelen 2006-51 en 2006-202.

34 En welke minister Verdonk er zelfs toe bracht opheffing van de Commissie te bepleiten.

35 Oordeel 2006-220 is met een noot van mijn hand in het rechtspraakoverzicht opgenomen.

36 Zie daarover mijn bijdrage in de Oordelenbundel 2002, p. 74-75.

nig waarneemt? Waarom beoordeelt de Commissie de respectvolheid slechts vanuit één perspectief, te weten dat van de docente, en niet ook vanuit het perspectief van werkgever, collega's, ouders, leerlingen, stageverlenend bedrijfsleven?

In oordeel 2002-22 kwam de Commissie tot de slotsom dat geen sprake was van verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst, onder meer nu de handelwijze van het schoolbestuur beargumenteerd werd op grond van het vereiste van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zoals de Commissie ook thans aan geeft, kan de weigering om personen van het andere geslacht een hand te geven worden opgevat als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen. Maar nu komt zij tot de slotsom dat het gelijkheidsargument niet opgaat, omdat de docente heeft verklaard bereid te zijn om in het geheel af te zien van het schudden van handen (en iedereen op dezelfde respectvolle wijze – vriendelijk hoofdknikken – te begroeten). Ik moet erkennen weinig in deze 'oplossing' te zien. Uiteraard gaat het de docente er alleen om dat zij mannen geen handen schudt. In de praktijk zal zij vermoedelijk vrouwen de handen blijven schudden. En als zij dat niet doet, zal zij voortdurend met een complexe argumentatie moeten aankomen: het is één zaak om uit te leggen dat je personen van het andere geslacht geen hand wilt geven, maar een andere (nog veel lastiger) zaak om uit te leggen dat je ook personen van hetzelfde geslacht geen hand wilt geven.

Het argument van de voorbereiding op de arbeidsmarkt wordt ten slotte met een enkele verwijzing naar de variatie in sectoren van de markt afgedaan. Vermoedelijk meent de Commissie dat er voldoende werkgelegenheid is in sectoren waarin het handenschudden niet telt. Maar waar haalt de Commissie deze wijsheid vandaan? Worden leerlingen door een rolmodel als deze docente niet een richting gewezen die hun kansen op de arbeidsmarkt alleen maar verzwakt?

Al met al zijn dit mijns inziens rechtens onjuiste en maatschappelijk gezien contra-productieve uitspraken, waarmee de Commissie haar gezag heeft verzwakt.³⁷ Ik kom daar nader op terug in mijn noot bij oordeel 2002-220.

Minder omstreden zijn de uitspraken die de Commissie het afgelopen jaar deed over kledingvoorschriften in het onderwijs. Overeenkomstig de al sinds jaar en dag geldende vaste lijn komt zij tot de slotsom dat het niet toelaten voor een stage (enkel) omdat betrokkene een hoofddoek draagt verboden direct onderscheid op grond van godsdienst vormt (oordelen 2006-70 en 2006-144). Algemeen geformuleerde kledingvoorschriften, gebaseerd op neutrale doeleinden (veiligheid, communicatie) kunnen veelal wel door de beugel. Zo kan het verbod op volledig gezichtsbedekkende kleding, dat ook de boerka (een islamitische gezichtssluier) bestrijkt in principe door de beugel op grond van overwegingen van communicatie (oordelen 2006-170 en 2006-239; in lijn met oordeel 2003-40). En ook het verbod op hoofdbedekking, dat mede de hoofddoek omvat, is veelal aanvaardbaar als daar veiligheidsargumenten of pedagogische redenen aan ten grondslag liggen (oordeel 2006-170).

4.2 *Werkverhoudingen buiten het onderwijs*

Ook buiten het onderwijs worden voor de Commissie gebrachte godsdienstzaken in arbeidsverhoudingen veelal bepaald door kledingvoorschriften die hoofddoekdragende moslima's treffen. De Commissie is bijvoorbeeld van oordeel dat een werkgever verboden onderscheid op grond van godsdienst maakt indien hij niet toestaat dat een kantinemedewerkster tijdens representatieve gelegenheden een hoofddoek draagt waardoor een deel van de bedrijfskleding en het logo van het bedrijf bedekt wordt (oordeel 2006-84). De (neutrale) doelstellingen van de werkgever zijn gelegen in de herkenbaarheid van het kantinepersoneel voor de cliëntele bij bijzondere evenementen, het bewerkstelligen van een representatieve en professionele uitstraling van het kantinepersoneel tijdens deze evenementen en het bereiken van een uniforme uitstraling van het kantinepersoneel. Deze doelstellingen zijn legitiem, en het middel is geschikt om de doelstelling te bereiken. Er is evenwel een alternatief middel denkbaar waarmee de doelstelling ook kan worden bereikt zonder onderscheid te maken, in de vorm van het dragen van een doek met dezelfde stof (en daarmee dezelfde kleur) als de bedrijfsblouse, waarop het bedrijfslogo is gespeld. Het middel is derhalve niet noodzakelijk.

Een soortgelijke pragmatische oplossing stelt de Commissie voor in oordeel 2006-215, betreffende een hoofddoekdragende sollicitante die afgewezen werd voor de functie van telefoniste omdat door het dragen van de headset over de hoofddoek de geluidsoverdracht en daarmee de communicatie tussen telefonist en klant aan kwaliteit inboet. De Commissie oordeelt dat aldus verboden indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van godsdienst omdat er een alternatief middel voorhanden is: het dragen van de headset onder de hoofddoek. Zowel de sollicitante als de beoogd werkgever kunnen met dit alternatief uit de voeten.

Eisen met het oog op representativiteit of neutraal-uniforme uitstraling zijn niet per definitie uitgesloten, maar zullen in het algemeen toch niet voldoende zijn om het daaruit voortvloeiende indirect onderscheid gemaakt jegens op die grond afgewezen hoofddoekdraagsters te rechtvaardigen (oordelen 2006-138, 2006-217 en 2006-248).

Een weigering specifiek gebaseerd op het dragen van een hoofddoek merkt de Commissie zoals gebruikelijk aan als direct onderscheid wegens godsdienst, dat (daargelaten een wettelijke uitzondering) per definitie met de AWGB in strijd is (oordeel 2006-213).

Niet alleen moslima's ondervinden onderscheid wegens hun godsdienst. Zo komt het ook wel eens voor dat een sollicitant geweigerd wordt omdat hij Jehova's getuige is; uiteraard vormt dat verboden onderscheid (oordeel 2006-4). Wat lastiger ligt de vraag of een sollicitant voor de functie van sluiswachter afgewezen mag worden omdat hij vanwege zijn geloofsovertuiging (in principe) niet op zondag wil werken. Terecht oordeelt de Commissie er niet van overtuigd te zijn dat dit zulke logistieke problemen oplevert dat de verplichting – inzetbaarheid ook op zondag – in casu noodzakelijk is, en dat dus sprake is van een verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst (oordeel 2006-147).

Dat een christelijke vakbond voor beleidsbepalende en beleidsuitvoerende functies slechts personen met een christelijke geloofsovertuiging aanneemt is begrijpelijk. Dat zij een sollicitante voor een dergelijke functie afwijst omdat zij niet christelijk is vloeit daar noodzakelijkerwijs uit voort. De Commissie komt dan ook tot de slotsom dat dit directe onderscheid op grond van godsdienst niet verboden is – immers

gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 5, tweede lid, onderdeel a, AWGB - aangezien verweerster een instelling is op godsdienstige grondslag, de functie-eis dat de kandidaat een christelijke geloofsovertuiging heeft gelet op het doel van verweerster noodzakelijk is en sprake is van een vast en op het doel van verweerster berustend beleid dat consequent is gericht op het handhaven van die christelijke identiteit (2006-218).

4.3 *Overige kwesties*

Ik rond af met enige *varia*. Een sportschool maakt direct onderscheid op grond van godsdienst door verzoeksters vanwege de vervelende reacties van leden van de school niet toe te laten, althans sterk te ontmoedigen met een hoofddoek in de school te trainen. Op de school rust immers de verplichting om te zorgen voor een discriminatievrije omgeving (oordeel 2006-48).

Zoals eerder geconstateerd kwamen de gronden ‘politieke gezindheid’ en ‘levens-overtuiging’ er bekaaid van af. Alleen oordeel 2006-76 ziet op politieke gezindheid. Die zaak betrof een internet magazine, dat de samenwerking met een auteur verbrak vanwege zijn extreme uitlatingen jegens blanken en Hindoestanen. De Commissie meent, dat deze handelwijze niet zozeer ingegeven was door de politieke gezindheid van betrokkene, als wel door het kwetsende en beledigende karakter van zijn uitlatingen, en concludeert dat geen onderscheid is gemaakt op grond van politieke gezindheid. Hoewel ik de uitkomst onderschrijf, zou ik veeleer menen dat wel sprake is van indirect onderscheid op grond van (een extreme) politieke gezindheid, dat echter objectief gerechtvaardigd is.

Oordeel 2006-112 betreft een bouwbedrijf dat heeft geweigerd in de woning van verzoeker kozijnen te plaatsen vanwege de aanwezigheid van een tattoo-shop en de hiermee verband houdende inrichting, omdat daaruit een levensstijl blijkt die niet past bij de opvattingen en principes van het bedrijf. Het enkele feit dat het bouwbedrijf heeft verwezen naar de levensstijl van verzoeker en de opvattingen en principes aan verweerders zijde is volgens de Commissie op zichzelf evenwel onvoldoende om een vermoeden van ongelijke behandeling op grond van (het ontbreken van) godsdienst of *levens-overtuiging* te vestigen.

Ten slotte enkele *niet-ontvankelijkheden*, die de keerzijde vormen van door de AWGB met het oog op godsdienst gedicteerde uitzonderingen. Een klacht inzake de vrijstelling van een algemeen verbod op hoofdbedekking op grond van religieuze overwegingen wordt niet ontvankelijk verklaard. De Commissie overweegt dat verzoeker of zijn dochter geen nadeel van de op de betreffende school geldende kledingvoorschriften ondervinden: het gaat hen er immers enkel om dat alle leerlingen gelijk worden behandeld, in de zin dat het aan alle, of aan geen van alle leerlingen is verboden hoofddeksels te dragen, ongeacht of godsdienst in het geding is (oordeel 2006-122). Deze overweging is lastig te begrijpen. De essentie van de klacht is toch, dat leerlingen wel ongelijk behandeld worden, namelijk in principe geen hoofddeksel mogen dragen, tenzij zulks ingegeven is door een godsdienstig motief? Beter ware het als de Commissie volstaan had met de simpele overweging dat het belang van verzoeker niet geraakt is, nu hij en zijn dochter geen hoofddeksel wensen te (doen) dragen en daartoe door de school ook niet verplicht worden.

Belangwekkend zijn de niet-ontvankelijkheden in oordelen 2006-203 en 2006-204. Deze zien op klachten van Burgemeester en Wethouders van Rotterdam en het

vrouwelijk hoofd personeel en organisatie (van de dienst Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de gemeente) Rotterdam, welke met het oog op dezelfde zaak als beslist in oordeel 2006-202 ingediend zijn. Zowel de gemeente als de functionaris beklagen zich over het gedrag van de mannelijke sollicitant, die op grond van zijn islamitische geloofsovertuiging weigert vrouwen een hand te geven.³⁸ De Commissie meent dat ze niet ontvankelijk zijn, nu hun klachten zien op een persoon die geen normadressaat is van de AWGB. De AWGB ziet immers – grosso modo – op werkgevers, aanbieders e.d., en niet op werknemers, consumenten etc. Naar mijn mening is dit standpunt juist. Overigens zou in een casus als deze de Commissie niettemin tot een materieel oordeel gedwongen kunnen worden als de vrouwelijke functionaris in kwestie een klacht tegen het gemeentebestuur zou indienen. Die klacht zou dan inhouden dat het bestuur niet voldoende zijn verplichting onder de AWGB om een discriminatievrije werkomgeving te waarborgen nakomt door mannen te benoemen die uit geloofsmotieven menen dat zij vrouwen geen hand kunnen geven.

38 In oordeel 2006-202 is de sollicitant in het gelijk gesteld: dat hij om deze reden voor de betreffende functie is afgewezen levert verboden (indirect) onderscheid wegens godsdienst op.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

2006-4

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van godsdienst, man is Jehova's getuige, bij de sollicitatie.

Een man, Jehova's getuige, heeft per e-mail gesolliciteerd voor de functie van modelmaker bij een bedrijf dat verlichtingsarmaturen ontwerpt en produceert.

De man ontvangt per abuis een e-mail van het bedrijf dat intern is bedoeld met daarin de tekst: "(...) Ik heb even snel gekeken, maar volgens mij is dit de jongen die we als eerste hebben gesproken. Leek toen heel goed, maar had negatieve referentie (was geloof ik Jehova). Als je thuis bent moet je ook maar kijken naar de sculpturen in de bijlagen. Ziet er eng uit....."

De Commissie is van oordeel dat deze tekst onderscheid op grond van godsdienst kan doen vermoeden. De Commissie oordeelt dat hetgeen het bedrijf naar voren heeft gebracht onvoldoende is om te bewijzen dat bij de afwijzing voor de desbetreffende vacature de religieuze achtergrond van de man geen rol heeft gespeeld. Nu het bedrijf het vermoeden van onderscheid niet heeft kunnen weerleggen, luidt de conclusie dat het bedrijf verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst.

2006-29

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Apotheek heeft jegens vrouw geen verboden onderscheid op grond van godsdienst gemaakt bij de beslissing haar arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd op te zeggen.

Een vrouw draagt vanwege haar geloofsovertuiging een hoofddoek. Zij is bij een apotheek in

dienst getreden als apotheek assistent voor de duur van zes maanden met een proeftijd van één maand. Op de tweede dag is haar arbeidsovereenkomst beëindigd met een beroep op het proeftijdbeding. Volgens de vrouw houdt de beëindiging verband met het dragen van haar hoofddoek. De apotheek geeft als reden een gebrek aan communicatie en een solistische houding. De vrouw heeft geen feiten en omstandigheden gesteld die onderscheid op grond van godsdienst kunnen doen vermoeden. Zij droeg haar hoofddoek tijdens het sollicitatiegesprek en is aldus ook in de apotheek rondgeleid. Weliswaar bevreedt het de Commissie dat een werkgever reeds na twee dagen tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst overgaat zonder de medewerker begeleiding aan te bieden of aan te spreken op het gedrag. De beoordeling van de zorgvuldigheid van deze gang van zaken behoort niet tot de bevoegdheden van de Commissie, zodat zij zich van een oordeel hierover dient te onthouden.

2006-30

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Direct onderscheid op grond van godsdienst door beleid bij politie waarbij hoofddoek niet gedragen mag worden in niet-geüniformeerde dienst. Zorgplicht werkgever.

Een politieagente beslist op enig moment dat zij een hoofddoek wil gaan dragen vanwege haar godsdienst. De werkgever stemt hierin toe, maar geeft wel aan dat zij dan niet meer in de geüniformeerde dienst kan werken. Ook de politieagente is het hier mee eens. Afgesproken wordt dat gezocht zal worden naar een vervangende functie in de niet-geüniformeerde dienst. In de tussentijd verricht de werkneemster werkzaamheden waarbij zij ook publiekscontacten heeft, maar verder in burgerkleding werkt met hoofddoek. Maar door de werkgever wordt benadrukt dat dit slechts een tijdelijke situatie betreft. Uiteindelijk wordt het de werkneemster niet toegestaan om een functie te

vervullen waarbij zij met hoofddoek gekleed, publiekscontacten heeft. Na een maand kondigt de werkgever aan dat gestreefd zal worden naar het einde van de aanstelling, een vervangende functie is niet te vinden voor de werkneemster, zo wordt gesteld. De Commissie oordeelt dat er vanuit de gelijkebehandelingswetgeving bezien geen zorgplicht bestaat voor de werkgever, in die zin dat hij verplicht is zich in te spannen om voor de agente een andere functie te zoeken. Wel zegt de Commissie dat als de werkgever zich inspant, hij daarbij geen onderscheid mag maken. Door bij het zoeken naar een andere functie, functies waarbij het onderhouden van publiekscontacten horen, buiten beschouwing te laten, maakt de werkgever onderscheid. Daarnaast handelt de werkgever ook in strijd met de wet door de agente vanwege haar hoofddoek gedurende een korte periode te verbieden om werkzaamheden te verrichten waarbij zij contact heeft met het publiek.

2006-48

Grond: godsdienst
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Sportschool maakt direct onderscheid op grond van godsdienst door twee moslimvrouwen niet toe te laten, althans sterk te ontmoedigen met een hoofddoek in zijn sportschool te trainen.

Twee vrouwen dragen op grond van hun godsdienstige overtuiging een hoofddoek, ook tijdens het trainen. Een sportschool heeft de moslims geadviseerd een andere sportschool te zoeken. De sportschool maakt jegens de twee vrouwen direct onderscheid op grond van hun godsdienst door hen niet toe te laten, althans hun te ontmoedigen te sporten op de sportschool.

2006-51

Grond: godsdienst
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van godsdienst door voor toelating op de opleiding voor onderwijsassistent de voorwaarde te stellen dat een moslimleerling personen van het andere geslacht in voorkomende gevallen begroet door het geven van een hand.

Een mevrouw, die vanwege haar Islamitische geloofsovertuiging, fysiek contact met personen van het andere geslacht – zoals het geven van een hand – vermijdt, wordt om die reden niet toegelaten tot de opleiding van onderwijsassistent.

De school maakt, door leerlingen om die reden niet toe te laten tot haar opleiding, indirect onderscheid op grond van godsdienst. Als objectieve rechtvaardiging heeft de school aangegeven dat de toelatingseis de volgende doelen dient:

het creëren van eenduidige fatsoensnormen en het ontwikkelen van de competentie burgerschap. De Commissie oordeelt dat de school door zich bij het onderwijzen van normen en waarden te richten op hetgeen gangbaar is onder de meerderheid van de Nederlandse bevolking, leerlingen uit minderheidsgroepen, zoals deze mevrouw, uitsluit. Uit hetgeen de school hieromtrent naar voren heeft gebracht kan de Commissie niet afleiden dat de school zijn doel niet zou kunnen bereiken zonder dat personen als mevrouw A worden uitgesloten. Er zijn immers verschillende wijzen van begroeting denkbaar die als fatsoenlijk en respectvol kunnen worden aangemerkt.

Voorts heeft de school aangevoerd dat haar handelwijze voortvloeit uit een wettelijke verplichting op grond waarvan hij leerlingen in overeenstemming met de maatschappelijke behoeften en de behoeften op de arbeidsmarkt moet opleiden. De Commissie stelt vast dat het opleiden van leerlingen er niet noodzakelijkerwijs toe leidt dat zij handen schudden. Ten aanzien van de functie van onderwijsassistent is niet gebleken dat het niet schudden van handen een zo groot bezwaar is, dat het volgen van een opleiding daartoe in redelijkheid niet zinvol is.

Tot slot heeft de school aangevoerd de gelijkheid van man en vrouw te willen benadrukken. De Commissie stelt echter vast dat die te bewerkstelligen is door van de betrokkene te vragen mannen noch vrouwen een hand te geven doch iedereen op een zelfde respectvolle wijze te begroeten. De school handelt in strijd met de wet.

2006-70

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Een school heeft verboden onderscheid op grond van godsdienst gemaakt jegens een studente door in te stemmen met het voorstel van het stagebureau om een andere stageplaats te zoeken.

Een school vertelde de studente en het stagebureau, dat het lopen van een stage op de school

door de studente mogelijk problematisch zou worden omdat geen enkele leerkracht of leerling van de school een hoofddoek draagt, waardoor de studente in een uitzonderingspositie zou komen. Het stagebureau stelde de school voor om een andere stageplek voor de studente te zoeken, met welk voorstel de school heeft ingestemd. Vast is komen te staan dat de hoofddoek ten grondslag heeft gelegen aan het voorstel van het stagebureau om een andere stageplaats te zoeken voor de studente en dat de school met dit voorstel akkoord is gegaan. Het is de school toe te rekenen dat de studente op de school geen stage kon lopen. Nu de studente haar hoofddoek draagt uit godsdienstige overwegingen is sprake van direct onderscheid op grond van godsdienst. De school heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van godsdienst.

2006-76

Grond: politieke gezindheid; ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid; ongegrond

Samenvatting:
Een exploitant van een internetmagazine heeft geen onderscheid gemaakt op grond van politieke gezindheid of ras jegens een auteur door de samenwerking te verbreken en door de auteur geen toegang meer te verlenen tot een internetmagazine.

Een exploitant van een internetmagazine heeft de samenwerking met een auteur beëindigd voor wat betreft het plaatsen van zijn artikelen op het (internet)magazine. Tevens heeft de exploitant reacties van de auteur op het internetmagazine gescreend en reacties die de exploitant beledigend vond verwijderd. Tenslotte heeft de exploitant het ip-nummer van de computer van de auteur geblokkeerd, waardoor hij vanaf zijn computer geen toegang meer heeft tot het internetmagazine. Vast is komen te staan dat de auteur in strijd heeft gehandeld met het redactiestatuut van de exploitant. Duidelijk is ook dat het de exploitant te doen was om het kwetsende en beledigende karakter van auteurs uitlatingen en niet om zijn politieke gezindheid, met welke gezindheid de exploitant van meet af aan ook bekend was. Geen feiten die onderscheid op grond van politieke gezindheid kunnen doen vermoeden. De auteur heeft gesteld dat het handelen van de exploitant ook verband hield met zijn kaste. Dit mist echter een feitelijk karakter. Aan een nader onderzoek in deze wordt niet toegekomen. Het verzoek op dit punt is kennelijk ongegrond.

Opmerking:

Kwetsende en beledigende karakter van uitlatingen staan (hier) los van politieke gezindheid.

2006-84

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een werkgever zal verboden onderscheid maken op grond van godsdienst indien hij niet toestaat dat een kantinemedewerkster tijdens representatieve gelegenheden in combinatie met de bedrijfskleding een doek draagt die tevens haar schouders en borsten bedekt.

Een kantinemedewerkster en de werkgever hebben gezamenlijk het verzoek om een oordeel ingediend. De kantinemedewerkster belijdt het islamitisch geloof. Zij draagt uit godsdienstige overwegingen een (hoofd)doek die ook haar schouders en borsten bedekt. De werkgever wil dat de bedrijfsblouse met logo onbedekt blijft waardoor het geheel zichtbaar is tijdens representatieve gelegenheden. Werkneemster wil evenwel de genoemde (hoofd)doek dragen waardoor de bedrijfsblouse en logo worden bedekt. Vastgesteld wordt dat de werkgever, door de voorwaarde te stellen aan de (hoofd)doek indirect onderscheid zal maken op grond van godsdienst. De werkgever beoogt hiermee het kantinepersoneel een representatieve en professionele uitstraling te geven. Dit doel is legitiem en het middel is geschikt. Het middel is niet noodzakelijk. Er is een alternatief middel denkbaar. De kantinemedewerkster kan een (hoofd)doek van dezelfde stof (en daarmee dezelfde kleur) als de bedrijfsblouse dragen met daarop het bedrijfslogo gespeld. De werkgever zal verboden onderscheid op grond van godsdienst maken als hij niet toestaat dat de kantinemedewerkster - ook tijdens representatieve gelegenheden - een (hoofd)doek draagt van dezelfde stof als de bedrijfsblouse met daarop het logo gespeld, die ook haar schouders en borsten bedekt.

2006-93

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een christelijke scholengemeenschap maakt verboden onderscheid op grond van godsdienst bij de afwijzing van een man voor de tijdelijke functie van leraar wiskunde omdat hij moslim is.

Een christelijke scholengemeenschap heeft een man afgewezen voor de functie van leraar wiskunde omdat hij moslim is. Het betrof een tijdelijke functie ter vervanging wegens zwangerschapsverlof. De man heeft aangevoerd dat de scholengemeenschap hierdoor jegens hem verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst. De scholengemeenschap heeft erkend dat zij onderscheid maakt op grond van godsdienst, maar beroept zich op de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB.

De Commissie is van oordeel dat het beroep op artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB niet kan slagen. Het gaat om een tijdelijke functie, terwijl van docenten die een tijdelijke functie vervullen, noch volgens de statuten noch volgens het beleidskader identiteit, wordt vereist dat zij de grondslag onderschrijven. De scholengemeenschap heeft dan ook jegens de man verboden onderscheid gemaakt op grond van godsdienst.

2006-109

Grond: godsdienst; ras
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten; sociale bescherming
Dictum: niet bevoegd; geen onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:

Sociale Dienst heeft geen onderscheid gemaakt op grond van ras bij de bejegening en bij de oplegging van een bouwverbod, maar heeft wel in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving gehandeld bij de klachtbehandeling. De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of onderscheid is gemaakt op grond van godsdienst (eenzijdig overheidshandelen).

Een moslim van Algerijnse afkomst klaagt over het handelen van de Sociale Dienst. De Commissie is niet bevoegd de grond godsdienst te toetsen in verband met eenzijdig overheidshandelen. Er is geen vermoeden van onderscheid op grond van ras bij de bejegening door een consultant van de

Sociale Dienst. Ook is er geen vermoeden van onderscheid op grond van ras bij de risico-inschatting van de Sociale Dienst die leidde tot het opleggen van een bouwverbod. Wel is de klacht van de man onzorgvuldige behandeld door de Sociale Dienst.

2006-112

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

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van godsdienst/levensovertuiging vanwege de weigering kozijnen te plaatsen vanwege inrichting woning.

Een bouwbedrijf heeft geweigerd in de woning van een man kozijnen te plaatsen vanwege de aanwezigheid van een tattoo-shop en de hiermee verband houdend inrichting.

Per briefje heeft het bouwbedrijf hiervoor de volgende reden aangegeven: "De reden hiervoor is dat uw levensstijl niet past bij onze opvattingen en principes."

Het enkele feit dat het bouwbedrijf heeft verwezen naar de levensstijl van de man en de opvattingen en principes aan de zijde van het bouwbedrijf is op zichzelf onvoldoende om een vermoeden van ongelijke behandeling op grond van (het ontbreken van) godsdienst of levensovertuiging te vestigen. Andere aanknopingspunten om onderscheid te kunnen vermoeden zijn er niet.

Op grond hiervan komt de Commissie tot de conclusie dat de man er niet in is geslaagd voldoende feiten aan te dragen die onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging kunnen doen vermoeden.

2006-114

Grond: godsdienst
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:

Het handelen van een school valt onder Leerplichtwet (LW): Commissie is niet bevoegd.

Een man stelt dat de school onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door zijn dochter geen vrij te verlenen in verband met het suikerfeest en moslimleerlingen wel. De Commissie is van oordeel dat het handelen van

de school - het vaststellen of een leerling al dan niet recht heeft op een verlofdag in verband met godsdienstige verplichtingen - rechtstreeks voortvloeit uit de LW zelf. In een degelijk geval controleert de school slechts of is voldaan aan de formele criteria van de LW. Indien voldaan wordt aan de criteria van de LW, dan is er sprake van geoorloofd schoolverzuim. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat het gaat om het aanbieden van goederen en diensten bij het gebruik van de vrijstellingsmogelijkheden. De Commissie is niet bevoegd.

Opmerking:

Eenzijdig overheidshandelen, waaronder bestuursrechtelijke besluiten, vallen buiten de reikwijdte van de AWGB.

2006-122

Grond: godsdienst
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Klacht van man is niet ontvankelijk omdat hij geen belang heeft bij een oordeel.

Een man klaagt erover dat de school van zijn dochter onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door kledingvoorschriften te hanteren waarin een uitzondering is gemaakt voor het dragen van hoofdbedekkingen uit religieuze overwegingen.

De Commissie is van oordeel dat de man geen belang heeft in de zin van artikel 12 tweede lid, onderdeel a, van de AWGB. In dit artikel is bepaald dat een schriftelijk verzoek om een oordeel slechts kan worden ingediend door degene die meent dat te zijnen nadele een onderscheid is of wordt gemaakt. Het is niet gebleken dat de man of de dochter enige nadeel ondervindt door de kledingvoorschriften van de school. Het gaat de man immers erom dat alle leerlingen gelijk worden behandeld, dat het alle of geen van alle leerlingen is verboden hoofddekzels te dragen, ongeacht of godsdienst in geding is.

2006-128

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: geen strijd met wet

Samenvatting:

Geoorloofd onderscheid op grond van godsdienst bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

Een vrouw heeft bij een school gesolliciteerd naar de functie van groepsleerkracht. Zij is door de school afgewezen voor de functie omdat in onvoldoende mate is gebleken van een christelijke levensovertuiging. De school heeft bij de afwijzing derhalve onderscheid gemaakt op grond van godsdienst. De school heeft zich beroepen op de uitzondering van artikel 5, lid 2, onder c, van de AWGB. De Commissie heeft dit beroep gehonoreerd. De school handelt derhalve niet in strijd met de wet.

2006-138

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Kledingzaak heeft onderscheid op grond van godsdienst gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden door vrouw te verbieden op het werk een hoofddoek te dragen.

Aanvankelijk voerde de kledingszaak, die uitsluitend producten van een bepaald merk verkoopt, ter rechtvaardiging aan, dat de eisen die aan de kleding werden gesteld, werden voorgeschreven door de producent van het bedoelde merk en dat deze kledingvoorschriften uit oogpunt van representativiteit het dragen van hoofddekzels en dus ook hoofddoeken verbod. Werkgever zag later in dat zij, door niet toe te staan dat de vrouw vanwege haar godsdienst een hoofddoek droeg, jegens de vrouw onderscheid op grond van godsdienst maakte. De kledingzaak wijzigde het kledingsbeleid, bood de vrouw excuses aan en vroeg haar onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als voorheen weer in de winkel te komen werken. De vrouw wilde echter niet langer op een nul-urencontract werken omdat zij vreesde in de praktijk niet meer te zullen worden ingezet als zij haar hoofddoek droeg.

De Commissie oordeelt dat de werkgever onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst. Als de werkgever de vrouw vanwege het dragen van een hoofddoek in te toekomst niet zal inroosteren en oproepen, is dit naar het oordeel van de Commissie opnieuw het geval.

2006-144

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:

Onderscheid op grond van godsdienst ten nadele van beroepsopleiding door student mee te delen dat hoofddoeken op school niet zijn toegestaan. Geen onderscheid bij het niet-aangaan van de stageovereenkomst.

Een student van een instelling voor beroepsopleiding, die vanwege haar godsdienstige overtuiging een hoofddoek draagt, informeert bij een basisschool naar stageplaatsen. Haar gegevens worden genoteerd, en haar wordt verteld dat op school hoofddoeken niet zijn toegestaan. Hiermee maakt de school onderscheid bij het aanbieden van stageplaatsen ten nadele van de onderwijsinstelling. Deze zal door dergelijk beleid immers zelf bij het toewijzen van stagen onderscheid moeten gaan maken tussen studenten met en zonder hoofddoek. Geen onderscheid bij het niet-aangaan van een stageovereenkomst, omdat er op dat moment geen stageplaatsen beschikbaar waren.

Opmerking:

De instelling voor beroepsopleiding waar de student haar opleiding volgde, is ontvankelijk in zijn verzoek tegen de basisschool die onderscheid op grond van godsdienst maakt.

2006-147

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: indirect onderscheid; niet objectief gerechtvaardigd

Samenvatting:

Onderscheid op grond van godsdienst door sollicitant af te wijzen voor de functie van sluiswachter omdat hij vanwege zijn geloofsovertuiging niet op zondag wil werken.

Sollicitant werd afgewezen voor de functie van sluiswachter, omdat hij op zondag niet wil werken. De sollicitant wil op grond van zijn geloofsovertuiging de zondagsrust in ere houden. De werkgever hanteert de eis dat alle nieuwe aan te stellen sluiswachters flexibel en op iedere dag van de week inzetbaar zijn. Door deze eis maakt de werkgever indirect onderscheid op grond van godsdienst. Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd, omdat er hiertoe geen aanwijsbare noodzaak is.

2006-154

Grond: burgerlijke staat
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:

Een opleidingsinstituut van een kerkgenootschap weigert een verzoek tot herinschrijving van een student. Student woont ongehuwd samen en onderschrijft de grondslag en identiteit van de instelling niet meer. Commissie is niet bevoegd. Artikel 3 AWGB.

Nadat een student één jaar ingeschreven heeft gestaan bij een opleidingsinstituut van een kerkgenootschap, besluit hij zich in te schrijven bij een andere opleiding. Hij gaat ook ongehuwd samenwonen met zijn vriendin. Omdat hij enkele propedeusetentamens niet heeft gehaald, verzoekt hij om heringeschreven te worden. Het opleidingsinstituut wijst dit verzoek af, stellende dat het voorstellen tot samenwonen in de weg staat aan herinschrijving.

Het opleidingsinstituut erkent onderscheid te hebben gemaakt, maar beroept zich op de uitzondering van artikel 3 AWGB. De Commissie wijst dit beroep, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, jurisprudentie, doelstellingen en systematiek van de AWGB, toe.

Opmerking:

In dit oordeel gaat de Commissie uitvoerig in op de betekenis van artikel 3 AWGB. Nieuwe jurisprudentie ontwikkeld.

2006-159

Grond: godsdienst
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Vrouw heeft geen belang meer bij haar verzoek nu school verbod op gezichtsbedekkend kleding opheft.

Een school hanteert met ingang van 16 juni 2006 de schoolregel dat het dragen van een gezichtsbedekkende sluier in het schoolgebouw verboden is. Een vrouw is van mening dat dit verboden onderscheid op grond van godsdienst oplevert. In reactie op het verzoekschrift heeft het bevoegd gezag van de school besloten dit verbod op te heffen in afwachting van de vaststelling van beleid hieromtrent. Tot die tijd mogen kinderen naar school

worden gebracht door ouders/verzorgers met een gezichtssluier.
De vrouw heeft geen belang meer bij haar verzoek.

Opmerking:

Naar aanleiding van verzoekschrift heeft verwerende partij verbod opgeheven en is het belang van het verzoek komen te ontvallen.

2006-170

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid; leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen verboden onderscheid; aanbevelingen

Samenvatting:

Bestuur zal bij toepassing van het voorgenomen kledingvoorschrift voor de kooklessen en overige vak- en practicumlessen, met uitzondering van de afdeling Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde, geen verboden onderscheid op grond van godsdienst maken, mits de aanbevelingen van de Commissie zullen worden gevolgd.

Een bestuur exploiteert een school voor voortgezet onderwijs en is voornemens een gedragscode ten aanzien van kleding en/of accessoires in te voeren. Het bestuur heeft de Commissie gevraagd te oordelen of de concept gedragscode ten aanzien van kleding en/of accessoires in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving. Indien de aanbevelingen van de Commissie voor wat betreft de afdeling Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde worden opgevolgd, zal het bestuur geen verboden onderscheid op grond van godsdienst maken.

2006-202

Grond: godsdienst; geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Onderscheid op grond van godsdienst door man te weigeren voor functie vanwege zijn islamitische kledestijl en zijn weigering om vrouwen de hand te schudden. Geen onderscheid op grond van geslacht.

Een gemeente heeft een man voor de functie van klantmanager afgewezen vanwege zijn islamitische kledestijl en het niet-geven van een hand aan vrouwen.

De man klaagt over onderscheid op grond van godsdienst en geslacht. De gemeente stelt dat de man is afgewezen, omdat hij onderscheid maakte op grond van geslacht door vrouwen geen hand te geven en omdat zijn weigering vrouwen de hand te schudden in de weg staat aan een goede functie-uitoefening als klantmanager.

De Commissie oordeelt dat de gemeente direct onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst bij de afwijzing vanwege de religieuze kledestijl van de man. De gemeente heeft indirect onderscheid gemaakt op grond van godsdienst door de man af te wijzen vanwege zijn weigering vrouwen een hand te geven. De Commissie oordeelt dat dit onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is.

De gemeente heeft geen onderscheid op grond van geslacht jegens de man gemaakt.

2006-213

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een detacheringbureau heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van godsdienst bij de afwijzing van een sollicitante voor de functie van bijstandsconsulent en een opleidingstraject doordat haar hoofddoek daarbij een rol heeft gespeeld.

Een vrouw draagt om godsdienstige redenen een hoofddoek. Een consulent van een detacheringbureau en de vrouw hebben een sollicitatiegesprek gevoerd. De consulent heeft op basis van dit gesprek beoordeeld of de vrouw in aanmerking kwam voor de functie bijstandsconsulent bij een gemeente of voor een opleidingstraject. De consulent heeft in het gesprek onder meer gezegd dat niet alle gemeenten een hoofddoekdragende bijstandsconsulent willen en dat de vrouw daarom moeilijk (her)plaatsbaar is. Om deze reden hanteert het detacheringbureau het beleid om hoofddoekdragende kandidaten geen opleidingstraject aan te bieden. De consulent heeft de vrouw afgewezen voor de functie en voor het opleidingstraject. De Commissie oordeelt dat sprake is van direct onderscheid op grond van godsdienst.

2006-215

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Callcenter heeft onderscheid op grond van godsdienst gemaakt bij sollicitatie door vrouw vanwege hoofddoek af te wijzen als telefoniste.

Een vrouw, die vanwege haar godsdienst een hoofddoek draagt, solliciteert bij een callcenter naar de functie van telefoniste. Ze wordt afgewezen omdat zij een hoofddoek draagt. De callcenter is van mening dat indien een headset over de hoofddoek wordt gedragen, de geluidsoverdracht en daarmee de communicatie tussen telefonist en klant aan kwaliteit inboet.

De Commissie oordeelt dat de callcenter onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst omdat er een alternatief middel voorhanden is: indien de headset onder de hoofddoek wordt gedragen, wordt geen onderscheid gemaakt. Zowel de vrouw als de callcenter kunnen met dit alternatief uit de voeten.

2006-217

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid op grond van godsdienst door het dragen van alle vormen van hoofdbedekking te verbieden.

Een beveiligingsbedrijf op een luchthaven verbiedt het dragen van onder meer hoofddoeken en keppels. Er zijn verschillende redenen voor het verbod, te weten de wens om neutraliteit uit te stralen, veiligheid, uniformiteit en de goedkeuring van het ministerie van Justitie van het bestaande uniform. Het waarborgen van neutraliteit, het voor belangrijkste doel voor het bedrijf is discriminerend in zichzelf, want het bedrijf anticipeert op vooroordelen van opdrachtgevers en passagiers. Ook de andere redenen leiden niet tot een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst.

Opmerking:

Het waarborgen van neutraliteit door het verbieden van uitingen van godsdienst is discriminerend in zichzelf, want verweerster anticipeert op vooroordelen van opdrachtgevers en passagiers.

2006 -218

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Christelijke vakbond maakt geen verboden onderscheid bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking door een niet-christelijke sollicitant af te wijzen.

Christelijke vakbond neemt voor beleidsbepalende en beleidsuitvoerende functies slechts christenen aan. De bond wijst een sollicitante af voor een dergelijke functie, omdat zij niet christelijk is. Dit directe onderscheid op grond van godsdienst is echter niet verboden, aangezien verweerster een instelling is op godsdienstige grondslag, de functie-eis dat de kandidaat een christelijke geloofsovertuiging heeft gelet op het doel van verweerster noodzakelijk is en sprake is van een vast en op het doel van verweerster berustend beleid dat consequent is gericht op het handhaven van die christelijke identiteit.

2006-220

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Indirect onderscheid op grond van godsdienst door eis aan medewerker te stellen om bij de begroeting anderen, ongeacht geslacht, een hand te geven.

Het bestuur van een openbare school heeft een islamitische medewerkster geschorst, omdat zij niet bereid is mannen de hand te schudden. De Commissie concludeert dat het stellen van de eis aan medewerkers bereid te zijn anderen, ongeacht geslacht, bij begroeting de hand te schudden indirect onderscheid op grond van godsdienst bij de arbeidsomstandigheden oplevert. De Commissie oordeelt dat hetgeen het bestuur heeft aangevoerd ter bereiking van op zich legitieme doelen niet geschikt is en dat derhalve geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

2006- 221

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Indirect onderscheid op grond van godsdienst bij de arbeidsomstandigheden door eis te stellen aan medewerkers om bij het begroeten van anderen, ongeacht geslacht, een hand te geven.

Het bestuur van een openbare school heeft een islamitische medewerkster geschorst, omdat zij niet bereid is mannen de hand te schudden. Het bestuur vraagt de Commissie, in het kader van een oordeel omtrent eigen handelen, of hij hiermee in strijd met het verbod van onderscheid naar godsdienst heeft gehandeld.

De Commissie concludeert dat het stellen van de eis aan medewerkers om bereid te zijn anderen, ongeacht geslacht, bij begroeting de hand te schudden indirect onderscheid op grond van godsdienst bij de arbeidsomstandigheden oplevert. De Commissie oordeelt dat hetgeen het bestuur heeft aangevoerd ter bereiking van op zich legitieme doelen niet geschikt is en dat derhalve geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

2006-239

Grond: godsdienst
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:

Bij de invoering van de kledingcode handelt scholengemeenschap deels in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.

Verzoekster is een protestants-christelijke scholengemeenschap voor VMBO-MAVO en VBO en is voornemens een kledingcode ten aanzien van kleding en/of accessoires in te voeren. De scholengemeenschap heeft de Commissie gevraagd te oordelen of de concept-kledingcode ten aanzien van kleding en/of accessoires in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving. De Commissie is van oordeel dat de scholengemeenschap bij de invoering van de concept-kledingcode, voor zover zij kleding verbiedt vanwege de godsdienst van betrokken leerlingen en een beroep doet op haar bijzondere grondslag zonder een nadere concretisering van de noodzakelijkheid, in strijd zal handelen met de gelijkebehandelingswetgeving. Voor zover de scholengemeenschap met een verbod op geheel of gedeeltelijk gezichtsbedekkende kleding indirect onderscheid naar

godsdienst maakt, kan zij dit objectief rechtvaardigen met een beroep op de noodzakelijke communicatie. Voor het overige handelt zij niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.

2006-243

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Christelijke reisorganisatie wijst sollicitant af wegens geloofsovertuiging. Niet ontvankelijk.

Een man is Grieks-orthodox en had bij een christelijke reisorganisatie gesolliciteerd als reisleader. Deze reisorganisatie had hem afgewezen vanwege het verschil tussen de grondslag van de reisorganisatie en de geloofsovertuiging van de man. De Commissie oordeelt dat de man niet ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat hij weigerde ter zitting te verschijnen zonder dat daar een zwaarwegende reden of acute aanleiding voor was. Het belang was voor de man kennelijk aan zijn verzoek komen te ontvallen.

2006-248

Grond: godsdienst
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Onderscheid op grond van godsdienst bij de arbeidsvoorwaarden nu een herenmodezaak een vrouw niet meer heeft opgeroepen voor haar taken als verkoopmedewerkster, toen zij een hoofddoek is gaan dragen.

Een herenmodezaak heeft vrouw, die als vakantiekracht en weekendkracht voor zes maanden als verkoopmedewerkster in haar dienst was op grond van een nulurencontract, niet meer opgeroepen toen de laatste een hoofddoek is gaan dragen. De medewerkster deed dit op grond van haar godsdienstige overtuiging. De modezaak voert als objectieve rechtvaardiging aan dat haar medewerkers er representatief uit moeten zijn. De Commissie overweegt dat het dragen van een hoofddoek zeer wel aan deze eis kan voldoen. Verboden onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden.

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Mr. M.J. Strijkers

1 INLEIDING

In het jaar waarin het 'homohuwelijk' als een groot succes wordt geëvalueerd en een wetsvoorstel interlandelijke adoptie door paren van gelijk geslacht mogelijk moet maken, heeft de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) slechts een beperkt aantal oordelen gegeven over de gronden *hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat*.¹ Van de in totaal 261 oordelen hebben er slechts zeven betrekking op hetero- of homoseksuele gerichtheid en acht op burgerlijke staat. Drie keer wordt in strijd gehandeld met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).² De meeste oordelen hebben betrekking op goederen of diensten. Zes zaken houden op enigerlei wijze verband met arbeid. Vier keer wordt de vereenvoudigde procedure toegepast. Eén verzoek betreft een oordeel omtrent eigen handelen en slechts in één zaak treedt een belangenbehartigingsorganisatie als gemachtigde op. Van de vijftien oordelen verklaart de CGB zich in vijf zaken onbevoegd omdat sprake is van eenzijdig overheidshandelen, intern verenigingsrecht, dan wel een kerkgenootschap waardoor aan een inhoudelijke toetsing niet wordt toegekomen.³ In één zaak dateert de onderhavige regeling van voor de inwerkingtreding van de AWGB en in één zaak is de CGB deels onbevoegd omdat het omstrede handelen niet als het aanbieden van goederen of diensten kan worden gekwalificeerd.⁴

Onder 3 bespreek ik de oordelen over seksuele gerichtheid, onder 4 worden de oordelen over burgerlijke staat behandeld. De zaken waarin de CGB niet bevoegd is, worden tezamen in onderdeel 5 besproken. Voorafgaand schets ik enkele bredere ontwikkelingen in rechtspraak en beleid ten aanzien van seksuele gerichtheid (2.1) en burgerlijke staat (2.2).

- 1 Huwelijk of geregistreerd partnerschap? Evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, Ministerie van Justitie, Den Haag, november 2006, *Stb.* 2001, 9. Wijziging van Boek 1 BW in verband met de verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 5.
- 2 Oordelen 2006-61, 2006-56 en 2006-261.
- 3 Oordelen 2006-85, 2006-32 en 2006-154. Zie hierover verder de bijdrage van Vermeulen over godsdienst elders in deze bundel en zijn annotatie bij oordeel 2006-154.
- 4 Oordelen 2006-214 en 2006-66.

2 JURISPRUDENTIE, BELEID EN WETGEVING

2.1 *Ontwikkelingen ten aanzien van seksuele gerichtheid*

Danswedstrijden

Eén CGB oordeel op grond van seksuele gerichtheid kreeg een vervolg bij de burgerlijke rechter. Het betreft oordeel 2004-116⁵ waarin een danssportclub direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid en geslacht maakt door ongemengde paren uit te sluiten van deelname aan georganiseerde reguliere danswedstrijden. Het mannendanspaar vordert in kort geding dat zij als regulier wedstrijdpaar op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden als de andere deelnemers worden toegelaten. Tevens vorderen zij dat het wedstrijdreglement gewijzigd wordt waardoor dit geen bepalingen meer omvat die een ongelijke behandeling van ongemengde paren ten opzichte van gemengde paren ten gevolge kan hebben. De voorzieningenrechter wijst de vordering op twee gronden af.⁶ Onvoldoende is komen vast te staan dat onderscheid op grond van geslacht moet worden aangemerkt als onderscheid op grond van seksuele gerichtheid omdat zowel hetero's als homo's 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 niet aannemelijk geworden.

Een voorbeeld van dominant heteroseksueel denken ligt reeds besloten in het feit dat de voorzieningenrechter nalaat te onderzoeken of mogelijk sprake is van indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid. Danspartners die ongemengd willen dansen zullen immers in overwegende mate een homoseksuele gerichtheid hebben.

Vooralsnog is onvoldoende komen vast te staan dat er geen relevante verschillen bestaan tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen.⁷ Nu de 'vereiste mate van zekerheid' voor kans op succes in een eventuele bodemprocedure ontbreekt, wordt de vordering alleen al op die grond (voorlopig) afgewezen.

Homoseksuele proefpersonen

Het Meldpunt Discriminatie Amsterdam (MDA) heeft de CGB verzocht om een advies uit te brengen over de vraag of mensen van deelname als proefpersoon aan medisch-wetenschappelijk onderzoek mogen worden uitgesloten op grond van hun ras, geslacht en/of hetero- of homoseksuele gerichtheid. De directe aanleiding was het uitsluiten van homoseksuele paren van deelname aan een onderzoek voor een geneesmiddel tegen voortijdige zaadlozing.⁸

De belangrijkste conclusie is dat voor het recht op gelijke behandeling bij medisch-wetenschappelijk onderzoek ten onrechte weinig of geen aandacht bestaat. Het

5 Bij onderscheid tussen paren van gelijk en van verschillend geslacht kan sprake zijn van direct onderscheid naar seksuele gerichtheid, ook al houdt het onderscheid geen verband met de seksuele voorkeur van de betrokken personen (oordeel 2004-116, r.o. 6.12).

6 V.zr. Rb. 's-Gravenhage, 26 juli 2006, *LJN* AY5005.

7 De wederpartij beroept zich op artikel 2, tweede lid, AWGB aanhef en onder a, nader uitgewerkt in artikel 1 sub g van het Besluit Gelijke Behandeling, waarin onderscheid op grond van geslacht is toegestaan voor zover, ingeval van deelname aan activiteiten op het terrein van sport, een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen.

8 Oordeel 2005-05. In de advertentie voor het onderzoek werd een oproep gedaan voor heteroseksuele koppels. Bij navraag bleek dat homoseksuele mannen werden uitgesloten. Voor deze vorm van direct onderscheid bestaat geen objectieve rechtvaardiging. Hierbij speelde mee dat het onderzoeksinstituut niet uitsloot dat het medicijn waarnaar onderzoek werd gedaan in de praktijk ook zou kunnen worden voorgeschreven aan homoseksuele mannen.

advies heeft geleid tot zes aanbevelingen waarvan de belangrijkste is gericht op het toevoegen van een extra wettelijke uitzondering aan het Besluit Gelijke Behandeling, inhoudend dat het verbod van onderscheid niet geldt indien dit onderscheid noodzakelijk is met het oog op de volksgezondheid of medisch-wetenschappelijk onderzoek, waarbij moet worden uitgewerkt wanneer dat noodzakelijk is.⁹

Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden

In april bracht de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden verslag uit van haar onderzoek naar de juridische meerwaarde van het opnemen van een of meer discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet (Gw).¹⁰ Deze commissie ziet geen aanleiding de lijst van gronden van artikel 1 Gw verder uit te breiden, omdat dit niet per definitie leidt tot een structurele verhoging van het niveau van rechtsbescherming van de desbetreffende grond. De CGB had al eerder geadviseerd de gronden handicap en chronische ziekte, nationaliteit, seksuele gerichtheid en burgerlijke staat aan artikel 1 Gw toe te voegen omwille van redenen van rechtsbescherming en consistentie van wetgeving.¹¹ Over het opnemen van de grond seksuele gerichtheid heeft de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden zich niet gebogen. De CGB merkt hierbij op dat het maken van onderscheid wegens deze grond volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) om 'very weighty reasons' vraagt, waarmee differentiatie vanwege deze grond bij voorbaat een hoge graad van verdenking van discriminatie oproept.¹²

Homo-barometers

Diverse studies tonen aan dat in Nederland homoseksualiteit breed geaccepteerd is, terwijl die acceptatie in andere EU landen grotendeels ontbreekt. Tegelijkertijd wordt geconstateerd dat als homoseksualiteit dichterbij huis komt er minder sprake is van acceptatie en er gemiddeld een negatievere houding is ten opzichte van homoseksualiteit onder jongeren, ouderen, mannen, lager opgeleiden, religieuzen en allochtone Nederlanders.¹³ Uit onderzoek komt naar voren dat de tolerantie tegenover openlijke uitingen van homoseksualiteit vooral in de grote steden is afgenomen.¹⁴ Dit beeld wordt bevestigd door een toename van het aantal meldingen

9 CGB-advies/2006/08 inzake selectie van proefpersonen zonder verboden onderscheid.

10 Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, Den Haag, april 2006. Aanleiding voor dit advies vormen de moties Rouvoet c.s. waarin wordt aangedrongen op het toevoegen van de grond 'handicap en chronische ziekte' aan artikel 1 Gw. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000, nr. 63.

11 CGB-advies/2004/03 inzake artikel 1 Grondwet.

12 EHRM 21 december 1999, *Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*, NJ 2001, 271, *NJCM-Bulletin* 2000, p.880 (m.nt. C.J. Forder); EHRM 9 januari 2003, *L. & V. t. Oostenrijk*, *EHRC* 2003, 18 (m.nt. J. van der Velder) en EHRM 24 juli 2003, *Karner t. Oostenrijk*, *EHRC* 2003, 83 (m.nt. J.H. Gerards), *NJCM-Bulletin* 2004, p. 88 (m.nt. A.C. Hendriks).

13 S. Keuzenkamp *Gewoon doen. Acceptatie van homoseksualiteit in Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, september 2006.

C. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi e.a. *Sexual orientation discrimination in the European Union: national laws and the employment equality directive*, Den Haag: Asser Press 2006.

European Commission 'Discrimination on the basis of sexual orientation' p. 54-58 in *Discrimination in the European Union*, Eurobarometer 263, January 2007. Gemiddeld is 48% van de Europeanen van mening dat homoseksualiteit nog een taboe is en vindt 68% dat het voor homoseksuelen moeilijk is om op het werk open te zijn over zijn/haar seksuele voorkeur.

L. Kuyper & F. Bakker *De houding ten opzichte van homoseksualiteit: een beschrijvende literatuurstudie*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, december 2006.

14 M. van San e.a. *Geweld tegen homoseksuelen*, Erasmus Universiteit Rotterdam, februari 2006.

van homovijandig gedrag bij het Meldpunt Discriminatie Amsterdam (MDA).¹⁵ Het betreft voornamelijk incidenten in de directe woonomgeving en in de openbare ruimte zoals discriminatoire opmerkingen, bespuugd worden, bedreigingen of mishandeling, waarbij de dader(s) vrijwel uitsluitend van allochtone afkomst is/zijn. Zorgwekkend is dat een 'aanleiding' daartoe geven, zoals uiting geven aan de homoseksuele identiteit door middel van hand in hand lopen of op straat zoenen, veelal ontbreekt. Jongeren hebben een stukje *gaydar* ontwikkeld¹⁶ en de veronderstelling dat een man homo is, kan voldoende zijn om tot homovijandig gedrag over te gaan. Weinig meldingen hebben betrekking op homovijandig gedrag dat tegen vrouwen is gericht.

Stand van zaken homo-emancipatiebeleid

Op het verzoek van de Tweede Kamer aan de regering om binnen het veiligheidsbeleid op scholen specifiek aandacht te besteden aan preventief beleid tegen homodiscriminatie deelt de staatssecretaris mee dat dit op scholen al het uitgangspunt is.¹⁷ Er is echter geen sprake van verplichte aandacht voor homospecifiek veiligheidsbeleid.

Zowel de politie als het Openbaar Ministerie (OM) experimenteren met nieuwe registratiesystemen en in het Landelijk Kader Nederlandse politie is afgesproken dat de korpsen regelmatig het discriminatie criminaliteitsbeeld delen met het OM, de overheid en de Anti-Discriminatie Bureaus.¹⁸ Voordeel van het verplicht doorlopen van de invulvelden bij aangifte is dat de homofobe achtergrond van een delict daadwerkelijk wordt geregistreerd.

Ook de trouwambtenaar die geen paren van gelijk geslacht wil huwen blijft opspelen.¹⁹ De coalitiepartners hebben in hun regeerakkoord opgenomen dat bijzondere ambtenaren van de burgerlijke stand (BABS'en) wegens gewetensbezwaren mogen weigeren huwelijken tussen homo- en lesboparen te voltrekken, mits er een andere BABS is die het huwelijk wel wil sluiten.²⁰ Verschillende gemeenten hebben inmiddels laten weten dat zij zulke weigeringen niet willen toestaan.

2.2 *Ontwikkelingen ten aanzien van burgerlijke staat*

Wetsvoorstel interlandelijke adoptie door homoparen

Sinds 1 april 2001 is het mogelijk voor personen van gelijk geslacht die in Nederland verblijven om kinderen te adopteren die eveneens in Nederland verblijven.²¹ De rechtsongelijkheid met betrekking tot de interlandelijke adoptiemogelijkheden tussen paren van verschillend en van gelijk geslacht is sindsdien herhaaldelijk agendapunt geweest tijdens overleggen met de vaste Kamercommissie voor Justitie. Aan 25

15 Klachten over homovijandig gedrag MDA: 2006: 70; 2005: 53; 2004: 38; 2003: 32.

16 A. Livia & K. Hall, *Queerly Phrased: Language, Gender and Sexuality*, Oxford: Oxford University Press 1997. *Gaydar* is a word formed from the root words *gay* and *raydar*. The ability of one homosexual person to distinguish other homosexuals or bisexuals from heterosexuals. A sixth sense or intuition that is based upon the observation of physical and personality traits to make an inference about another's sexual preference.

17 Stand van zaken homo-emancipatiebeleid, Kamerstuk II 2006/07, 27 017, nr. 30. Zie voor de doelstellingen van het homo-emancipatiebeleid de Nota homo-emancipatiebeleid 2005-2007, *Kamerstukken II 2004/05, 27 017*, nr. 11.

18 *Kamerstukken II 2006/07, 29 754*, nr. 92.

19 Oordelen 2002-24 t/m 2002-26.

20 Dit beleid was reeds uitgezet op basis van uitspraken van de regering toen het huwelijk werd opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht. Wat mogelijk nieuw is, is dat de regering zelf actie zal (laten) ondernemen tegen gemeenten die weigerende ambtenaren willen aanpakken.

21 *Stb.* 2001, 10.

adoptielanden is gevraagd of men zou willen meewerken aan interlandelijke adoptie door een homopaar en of dit ten koste zou gaan van de huidige samenwerking. Uit de zestien ontvangen reacties volgt dat adoptie uit die landen door echtgenoten van gelijk geslacht niet mogelijk is, maar dat dit geen invloed zal hebben op de huidige samenwerking. Hierin zag de Minister van Justitie aanleiding de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie (Wobka) te wijzigen zodat interlandelijke adoptie voor echtgenoten van gelijk geslacht mogelijk wordt.²² Als gevolg van deze wijziging zal het voor deze paren niet meer nodig zijn om eerst een éénouderadoptie te verzoeken, en deze te laten volgen door een verzoek tot adoptie door de partner. Voorwaarde is wel dat het adoptieland een kind beschikbaar stelt aan echtgenoten van gelijk geslacht tezamen. Is dit niet het geval, maar staat het adoptieland wel éénouderadoptie toe, dan voorziet het wetsvoorstel in een verkorting van deze procedure. Voorgesteld wordt in art. 1:288 Burgerlijk Wetboek (BW) de verzorgingstermijn bij adoptie door één ouder te verkorten van drie naar één jaar. Daarmee wordt de verzorgingstermijn bij éénouderadoptie gelijkgesteld met de verzorgingstermijn bij adoptie door twee personen samen.

Het wetsvoorstel voorziet ook in een versoepeling van de adoptievoorwaarden voorzover het gaat om adoptie van een door kunstmatige bevruchting verwekt kind dat is of wordt geboren binnen de relatie van de ouder en de adoptant.²³ De eis van drie jaar samenwonen bij stiefouderadoptie zoals neergelegd in art. 1:227 BW wordt geschrapt, als het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de ouder en de adoptant. Dit maakt het mogelijk dat adoptie van een kind geboren in een lesbische relatie al bij de geboorte geregeld kan zijn. Tenslotte wordt in art. 1:227, vierde lid, BW voorzien in een versoepelde adoptieprocedure als sprake is van een anonieme donor. Uitgangspunt is dan dat de adoptie wordt toegewezen.

Evaluatie Wet openstelling huwelijk (voor paren van gelijk geslacht)

De Wet openstelling huwelijk voldoet in grote lijnen aan het belangrijkste doel: gelijke behandeling van paren van gelijk geslacht waardoor de wet van toepassing is op alle echtparen.²⁴ De wet is een succes, maar knelpunten zijn de rechtspositie van gehuwde paren van gelijk geslacht in het buitenland (niet-erkenning) en de rechtspositie van sociale ouders en kinderen die geboren worden of opgroeien in een gelijkgeslachtelijk huwelijk. Anders dan voor gehuwde paren van verschillend geslacht geldt dat bij gehuwde paren van gelijk geslacht alleen de moeder van rechtswege juridisch ouder van het kind is. De betrokkenheid van een derde voor de conceptie en/of de geboorte van het kind impliceert dat gehuwde paren van gelijk en verschillend geslacht in termen van het gelijkheidsbeginsel niet vergelijk-

22 Wijziging van Boek 1 BW in verband met de verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 5. Zie ook het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 4. De Raad van State reageert afwijzend op de openstelling van de Wobka voor paren van gelijk geslacht vanwege de symbolwerking: aan een categorie adoptanten wordt beginseltoestemming verleend terwijl het kind door het land van herkomst niet wordt afgestaan.

23 Naar aanleiding van de motie-Vos over afstammingsrechtelijke gelijkstelling van kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen is onderzocht in hoeverre zoveel mogelijk afstammingsrechtelijke gelijkstelling van kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen kan worden bevorderd. *Kamerstukken II* 2004/05, 26 672 en 26 673, nr. 15.

24 Huwelijk of geregistreerd partnerschap? Evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap in opdracht van het Ministerie van Justitie, Den Haag, november 2006, *Sib*. 2001, 9. Bij de invoering van de Wet openstelling huwelijk heeft de Minister van Justitie toegezegd dat bij de evaluatie moet worden ingegaan op de relatie van het opengestelde huwelijk tot het geregistreerd partnerschap omdat deze wet voor het 'homohuwelijk' de weg geeft heeft.

baar zijn. Van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel lijkt dan ook geen sprake. Wel blijft de essentiële vraag staan in hoeverre kinderen die binnen deze relaties geboren worden en opgroeien, juridisch beschermd kunnen worden. Erkenning van het kind staat niet open voor de duo-moeder. Adoptie is derhalve het enige alternatief om juridisch ouder te worden, waarbij een rechter dient vast te stellen of aan de wettelijke voorwaarden en termijnen is voldaan, en waaraan kosten zijn verbonden. Daarnaast is gezamenlijke adoptie van kinderen afkomstig uit het buitenland door echtgenoten van gelijk geslacht (nog) niet mogelijk.

Bij de evaluatie van de Wet geregistreerd partnerschap is er eveneens de kans op niet-erkenning van het geregistreerd partnerschap in het buitenland. Een fundamenteel verschil met het huwelijk is dat het huwelijkse afstammingsrecht niet van overeenkomstige toepassing is verklaard op het geregistreerd partnerschap.²⁵ Het niet van rechtswege ontstaan van het juridisch vaderschap is een belangrijk knelpunt dat ook in een man-vrouw relatie vergaande juridische gevolgen kan hebben. De mannelijke geregistreerde partner van de moeder dient het kind te erkennen. Voor twee vrouwen (of mannen) staat alleen de weg van (partner) adoptie open om het juridisch ouderschap te verwerven. Omdat bij 20 tot 30 % van de geregistreerde partners kinderen opgroeien, is het van groot belang dat deze kinderen adequate rechtsbescherming krijgen.

Pensioenwet

Per 1 januari 2007 is de nieuwe pensioenwet in werking getreden.²⁶ De nieuwe wet regelt een verplichtstelling waardoor mensen niet selectief uitgezonderd kunnen worden van een pensioen. Artikel 16, eerste lid, Pensioenwet (nadere eisen partnerpensioen) kent een verbetering ten aanzien van gelijke behandeling van partners. Indien in de pensioenregeling partnerpensioen wordt toegekend aan zowel deelnemers die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan als aan deelnemers die een niet-geregistreerd partnerschap hebben, moeten deze groepen gelijk behandeld worden.

3 OORDELEN OVER SEKSUELE GERICHTHEID

3.1 Homoseksuele ICT beheerder

In de casus die tot oordeel 2006-124 heeft geleid heeft een ICT beheerder die in dienst is bij een universiteit deel uitgemaakt van een sollicitatiecommissie. Een van de afgewezen sollicitanten heeft met succes een beroep gedaan op de CGB.²⁷ De ICT beheerder heeft naar aanleiding van het oordeel bij zijn leidinggevende kritiek geuit op de sollicitatieprocedure en zijn leidinggevende zou daarop het voornemen hebben geuit om hem ambtelijk te berispen. De beheerder stelt dat zijn leidinggevende hem discriminatoir heeft bejegend, hetgeen onder meer blijkt uit de weigering hem te feliciteren met zijn huwelijk (met een man).

25 Sinds 2001 ontstaat van rechtswege gezamenlijk gezag over een kind dat tijdens het geregistreerd partnerschap wordt geboren. *Stb.* 2001, 468.

26 Pensioenwet, *Stb.* 2006, 705

27 Oordeel 2005-67. De CGB concludeert dat de sollicitatiecommissie de sollicitant op een intimiderende manier bevraagd heeft omdat de Commissie het vermoeden had dat de sollicitant als aanhanger van de leer van Osho er homovriendelijke opvattingen op na zou houden. Daarmee was de schijn gewekt dat haar levensovertuiging een rol heeft gespeeld bij de afwijzing voor de functie.

Verzoeker voert naar het oordeel van de CGB geen toetsbare feiten aan die onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden. Toch biedt het feitenrelaas daartoe een aanknopingspunt, waardoor ‘een begin van een vermoeden van onderscheid’ tot de mogelijkheden zou hebben behoord. De beheerder voert de, op zijn minst opmerkelijke, stelling aan dat de leidinggevende zich als *uitgesproken heteroseksueel* manifesteert. De beheerder is tijdens de sollicitatieprocedure op zijn *qui-vive* om te voorkomen dat een homovijandige medewerker wordt aangenomen. Dat hij daarbij op een wijze te werk is gegaan die niet door de beugel kan, doet aan zijn belang niet af. Niet denkbeeldig is dat hij zich door de berisping van zijn leidinggevende in het geheel niet gesteund weet in zijn behoefte aan een (homo)veilige werkomgeving. Als de beheerder dan aanvoert dat zijn leidinggevende zich *uitgesproken heteroseksueel* manifesteert, ligt het dan niet op de weg van de CGB om te onderzoeken of, en zo ja in hoeverre, de leidinggevende oog heeft voor homospecifieke aspecten van een discriminatievrije werkomgeving? De werkgever heeft immers op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel h, AWGB, waarin het verbod van onderscheid bij de arbeidsomstandigheden is neergelegd, de verplichting om zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving. Opmerkelijk is voorts dat de CGB direct aanneemt dat de weigering om de beheerder met zijn huwelijk te feliciteren en een hand te geven geen verband houdt met diens seksuele gerichtheid maar met zijn vijandige houding. Dergelijk gedrag impliceert dat negeren op de werkvloer een toelaatbare omgangsvorm is. Op grond van de voorbeeldfunctie die inherent is aan de positie van een leidinggevende mag worden verwacht dat hij goede omgangsvormen in acht neemt, ook wanneer partijen gebrouilleerd zijn. Dat de leidinggevende het arbeidsgeschil en het heuglijke feit in het privéleven van een medewerker als een onlosmakelijk geheel ziet, getuigt niet van een professionele houding.

3.2 *Afspiegelingsbeleid op grond van homoseksuele gerichtheid*

Uniek aan oordeel 2006-61 is dat in één zaak voorkeursbeleid wordt getoetst aan meerdere gronden.²⁸ Een Amsterdamse instelling voor maatschappelijke dienstverlening verzoekt in een oordeel omtrent eigen handelen haar conceptbeleidsplan te toetsen waarin gestreefd wordt naar een personeelsbestand met 10% homoseksuele werknemers.

Voorkeursbeleid is slechts toegestaan om nadelen op te heffen of te compenseren voor vrouwen, personen behorend tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep en personen met een handicap of chronische ziekte.²⁹

Tijdens het wetgevingsoverleg over het voorstel tot de EG-implementatiewet AWGB is de vraag gesteld of het wenselijk zou zijn de wettelijke mogelijkheid tot voorkeursbehandeling uit te breiden naar alle gronden in de AWGB en de grond leeftijd.³⁰ De CGB is voorstander van zo’n uitbreiding, terwijl het kabinet alleen

28 In eerdere oordelen wordt voorkeursbeleid getoetst op grond van geslacht en/of ras. Oordelen 2004-36 (voorkeursbeleid vrouwen en allochtonen) en 2004-10 (voorkeursbeleid vrouwen).

29 Voorkeursbeleid vrouwen artikel 7:646, vierde lid, BW, artikel 5, eerste lid, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB), artikel 2, derde lid, AWGB; voorkeursbeleid allochtonen artikel 2, derde lid, AWGB en artikel 2, aanhef en onder a en b Besluit Gelijke Behandeling; voorkeursbeleid handicap of chronische ziekte, artikel 3, eerste lid, onderdeel c, Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).

30 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 770, nr.10

uitbreiding wil voor groepen die in een structurele achterstandspositie verkeren.³¹ De Kader- en Rasrichtlijn staan voorkeursbehandeling slechts op een beperkt aantal gronden toe.³² Ten aanzien van homoseksuelen is geen sprake van een structurele achterstandspositie op de Nederlandse arbeidsmarkt waardoor de noodzaak ontbreekt om voorkeursbehandeling op grond van seksuele gerichtheid in de AWGB op te nemen.

3.3 *Fictieve man-vrouw relatie bij vaststelling premie nabestaandenpensioen*

Verzoeker heeft een mannelijke partner en verzekert ten behoeve van zijn partner een nabestaandenpensioen bij verweerster.³³ Vast staat dat verweerster geen aparte tabellen voor man-man en vrouw-vrouw relaties kent. Bij de vaststelling van de premie gaat zij uit van een man-vrouw relatie. Door het betrekken van het geslacht van de partner van de deelnemer in de premieberekening en daarbij uit te gaan van een ander geslacht dan dat van de deelnemer, is de seksuele gerichtheid van de deelnemer in het geding. Verweerster maakt bij de vaststelling van de premie dan ook direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid.³⁴

3.4 *Direct onderscheid in vaccinatiebeleid onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd.*

Voor de tweede keer wordt vaccinatiebeleid onder de loep genomen waarin prijsdifferentiatie verband houdt met seksuele voorkeur (oordeel 2006-20). In een eerder oordeel maakt een gezondheidsdienst *indirect onderscheid op grond van heteroseksuele gerichtheid* door een man de kosten van een hepatitis B vaccinatie in rekening te brengen.³⁵ In oordeel 2006-20 komt de CGB tot het oordeel dat sprake is van *direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid* dat onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd is. Een gezin wilde zich bij een gezondheidsdienst laten vaccineren tegen hepatitis A in verband met een vakantie naar Bulgarije. De totale kosten inclusief vervolgvaccinatie bedroegen € 410,-. Voor homoseksuelen met seksuele contacten was vaccinatie tegen hepatitis B gratis en vaccinaties tegen hepatitis A

31 CGB-advies/2004/10 inzake de conceptnota voorkeursbehandeling van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Nota Voorkeursbehandeling, *Kamerstukken II* 2004/05, 28 770, nr. 11 p. 31.

Op grond van de Kaderrichtlijn kunnen lidstaten vanwege 'wezenlijke functievereisten' onderscheid maken wegens seksuele voorkeur. Nederland heeft van deze mogelijkheid bij de omzetting van deze richtlijn geen gebruik gemaakt. Artikel 4 Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2000 L. 303).

32 Specifieke maatregelen die achterstanden voorkomen of compenseren zijn slechts toegestaan voor de gronden ras, godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid. Artikel 5 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*PbEG* 2000, L. 180) en artikel 7 Richtlijn nr. 2000/78/EG (*PbEG* 2000 L. 303).

33 Oordeel 2006-56.

34 Oordeel 1999-08 betreft een soortgelijke zaak. Uitgaan van een fictieve man-vrouw relatie bij de premievaststelling voor nabestaandenpensioen bij homoparen leidt tot verboden onderscheid naar homoseksuele gerichtheid.

35 Oordeel 2000-90. Homo- en biseksuele mannen met veel wisselende partners en heteroseksuelen met veel wisselende partners (althans prostituees en hun cliënten) kwamen in aanmerking voor een gratis vaccin omdat zij tot de doelgroep van een inentingsexperiment behoorden. Doordat bepaalde groepen heteroseksuelen werden uitgesloten van gratis vaccinatie, was er sprake van indirect onderscheid naar heteroseksuele gerichtheid. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd omdat aan het nagestreefde doel, het voorkomen van hepatitis B-infecties, iedere discriminatie vreemd is, het gratis vaccinatieprogramma voor de risicogroepen aan een werkelijke behoefte van de gezondheidsdienst beantwoordt en het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken. Zie voor een bespreking van oordeel 2000-90 waarin bevestigd wordt dat sprake is van direct onderscheid: A.C. Hendriks & C. Waaldijk 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer: Kluwer, p. 57-59.

waren goedkoper dan voor heteroseksuelen. Het gezin viel niet onder het doelgroepenbeleid.

De CGB gaat 'om' op grond van een tussentijds gegeven andersoortig oordeel waarin de oordelenlijst met betrekking tot de uitleg van het begrip seksuele gerichtheid wordt bijgesteld. Voor de nadere invulling van dit begrip wordt aansluiting gezocht bij het 'danswedstrijden oordeel'³⁶, waarin verzoekers betogen dat homoseksuele gerichtheid zich onderscheidt van de andere door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden, doordat de seksuele gerichtheid eerst en vooral betekenis krijgt in relatie tot anderen. Een verwijzing naar mannen met homoseksuele contacten moet dan ook worden beschouwd als een rechtstreekse verwijzing naar homoseksuele mannen. Toegepast op het vaccinatieoordeel leidt deze redenering tot de vaststelling dat homoseksuele mannen die geen wisselende seksuele contacten hebben onder de risicogroep van het vaccinatiebeleid vallen. Hieruit volgt dat met het vaccinatiebeleid direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid wordt gemaakt.

Volgens de gesloten systematiek van de AWGB is direct onderscheid enkel niet verboden wanneer een uitzondering in de AWGB is opgenomen.³⁷ Volksgezondheidsbelangen kunnen echter een doorbreking van dit gesloten systeem van uitzonderingen op de gelijkebehandelingsnorm rechtvaardigen.³⁸

Met de gelijkstelling 'mannen met homoseksuele contacten = een verwijzing naar homoseksuele mannen', zou het mogelijk moeten zijn om direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid eenvoudiger vast te stellen. Daardoor kan worden voorkomen dat indirect onderscheid (te) snel wordt geconstateerd, waardoor een wederpartij met een gekunstelde objectieve rechtvaardiging wegkomt zoals in de omstreden bloeddonor oordelen.³⁹

3.5 *School heeft geen wettelijke plicht tot het voeren van expliciet homobeleid.*

Een docent die openlijk voor zijn homoseksuele voorkeur uitkomt, heeft zijn werkgever gevraagd in het veiligheidsbeleid expliciet aandacht te besteden aan homotolerantie.⁴⁰ De docent stelt dat hij nadeel ondervindt door het ontbreken van een uitdrukkelijk op homoseksualiteit gericht beleid met betrekking tot de veiligheid op school, het onderwijsprogramma, en het pedagogisch klimaat. De vraag die voorligt is of de school jegens de docent in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving door in haar veiligheidsbeleid niet expliciet rekening te houden met de specifieke kenmerken van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. De Arbeidsomstandighedenwet kent wel de verplichting voor een werkgever beleid te

36 Oordeel 2004-116. Direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid en geslacht door ongemengde paren uit te sluiten van deelname aan door of namens verweerders georganiseerde reguliere danswedstrijden.

37 De uitzonderingen van artikel 2, tweede t/m zesde lid, AWGB en artikel 7, tweede en derde lid, AWGB zijn niet van toepassing.

38 Zie de annotatie van Gerards bij oordeel 2006-20, elders in deze bundel opgenomen. Zie ook Rodrigues die in paragraaf 3.3 van zijn bijdrage Ras en nationaliteit ingaat op oordeel 2006-55 over een gezondheidsdienst die verboden onderscheid op grond van ras maakt.

39 Oordeel 1998-137. Geen verboden onderscheid naar homoseksuele gerichtheid of geslacht door mannen die seksuele contacten hebben (gehad) met andere mannen uit te sluiten van het geven van bloed. In r.o. 5.5 wordt indirect onderscheid aangenomen omdat niet de seksuele gerichtheid van betrokkenen als zodanig de grond is voor de uitsluiting, maar het verhoogde risico op een HIV-infectie door seksuele contacten van mannen met mannen. Deze scheiding doet gekunsteld aan en de CGB zou na oordeel 2006-20 vermoedelijk direct onderscheid hebben aangenomen.

40 Oordeel 2006-13.

voeren ter voorkoming van seksuele intimidatie⁴¹, maar een wettelijk aanknopingspunt ontbreekt om scholen te verplichten hun veiligheidsbeleid te expliciteren op het punt van homoseksuele voorkeur.

Niet valt in te zien waarom seksueel intimiderend gedrag een hogere mate van rechtsbescherming legitimeert dan homovijandig gedrag omdat het in beide situaties gaat om *genderrelated (hate)crimes*. Beide uitingen getuigen van minachting voor de seksuele identiteit van de betrokkene. Dat de dader zich daarbij in het ene geval laat leiden door de aantrekkingskracht van de heteroseksuele context (ten aanzien van vrouwen), en een andere keer door afkeer die eveneens besloten ligt in het heteroseksuele referentiekader (ten aanzien van homomannen), maakt dat sprake is van vergelijkbare gevallen. Homospecifiek veiligheidsbeleid moet daarom onderdeel uitmaken van beleid ter voorkoming van seksuele intimidatie en artikel 3, tweede lid, in combinatie met artikel 1, derde lid, onderdeel e, Arbeidsomstandighedenwet biedt daartoe de ruimte. Dit geldt te meer wanneer, zoals in geval van verzoeker, de noodzaak tot homospecifiek veiligheidsbeleid goed wordt gemotiveerd. De CGB heeft bij de behandeling van het wetsvoorstel tot Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 er op aangedrongen dat onder het begrip psychosociale arbeidsbelasting mede wordt verstaan discriminatie op de werkvloer, en gepleit voor een uitbreiding van de bevoegdheid van de Arbeidsinspectie bij discriminatiebestrijding.⁴² Daarmee zou een wettelijk aanknopingspunt worden geïntroduceerd om veiligheidsbeleid te expliciteren op het punt van homoseksuele voorkeur, maar de aanbevelingen zijn door de regering niet overgenomen.

4 OORDELEN OVER BURGERLIJKE STAAT

4.1 *De slotuitkering*

De jaarlijks terugkerende oordelen over pensioenreglementen tonen aan hoezeer pensioenfondsen bij de samenstelling van hun producten zijn uitgegaan van het traditionele gezinsleven.⁴³ Het onderscheid kan ook betrekking hebben op alleenstaanden en daarmee indirect op grond van burgerlijke staat. Tot die conclusie leidt oordeel 2006-261 waarin verzoekster een pensioenregeling laat toetsen waarin de verzekeraar de slotuitkering – een eenmalige uitkering die na het overlijden wordt uitgekeerd ten behoeve van onder meer de kosten rondom het overlijden – enkel toekent aan een beperkte kring van nabestaanden. De verzorgingsgedachte die ten grondslag ligt aan een pensioenvoorziening wordt niet verondersteld aanwezig te zijn bij derden, waardoor uitkeringen krachtens het pensioenreglement niet worden toegekend aan anderen dan de partner of de kinderen. Het doel van de beperking van de kring van gerechtigden van de slotuitkering – aansluiting bij belastingwetge-

41 Artikel 3, tweede lid, van de herziene Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) die per 1 januari 2007 in werking is getreden verplicht de werkgever, binnen het algemeen arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid te voeren dat gericht is op voorkoming en indien dat niet mogelijk is, beperking van psychosociale arbeidsbelasting. Ingevolge artikel 1, derde lid, onderdeel e Arbowet omvat psychosociale arbeidsbelasting de factoren seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen.

42 Wetsvoorstel tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998, *Kamerstukken II* 30 552. Brief van de CGB aan de Tweede Kamer inzake de Wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998, 1 september 2006.

43 Met de nieuwe Pensioenwet die op 1 januari 2007 in werking is getreden wordt ingespeeld op individualisering van de samenleving en andere leefstijlen waardoor de verwachting gerechtvaardigd lijkt dat het aantal pensioenzaken bij de CGB zal afnemen.

ving - is niet langer legitiem. Door een wijziging van de belastingwetgeving bestaan er geen fiscale belemmeringen meer voor uitbreiding van de kring van gerechtigden. Het pensioenfonds heeft het voornemen geuit het pensioenreglement te wijzigen, waarbij ook aan diegenen die kosten maken voor de begrafenis of crematie van een alleenstaande deelnemer de slotuitkering wordt uitgekeerd.

4.2 *Geen informatie voor gescheiden vader*

In vier zaken stelt één gescheiden vader ongelijk behandeld te worden op grond van zijn burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit door een huisarts, een school, een ziekenhuis en een Bureau Jeugdzorg.⁴⁴ De casuïstiek verschilt weinig van voorgaande jaren, het vermoeden dat partijen informatie achterhouden over het kind en de vader 'anders' behandelen dan de moeder, zonder die stellingen met toetsbare feiten onderbouwd worden. Uit het procesverloop valt af te leiden dat verzoeker zijn verzoek eerst mondeling bij de secretaris van de CGB heeft toegelicht en vervolgens opnieuw heeft ingediend. Ten aanzien van de vraag of de vier afzonderlijke wederpartijen het op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en /of nationaliteit op de gescheiden vader gemunt hebben lijkt gezonde twijfel op zijn plaats, maar dit doet niet af aan het recht om een verzoek in te dienen. De slotsom luidt dat hetgeen verzoeker heeft aangevoerd niets anders is dan een subjectief bij hemzelf bestaand vermoeden dat onvoldoende is om een geobjectiveerd vermoeden van onderscheid op de omstreden gronden te doen rijzen.

4.3 *Alleenstaanden niet gedupeerd door woonruimteverdelingsstelsel*

In Zwolle voert een woningstichting een beleid waarbij tijdelijk voorrang wordt gegeven aan meerpersoonshuishoudens bij de toewijzing van grotere eengezinswoningen.⁴⁵ Een vrouw die als woningzoekende staat ingeschreven stelt dat met dit beleid indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van burgerlijke staat, omdat eenpersoonshuishoudens (alleenstaanden) niet voor de woningen met meerdere slaapkamers in aanmerking komen.

Het doel van de woningstichting is de schaarste aan grotere eengezinswoningen rechtvaardig te verdelen en alle groepen woningzoekenden een gelijkwaardige slaagkans te bieden. De vrouw brengt hiertegen in dat geen sprake is van een gelijkwaardige slaagkans. Uit overgelegde cijfers van de woningstichting blijkt echter dat meerpersoonshuishoudens een kleinere kans hebben een passende woning te vinden dan eenpersoonshuishoudens waardoor het middel als passend moet worden beoordeeld. Het middel is noodzakelijk omdat het oude op woonduur gebaseerde systeem tot ongewenste situaties kon leiden, zoals eenpersoonshuishoudens die in grote woningen terecht kwamen. Het betreft een tijdelijke maatregel omdat grotere woningen worden gebouwd maar dat biedt op korte termijn geen soelaas. Het middel is eveneens noodzakelijk omdat er geen alternatieven zijn die geen of minder onderscheid maken dan de voorrangstelling.

44 Oordelen 2006-66 t/m 2006-69. Zie hierover ook Rodrigues die in paragraaf 3.1 van zijn bijdrage Ras en nationaliteit op deze oordelen ingaat.

45 Oordeel 2006-28. Een vergelijkbare zaak leidde tot oordeel 2001-99. Gezien de vergelijkbaarheid van beide casussen en de redelijkheid van de objectieve rechtvaardigingsgrond had de CGB het verzoek mogelijk ook via de vereenvoudigde procedure kunnen afdoen.

5 GEEN BEVOEGDHEID VAN DE COMMISSIE

In verschillende zaken heeft de CGB zich onbevoegd verklaard omdat sprake was van intern verenigingsrecht, eenzijdig overheidshandelen, een kerkgenootschap of omdat een omstreden regeling dateert van voor de inwerkingtreding van de AWGB.

De vaste oordelenlijn dat de CGB onbevoegd is in zaken die betrekking hebben op het interne verenigingsleven wordt in oordeel 2006-32 voortgezet.⁴⁶ Een vrouw voert aan dat een motorrijvereniging haar onvoldoende beschermd heeft tegen discriminatoire bejegening op grond van haar heteroseksuele gerichtheid en tegen de weigering van het lidmaatschap op die grond.⁴⁷ Op basis van de statuten en de uitvoering in de praktijk wordt geconcludeerd dat de vereniging geen open en zakelijk karakter heeft omdat de georganiseerde activiteiten alleen openstaan voor leden. De activiteiten vallen niet onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB en de CGB is derhalve onbevoegd.

Naar aanleiding van kritiek op de restrictieve uitleg van het interne verenigingsrecht is in de tweede CGB-evaluatie gepleit voor onderzoek naar de verruiming van de bevoegdheid om het interne verenigingsleven te toetsen.⁴⁸ In het externe evaluatieonderzoek is dit onderzoek uitgevoerd en de CGB heeft de toets voor het eerst toegepast in een oordeel waarin een watersportvereniging in haar statuten had bepaald dat leden die niet de Nederlandse nationaliteit hebben van stemrecht en van toegang tot het bestuurslidmaatschap waren uitgesloten.⁴⁹ De CGB acht zichzelf toetsingsbevoegd als beperkte toegang tot het lidmaatschap en daarmee tot de goederen of diensten die de vereniging haar leden aanbiedt, geen verband houdt met het doel van de vereniging. In dat geval acht zij de vrijheid van vereniging namelijk niet in het geding. Hoewel dit oordeel buiten de reikwijdte van de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat valt, is het in zoverre van belang dat de herziening van de jurisprudentielijn mogelijk tot een andersluidend oordeel zou hebben geleid in het verzoek van de heteroseksuele motorrijdster die van lidmaatschap werd uitgesloten. De CGB zou dan wel bevoegd zijn omdat aan de weigering van het lidmaatschap een bejegeningklacht op grond van seksuele gerichtheid ten grondslag ligt, maar deze geen verband houdt met het doel van de vereniging, namelijk het motorrijden door vrouwen te bevorderen, internationale contacten te onderhouden en het motorrijden verkeerstechnisch op een hoger niveau te brengen.

In oordeel 2006-85 verklaart de CGB zich onbevoegd te oordelen in het verzoek van twee met elkaar gehuwde mannen die klaagden dat de Staatssecretaris van Financiën onderscheid maakt op grond van geslacht en/of seksuele gerichtheid door

46 Eerdere oordelen 2005-51; 2004-7; 2003-81; 2002-155.

47 De vrouw had het lidmaatschap opgezegd nadat zij was 'uitgehoord' over haar seksuele voorkeur en er vervelende opmerkingen werden gemaakt dat ze niet lesbisch is. In verband met een rally in Nieuw-Zeeland wilde ze opnieuw lid worden maar dat werd door het bestuur geweigerd.

48 In de tweede evaluatie van de AWGB is op verzoek van de CGB onderzocht wanneer de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing is op (regels en praktijken) van verenigingen. Zie P.J.J. Zootjens, 'Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zootjens (red.), *Gelijke behandeling; principes en praktijken, evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 175-219.

49 Oordeel 2006-258. Zie voor de redenen die ten grondslag liggen aan het verlaten van de vaste jurisprudentielijn overweging 3.7 t/m 3.14.

te weigeren hun uitgaven in verband met een IVF-behandeling in mindering te brengen op hun belastbare inkomen. De vaststelling van (de hoogte van) fiscale aftrekposten op grond van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) is gebaseerd op een publiekrechtelijke bevoegdheid van de overheid. Toepassing van de Wet IB 2001 kan wel indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid tot gevolg hebben omdat een IVF-behandeling slechts als kostenpost kan worden opgevoerd indien de behandeling wegens ziekte of invaliditeit heeft plaatsgevonden. Daarmee houdt de fiscale regelgever geen rekening met de kinderwens van twee homoseksuele mannen die voor het vervullen van hun kinderwens zijn aangewezen op een IVF-behandeling bij een vrouw zonder dat er sprake is van ziekte of invaliditeit.

Van onbevoegdheid is sprake in het verzoek van een student die stelt dat een opleidingsinstituut onderscheid maakt op grond van burgerlijke staat door zijn herinschrijving te weigeren omdat hij tussentijds ongehuwd is gaan samenwonen.⁵⁰ De CGB honoreert het verzoek van het opleidingsinstituut te worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap van de Verenigde Pinkster- en Evangeliegemeenten (VPE).⁵¹ Verzoeker stelt naar mijn mening terecht dat met het verbod van ongehuwd samenwonen aan studenten de grenzen van (intern)kerkelijke aangelegenheden worden overschreden. Het opleidingsinstituut biedt in het openbaar een opleiding aan en de studenten komen in aanmerking voor studiefinanciering. In een dergelijke context, waarbij het toelatingsbeleid niet kan worden aangemerkt als een aangelegenheid die rechtstreeks verband houdt met de belijdenis van de religieus-beschouwelijke overtuiging, kan niet worden volgehouden dat er sprake is van (intern) kerkelijke aangelegenheden. Op basis van het verweer had het verzoek getoetst kunnen worden aan artikel 7, tweede lid, AWGB, waarin de uitzonderingsbepaling voor het bijzonder onderwijs is opgenomen. De interessante vraag die dan beantwoord zou moeten worden is of het verbod van ongehuwd samenwonen voor deelname aan het onderwijs een eis is die leidt tot onderscheid op grond van *het enkele feit* van burgerlijke staat.

Tenslotte is de CGB onbevoegd te beoordelen of onderscheid is gemaakt naar burgerlijke staat of militaire rang door in het Reglement Weduwe- en Wezenfonds voor toetreding tot het fonds de voorwaarde te stellen dat de aanvrager gehuwd is dan wel tenminste de rang van officier heeft en door de weigering aan verzoekster weduwpensioen toe te kennen na het overlijden van haar echtgenoot (oordeel 2006-214). De omstreden regeling dateert van voor de inwerkingtreding van de AWGB.⁵²

50 Oordeel 2006-154. Zie de annotatie van Vermeulen die in deze bundel is opgenomen.

51 Artikel 3 AWGB. Uit de overwegingen valt af te leiden dat de CGB worstelt met de vraag of sprake is van een kerkgenootschap omdat in de wetsgeschiedenis een heldere definiëring ontbreekt.

52 Ook indien wel aan de inhoudelijke behandeling van de zaak zou zijn toegekomen, zou het verzoek afstuiten op de uitzondering in artikel 5, zesde lid, AWGB, dat bepaalt dat artikel 5, eerste lid, onderdeel e, niet van toepassing is op onderscheid op grond van burgerlijke staat met betrekking tot nabestaandenpensioenvoorzieningen en met betrekking tot aanspraken op pensioen die vóór de datum van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, van de wet van 21 december 2000, houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten in verband met het recht naar keuze voor ouderdomspensioen in plaats van nabestaandenpensioen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*Stb.* 625), zijn opgebouwd.

6 SLOTBESCHOUWING

Van de vijftien oordelen op de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat komt de CGB in twee zaken tot een herziening van de jurisprudentielijn. Bij vaccinatiebeleid waarin prijsverschil gebaseerd is op de homoseksuele voorkeur van de doelgroep wordt niet langer aangenomen dat sprake is van indirect onderscheid. Door een verwijzing naar mannen met homoseksuele contacten te ontkoppelen van de seksuele voorkeur van die mannen wordt direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid geconstrueerd. Daarmee wordt recht gedaan aan de beleving van homomannen, die in de objectieve rechtvaardiging ter legitimering van het gevoerde vaccinatiebeleid in eerdere oordelen een vluchtroute zagen waarmee de *homoseksuele praxis* werd ontkend. De CGB stapt ook af van de restrictieve toetsing van het interne verenigingsrecht. Wanneer de beperkte toegang tot het lidmaatschap van een vereniging en daarmee tot de goederen of diensten die de vereniging haar leden aanbiedt, geen verband houdt met het doel van de vereniging, dan is de vrijheid van vereniging niet in het geding en is de CGB toetsingsbevoegd. De vraag of een vereniging verzoeker op grond van haar seksuele gerichtheid het lidmaatschap weigert, ketst dan niet meer af op onbevoegdheid van de CGB, zoals in oordeel 2006-32.

Een school heeft geen plicht om homospecifiek veiligheidsbeleid te voeren omdat daartoe een wettelijk aanknopingspunt ontbreekt. Gezien de nauwe verwantschap tussen homovijandig en seksueel intimiderend gedrag zou homospecifiek veiligheidsbeleid onderdeel moeten uitmaken van beleid tegen seksuele intimidatie. De Arboret biedt daartoe de mogelijkheid door de geslachtsneutrale definitie van het begrip psychosociale arbeidsbelasting.

In eerdere bijdragen aan deze oordelenbundel werd gespeculeerd over de vraag waarom het aantal oordelen op grond van seksuele gerichtheid jaarlijks gering is. Dit heeft niet alleen te maken met het feit dat homospecifieke ongelijke behandeling zich deels afspeelt op terreinen die buiten de reikwijdte van de AWGB vallen, maar ook met de dominantie van een heteroseksueel referentiekader. Het vervolg van het danswedstrijdenoordeel bij de burgerlijke rechter toont aan dat gelijke behandeling op grond van seksuele voorkeur niet via de hink-stap-sprong methode wordt bereikt maar eerder door twee stapjes voorwaarts en eentje terug.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

2006-13

Grond: seksuele gerichtheid
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van seksuele gerichtheid bij toepassen veiligheidsbeleid binnen scholengemeenschap.

Een docent die openlijk voor zijn homoseksuele voorkeur uitkomt, heeft zijn werkgever gevraagd in het veiligheidsbeleid expliciet aandacht aan homotolerantie te besteden. De werkgever is hier in zijn ogen onvoldoende aan tegemoet gekomen. Een wettelijk aanknopingspunt scholen te verplichten hun veiligheidsbeleid te expliciteren op het punt van homoseksuele voorkeur, ontbreekt vooralsnog. In concrete gevallen kan het echter noodzakelijk zijn dat een werkgever specifieke aspecten van homodiscriminatie in zijn veiligheidsbeleid expliciteert. De werkgever heeft zich de zorg voor de bescherming van haar personeel (en leerlingen) tegen discriminatie aangetrokken. Zij heeft dit gedaan in het kader van haar veiligheidsbeleid, met dien verstande dat zij hierbij gebruik maakt van algemene, neutrale termen. In deze zaak oordeelt de Commissie dat een expliciet homobeleid niet noodzakelijk is en dat de scholengemeenschap aan haar zorgplicht heeft voldaan.

2006-20

Grond: seksuele gerichtheid
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid door aan homoseksuelen een goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A en een gratis vaccinatie tegen hepatitis B aan te bieden en te verstrekken.

Een heteroseksuele man wilde zich samen met zijn vrouw en twee kinderen bij een gezondheidsdienst

laten vaccineren tegen hepatitis A in verband met een vakantie naar Bulgarije. De totale kosten voor deze vaccinatie voor het gezin bedroegen € 285,00. Nadat de man in een krantenartikel had gelezen dat homoseksuelen zich gratis konden laten vaccineren tegen hepatitis B en voor € 20,00 tegen hepatitis A, heeft hij contact gezocht met gezondheidsdienst om ook in aanmerking te komen voor deze goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A. Dit was echter niet mogelijk omdat de man en zijn gezin niet onder het doelgroepenbeleid van de gezondheidsdienst vallen. Mannen met homoseksuele contacten vallen wel onder de doelgroep. De gezondheidsdienst voert hiervoor een speciaal beleid omdat onder homoseksuelen de kans op besmetting met hepatitis B en hepatitis A vele malen groter is dan bij toeristen die op vakantie gaan naar landen als Bulgarije en Turkije. Ook is deze groep niet via de reguliere gezondheidskanalen te bereiken waardoor de gezondheidsdienst speciale activiteiten moet verrichten om deze groep te bereiken.

Er is sprake van direct onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid.

De AWGB kent een gesloten systeem, hetgeen betekent dat direct onderscheid alleen gerechtvaardigd is wanneer daarvoor in de AWGB een uitzondering is opgenomen.

In het onderhavige geval zijn de uitzonderingen uit de AWGB niet van toepassing. Onder bijzondere omstandigheden moet een dergelijke regel, als het verbod van onderscheid, buiten toepassing worden gelaten wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leidt tot onaanvaardbare gevolgen. De Commissie meent dat er in het onderhavige geval sprake is van dergelijke onaanvaardbare gevolgen wanneer verboden zou worden een vaccinatiebeleid te voeren dat is gericht op personen die een grotere kans lopen dan anderen op besmetting met hepatitis A en B en er naar verhouding dan ook grotere kans is op verspreiding daarvan. Derhalve is het gemaakte onderscheid niet verboden.

Opmerking:

het verbod van onderscheid, buiten toepassing laten wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leidt tot onaanvaardbare gevolgen.

2006-28

Grond: burgerlijke staat
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen ongelijke behandeling op grond van burgerlijke staat in verband met toewijzing woningen.

Een vrouw voert een eenpersoonshuishouden. Zij meent dat de woningstichting onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat, omdat eenpersoonshuishoudens niet in aanmerking komen voor huurwoningen met meer dan twee slaapkamers, terwijl meerpersoonshuishoudens in aanmerking komen voor alle woningen, inclusief die met twee of meer slaapkamers.

De woningstichting toont aan dat de slaagkans van een eenpersoonshuishouden op het krijgen van een woning groter is dan die van een meerpersoonshuishouden.

2006-32

Grond: seksuele gerichtheid
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:
De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of een motorrijvereniging voor vrouwen onderscheid heeft gemaakt op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid door een heteroseksuele vrouw uit te sluiten van het lidmaatschap van de vereniging.

Een heteroseksuele vrouw is enige tijd lid geweest van een motorrijvereniging voor vrouwen maar heeft haar lidmaatschap opgezegd. Ze wil in verband met een rally opnieuw lid worden van de vereniging. Vanwege het gedrag van de vrouw heeft de vereniging dit geweigerd.

De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is in beginsel niet van toepassing op het interne verenigingsleven. Hieronder valt het al dan niet aangaan van een lidmaatschap, zo ook in deze zaak. De Commissie is daarom niet bevoegd een oordeel te geven.

2006-33

Grond: geslacht (transseksualiteit)
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Transseksualiteit. Bejegening en ontslag. Strijd met de wet.

Een vrouw klaagt over discriminatie op de werkvloer en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door haar werkgever, in verband met haar transseksualiteit.

De Commissie concludeert dat sprake is geweest van discriminatie op de werkvloer en dat de transseksualiteit in ieder geval een rol heeft gespeeld bij de beslissing van de werkgever om de arbeidsverhouding te beëindigen.

2006-56

Grond: seksuele gerichtheid
Terrein: levering van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting
Verboden onderscheid op grond van seksuele gerichtheid door bij de vaststelling van de premie van het nabestaandenpensioen van een heteroseksuele relatie uit te gaan.

Een man heeft een mannelijke partner en verzekert ten behoeve van zijn partner een nabestaandenpensioen bij een verzekeraar. Vast staat dat de verzekeraar geen aparte tabellen voor man-man en vrouw-vrouw relaties kent. Bij de vaststelling van de premie gaat zij uit van een man-vrouw relatie. De Commissie is van oordeel dat door het betrekken van het geslacht van de partner van de deelnemer in de premieberekening ter zake het nabestaandenpensioen en daarbij uit te gaan van een ander geslacht dan dat van de deelnemer, de seksuele gerichtheid van de deelnemer in het geding is. De Commissie is van oordeel dat de verzekeraar direct onderscheid maakt jegens de man op grond van seksuele gerichtheid bij de vaststelling van de premie ter zake het nabestaandenpensioen. Dat de verzekeraar waarschijnlijk per 1 januari 2007 met een doorsnee premie zal komen, waardoor aan het onderscheid een einde zal komen, doet aan dit oordeel niet af. De Commissie kan niet, zoals de man heeft verzocht, bewerkstelligen dat de verzekeraar de premie ten behoeve van het nabestaandenpensioen op basis van de tabel voor vrouwelijke deelnemers gaat berekenen. De taak van de Commissie beperkt zich tot de beoordeling van de vraag of er sprake is van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid bij de vaststelling van de pen-

sioenpremie. Dit geldt eveneens voor het verzoek van de man om restitutie van de naar zijn mening teveel betaalde premie.

2006-66

Grond: geslacht; burgerlijke staat; ras; nationaliteit
Terrein: geen
Dictum: niet bevoegd; geen onderscheid op grond van geslacht, burgerlijke staat enz.

Samenvatting:

De Commissie is niet bevoegd het handelen van een Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK) te toetsen aan de wetgeving gelijke behandeling. Geen onderscheid door Bureau Jeugdzorg als vrijwillig hulpverlener.

Een gescheiden vader deed bij het AMK aangifte van mishandeling van zijn zoon. Het handelen van een AMK houdt echter geen aanbieden van goederen of diensten in het maatschappelijk verkeer in, zodat de Commissie niet bevoegd is het handelen te toetsen.

De man verzocht een Bureau Jeugdzorg om vrijwillige hulp. In 2003 was het handelen van het Bureau nog niet limitatief geregeld in de wet. De Commissie mocht dit handelen toetsen, maar de man heeft geen feiten aangevoerd die leidden tot een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht, burgerlijke staat, ras of nationaliteit.

Opmerking:

Bevoegdheid Commissie en eenzijdig overheids-handelen.

2006-67

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit door ziekenhuis jegens gescheiden vader.

Een gescheiden man van Duitse afkomst vindt dat een ziekenhuis hem anders heeft behandeld ten opzichte van zijn ex-echtgenote, een Nederlandse vrouw, bij het behandelen van hun zoon. De man heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zijn Duitse afkomst en natio-

naliteit een rol hebben gespeeld bij het handelen van het ziekenhuis.

De man heeft voorts een aantal feiten aangevoerd waarop hij onderscheid jegens hem als gescheiden man baseert, zoals vadervijandig gedrag van personeel van het ziekenhuis het niet nakomen van afspraken, het hanteren van onduidelijke procedures en het verstrekken van onvoldoende informatie over zijn zoon. Het ziekenhuis heeft de stellingen van de man gemotiveerd betwist en weerlegd. Het ziekenhuis heeft geen onderscheid gemaakt op de gronden burgerlijke staat en geslacht.

2006-68

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit bij de informatievoorziening van een basisschool aan een gescheiden vader.

Een gescheiden man van Duitse afkomst vond dat hij wat betreft de informatie over zijn zoon door de basisschool waar zijn zoon les had, ongelijk werd behandeld ten opzichte van zijn ex-echtgenote. De man heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.

2006-69

Grond: burgerlijke staat; geslacht; ras; nationaliteit
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, geslacht, ras en/of nationaliteit bij de behandeling door een huisarts.

Een gescheiden man van Duitse afkomst was van mening dat de huisarts van zijn zoon hem anders heeft behandeld dan zijn ex-echtgenote. De man heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.

2006-85

Grond: seksuele gerichtheid; geslacht
Terrein: geen
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:

De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of de Staatssecretaris van Financiën onderscheid maakt op grond van geslacht en/of seksuele gerichtheid jegens 2 mannen door te weigeren hun uitgaven in verband met een IVF-behandeling in mindering te brengen op hun belastbare inkomen.

Twee getrouwde manne oefenen het gezamenlijk gezag uit over een in 2005 geboren tweeling. De zwangerschap is ontstaan door middel van een IVF-behandeling: een familielid van (een van) de mannen heeft een eicel gedoneerd die na bevruchting met het zaad van (een van) de mannen bij een draagmoeder (een vriendin van de mannen) is ingebracht. De mannen klagen dat de belastingdienst weigert hun uitgaven in verband met IVF in mindering te brengen op hun belastbare inkomen. De belastingdienst zou weigeren omdat zij beiden man zijn.

De vaststelling van (de hoogte van) fiscale aftrekposten op grond van de Wet inkomstenbelasting 2001 moet worden aangemerkt als een eenzijdig overheidshandelen. De Commissie is derhalve niet bevoegd het verzoek te behandelen.

Opmerking:

De Commissie dringt er bij de Staatssecretaris van Financiën op aan er rekening mee te houden dat de toepassing van de Wet Inkomstenbelasting 2001 - wellicht onbedoeld - indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid tot gevolg kan hebben. Het zou gezien de maatschappelijke en juridische veranderingen aangaande de emancipatie van homoseksuelen, bijvoorbeeld ten aanzien van het huwelijk, adoptie en ouderschap, zijn aan te bevelen deze consequentie ook voor de fiscale wetgeving te inventariseren.

2006-124

Grond: seksuele gerichtheid; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met de wet; niet ontvankelijk

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid bij de bejegening en geen onzorgvuldige klachtenbehandeling. Man niet-ontvankelijk in verzoek of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd jegens een derde. Klacht over victimisatie onvoldoende onderbouwd.

Een homoseksuele man is in dienst bij een universiteit en heeft sinds 2004 niet meer (volledig) gewerkt wegens arbeidsongeschiktheid. De man meent dat hij door de universiteit onbehoorlijk is behandeld op grond van zijn homoseksuele gerichtheid. De universiteit heeft dit gemotiveerd bestwist. De man heeft geen feiten aangedragen die onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden. Niet is gebleken dat de klachten van de man niet zorgvuldig zijn onderzocht of dat onvoldoende passende maatregelen zijn getroffen.

De man is niet ontvankelijk in zijn verzoek om te beoordelen of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd jegens een derde tijdens een sollicitatieprocedure. Hij heeft niet aangegeven waaruit zijn nadeel bestaat.

De man heeft een klacht ingediend over de genoemde sollicitatieprocedure. Volgens hem heeft dit ertoe geleid dat hij op non-actief is gesteld (victimisatie). Geen strijd met de wet, omdat de man zijn klacht over victimisatie niet voldoende met feiten heeft onderbouwd.

2006-154

Grond: burgerlijke staat
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:

Een opleidingsinstituut van een kerkgenootschap weigert een verzoek tot herinschrijving van een student. Student woont ongehuwd samen en onderschrijft de grondslag en identiteit van de instelling niet meer. Commissie is niet bevoegd. Artikel 3 AWGB.

Nadat een student één jaar ingeschreven heeft gestaan bij een opleidingsinstituut van een kerkgenootschap, besluit hij zich in te schrijven bij een andere opleiding. Hij gaat ook ongehuwd samen-

wonen met zijn vriendin. Omdat hij enkele propedeusetentamens niet heeft gehaald, verzoekt hij om heringeschreven te worden. Het opleidingsinstituut wijst dit verzoek af, stellende dat het voor-nemen tot samenwonen in de weg staat aan herin-schrijving.

Het opleidingsinstituut erkent onderscheid te heb-ben gemaakt, maar beroept zich op de uitzonde-ring van artikel 3 AWGB. De Commissie wijst dit beroep, onder verwijzing naar de wetsgeschiede-nis, jurisprudentie, doelstellingen en systematiek van de AWGB, toe.

Opmerking:

In dit oordeel gaat de Commissie uitvoerig in op de betekenis van artikel 3 AWGB. Nieuwe juris-prudentie ontwikkeld.

2006-214

Grond: burgerlijke staat

Terrein: arbeid

Dictum: niet bevoegd

Samenvatting

De Commissie is niet bevoegd te beoordelen oordelen of onderscheid is gemaakt naar burgerlijke staat of militaire rang bij toetreding tot het Weduwe- en Wezenfonds en door het niet-toekennen van een weduwe-pensioen.

De Commissie Gelijke Behandeling is niet bevoegd te beoordelen of onderscheid is gemaakt naar burgerlijke staat of militaire rang door in het Reglement Weduwe- en Wezenfonds voor toetreding tot het fonds de voorwaarde te stellen dat de aanvrager gehuwd is dan wel tenminste de rang van officier heeft en door de weigering aan een vrouw weduwepensioen toe te kennen na het overlijden van haar echtgenoot.

Opmerking:

De Commissie oordeelde eerder dat zij bevoegd was te oordelen over maandelijkse uitkeringen in het kader van de Algemene Ouderdomswet (AOW) vanaf inwerkingtreding van artikel 7a AWGB op 1 april 2004, hoewel de opbouw van deze uitkering (deels) had plaatsgevonden vooraf-gaand aan de inwerkingtreding van dit artikel (vgl. CGB 22 juni 2006, tussenoordeel 2006-127). De onderhavige situatie is echter een andere, onder meer omdat het om een op premie-afdracht geba-seerd pensioensysteem, terwijl de AOW een alge-mene voorziening is, waarbij premieafdracht geen rol speelt. De partner van de vrouw was geen deelnemer en heeft derhalve geen premie afgedra-gen.

2006-261

Grond: burgerlijke staat

Terrein: arbeid

Dictum: indirect onderscheid, niet objectief gerechtvaardigd

Samenvatting:

Pensioenverzekeraar maakt indirect onder-scheid op grond van burgerlijke staat door de slotuitkering enkel uit te keren aan een beperkte groep nabestaanden.

Een pensioenverzekeraar keert de slotuitkering - een eenmalige uitkering die na het overlijden wordt uitgekeerd ten behoeve van onder meer de kosten rondom het overlijden - enkel aan een beperkte groep nabestaanden uit. Hierdoor wor-den alleenstaanden indirect getroffen. Het doel van de beperking van de kring van gerechtigden van de slotuitkering - aansluiting bij belastingwetge-ving - is niet langer legitiem, nu deze wetgeving anders dient te worden uitgelegd. Daarbij is een alternatief mogelijk, waarbij ook aan diegenen die kosten maken voor de begrafenis of crematie van een alleenstaande deelnemer de slotuitkering wordt uitgekeerd.

Arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst

Mr. dr. S.S.M. Peters

1 INLEIDING

Voor de gronden arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst valt in 2006 de score – kwantitatief – wat tegen: de Commissie Gelijke Behandeling bracht elf oordelen uit die (mede) betrekking hebben op het verbod van onderscheid wegens arbeidsduur en zes oordelen die zien op het verbod van onderscheid wegens het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.¹ Twee van deze oordelen betreffen dezelfde casus, in totaal gaat het dus om zestien (tien respectievelijk zes) verschillende zaken; een daling van ruim 30% ten opzichte van 2005. Eén oordeel is uitgebracht op verzoek van een ondernemingsraad (OR) en drie oordelen zijn gegeven op verzoek van de ‘regelgever’ zelf (oordelen omtrent eigen handelen). Twee oordelen hebben betrekking op ambtenaren. Alle oordelen (op een na²) worden in deze bijdrage besproken. Daarbij zal ik extra aandacht besteden aan de oordelen die betrekking hebben op de verbodsgrond aard van de arbeidsovereenkomst. Daar zou de CGB mijns inziens namelijk – kwalitatief – beter kunnen scoren, met name bij de toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets. Alvorens de bespreking van de oordelen aan te vangen (onder 3 en 4), bespreek ik onder 2 enige ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie die verband houden met de onderhavige verbodsgronden. De bijdrage wordt afgesloten met een korte slotbeschouwing (onder 5).

2 ONTWIKKELINGEN IN WETGEVING EN JURISPRUDENTIE

Het verbod van onderscheid naar arbeidsduur (art. 7:648 Burgerlijk Wetboek (BW)) en het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst (art. 7:649 BW) zijn gewijzigd per 20 december 2006.³ Aan beide artikelen is een nieuw vijfde lid toegevoegd waarin de zogenaamde victimisatiebescherming is uitgebreid:⁴ werknemers zijn voortaan niet alleen beschermd tegen opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar ook tegen andere vormen van nadelige behandeling wegens het uiten van een klacht of starten van een procedure op grond van deze artikelen.⁵ Daarnaast is van belang dat de

1 Oordeel 2006-54 heeft betrekking op beide verbodsgronden, maar heb ik alleen bij ‘arbeidsduur’ meegerekend.
2 Oordeel 2006-190 blijft onbesproken (dit oordeel komt wel aan de orde in de bijdrage van Brussee en Kroes elders in deze bundel).
3 Hetzelfde geldt voor art. 125g (vierde lid) en 125h (vijfde lid) Ambtenarenwet.
4 Daarmee is de victimisatiebescherming voor alle discriminatiegronden gelijkgetrokken, aldus *Kamerstukken II* 2005/06, 30 614, nr. 3, p. 6.
5 Ook degene die ter zake bijstand aan de werknemer verleent valt onder deze victimisatiebescherming, zie art. 7:648 en 649, eerste en vijfde lid BW. Zie over (de achtergrond van) deze wijziging *Kamerstukken II* 2005/06, 30 614, nr. 3, p. 6, *Stb.* 2006, 647 en 648 en CGB-advies/2002/04 inzake evaluatie van de Wet op het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur (te downloaden via de website van de Commissie: www.cgb.nl), p. 20.

Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT) in 2007 (voor het eerst) door de CGB moet worden geëvalueerd.⁶

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG of Hof) wees in 2006 twee arresten met betrekking tot tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Beide arresten hebben betrekking op clausule 5 van richtlijn nr. 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.⁷ Deze clausule luidt als volgt:

1. Teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten (...) voor bepaalde tijd te voorkomen, voeren de lidstaten (...), wanneer er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers, een of meer van de volgende maatregelen in:
 - vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten rechtvaardigen;
 - vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd;
 - vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten mogen worden vernieuwd.
2. De lidstaten (...) bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten (...) voor bepaalde tijd:
 - als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd;
 - geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden.

In het *Adeneler*-arrest,⁸ gewezen op 4 juli 2006, krijgt het Hof in de eerste plaats de vraag voorgelegd wat onder ‘objectieve redenen’ als bedoeld in clausule 5, eerste lid, onderdeel a van de richtlijn moet worden verstaan. In de (oorspronkelijke versie van de) betwiste Griekse regeling was namelijk bepaald dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van (semi)-overheidspersoneel onbeperkt mogen worden vernieuwd wanneer daarvoor een objectieve reden bestaat; van een objectieve reden is volgens de regeling sprake wanneer de sluiting van een overeenkomst voor bepaalde tijd wordt opgelegd door een wettelijke bepaling.⁹ Het begrip is niet gedefinieerd in de richtlijn. Volgens het Hof is sprake van ‘objectieve redenen’ als het gebruik van tijdelijke contracten zijn rechtvaardiging vindt in concrete elementen die met name verband houden met de betrokken activiteit en de uitvoeringsvoorwaarden ervan.¹⁰ Het feit dat het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door een wettelijke regeling wordt opgelegd, zoals in deze zaak, levert geen objectieve grond op. Het Hof concludeert daarom dat de richtlijn zich verzet tegen het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, wanneer dit

6 Krachtens artikel II, derde lid, WOBOT jo. artikel 20, tweede lid (AWGB) moet de CGB vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de WOBOT (te weten 22 november 2002, *Stb.* 2002, 560), telkens na verloop van vijf jaar een rapport opstellen van haar bevindingen ten aanzien van de werking in de praktijk van deze wet.

7 Richtlijn nr. 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (*PbEG* 1999, L 175/43). Met de richtlijn wordt de tussen sociale partners op communautair niveau gesloten raamovereenkomst uitgevoerd (vergelijk art. 139, tweede lid EG-Verdrag). De richtlijn en de daarin opgenomen raamovereenkomst duid ik tezamen aan als ‘de richtlijn’. De WOBOT is implementatiewetgeving van (clausule 4 van) deze richtlijn.

8 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, *JAR* 2006/175 (*Adeneler/ELOG*).

9 R.o. 17.

10 Zie met name r.o. 69-70.

gebruik zijn rechtvaardiging enkel vindt in het feit dat een algemene wettelijke bepaling van een lidstaat daarin voorziet.¹¹

In de tweede plaats beslist het Hof dat de richtlijn zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd enkel als ‘opeenvolgend’ in de zin van clause 5, tweede lid, onderdeel a moeten worden beschouwd, wanneer de tussenliggende tijd niet meer dan twintig werkdagen bedraagt. Werknemers kunnen, zo stelt het Hof, als gevolg van deze restrictieve definitie van ‘opeenvolgend’ jarenlang in een onzekere arbeidssituatie verkeren: zij zullen in de praktijk meestal niet anders kunnen dan onderbrekingen van ongeveer twintig werkdagen te aanvaarden in het kader van een reeks overeenkomsten met de werkgever.¹² Bij het einde van ieder tijdelijk contract hoeft de werkgever slechts 21 werkdagen te wachten alvorens een nieuw tijdelijk contract te sluiten om automatisch te vermijden dat de reeks contracten in een vastere arbeidsverhouding wordt omgezet, ongeacht het aantal jaar dat de werknemer hetzelfde werk heeft uitgevoerd en het feit dat die contracten niet in tijdelijke, maar in ‘permanente en blijvende behoeften’ van de werkgever voorzien.¹³ Een dergelijke regeling is dan ook in strijd met de (beschermingsdoelstelling van de) richtlijn, aldus het Hof.¹⁴

Ten slotte overweegt het Hof dat de richtlijn de lidstaten niet (in het algemeen) verplicht om te voorzien in de *omzetting* van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Dit geldt, zo lang maar een van de in clause 5 vermelde maatregelen ter voorkoming van misbruik is genomen én – als misbruik toch plaatsvindt – een maatregel kan worden toegepast die voorziet in effectieve en op het vlak van de werknemersbescherming gelijkwaardige garanties. Op die manier kunnen de doelstellingen van de richtlijn voldoende worden gewaarborgd, aldus het Hof.¹⁵ Als dergelijke andere effectieve maatregelen ontbreken is een absoluut verbod van omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd, die in werkelijkheid ‘permanente en blijvende behoeften’ van de werkgever dekken en dus misbruik opleveren, in strijd met de richtlijn.¹⁶

De vraag rijst of de uitleg die het Europese Hof in dit arrest aan clause 5 van de richtlijn geeft consequenties heeft voor de Nederlandse ketenregeling van art. 7:668a BW. Dat in die regeling de reden voor ‘vernieuwing’ van het contract geen rol speelt (er wordt met andere woorden geen ‘objectieve reden’ verlangd) vormt geen probleem. Nederland hoefde maar een van de in clause 5, eerste lid, genoemde maatregelen in te voeren en de regeling bevat wél de maatregelen van onderdeel b (maximale totale duur) en c (maximum aantal ‘schakels’).¹⁷ Problematischer lijkt de ongelimiteerde afwijkingmogelijkheid van de ketenregeling in art. 7:668a, vijfde lid BW: bij cao kan ten nadele van de werknemer van de hele regeling worden afgeweken. In een niet gering aantal cao’s is hiervan gebruik gemaakt,

11 R.o. 75.

12 R.o. 85.

13 R.o. 88.

14 R.o. 89.

15 Of daarvan sprake is staat ter beoordeling aan de nationale rechter, zie r.o. 101-103. Vergelijk art. 2 richtlijn nr. 1999/70/EG.

16 R.o. 102-105.

17 Aldus ook *Kamerstukken II* 2001/02, 27 661, nr. 3, p. 4 (MvT).

bijvoorbeeld in die zin dat eindeloos arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten zonder dat ooit conversie plaatsvindt.¹⁸ Duidelijk is dat dergelijke cao-regelingen onverenigbaar zijn met de doelstelling van de richtlijn,¹⁹ namelijk het voorkomen van misbruik van opeenvolgende tijdelijke contracten.²⁰ Dit is ook (impliciet) erkend door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in 2005 naar aanleiding van de evaluatie van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, maar hij gaf daarbij te kennen zelf nog geen aanvullende wetgeving te overwegen omdat hier naar zijn mening in de eerste plaats sociale partners aan zet zijn.²¹

In de *Marrosu*-zaak²² betoogden werknemers in dienst van een Italiaans ziekenhuiscentrum dat hun arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (na een bepaalde reeks) was omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij beriepen zich daarbij op de Italiaanse implementatiewet van richtlijn nr. 1999/70/EG. Het ziekenhuis beriep zich echter op een andere Italiaanse wet die de overheid verbiedt om arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd te sluiten. Het HvJ EG moest de vraag beantwoorden of deze laatste wet verenigbaar is met de richtlijn. Het Hof wijst op het doel van de richtlijn, te weten het voorkomen van misbruik door het gebruik van opeenvolgende tijdelijke contracten. De richtlijn staat lidstaten toe rekening te houden met de bijzondere behoeften van bepaalde sectoren en verplicht hen niet (in het algemeen) om te voorzien in de omzetting van tijdelijke contracten in vaste contracten.²³ Volgens het Hof staat de richtlijn er daarom niet aan in de weg dat een lidstaat misbruik door het gebruik van opeenvolgende tijdelijke contracten verschillend behandelt, al naargelang de genoemde contracten worden aangegaan met een werkgever uit de particuliere dan wel de openbare sector. Een specifieke regeling voor de openbare sector is dus mogelijk. Het Hof stelt daaraan (evenals in het *Adeneler*-arrest) de voorwaarde dat het nationale recht ter voorkoming en bestraffing van misbruik voorziet in een andere effectieve maatregel die werknemers in de uitgesloten sector *gelijkwaardige garanties* biedt.²⁴ Het Hof geeft de Italiaanse rechter (die

18 Zie bijvoorbeeld art. 6, tweede lid van de cao voor Contractspelers Betaald Voetbal Nederland 2005-2008: 'In afwijking van het bepaalde in artikel 7:668a BW blijven alle tussen dezelfde partijen aangegane arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd steeds gelden als aangegaan voor bepaalde tijd. Het bepaalde in dit lid geldt bij overeenkomsten die elkaar opvolgen met tussenpozen van maximaal drie maanden, ongeacht de duur van de arbeidsverhouding die door de opeenvolging van overeenkomsten ontstaat en ongeacht het aantal opeenvolgende overeenkomsten waaruit de arbeidsverhouding is samengesteld.' Zie over (het aantal) afwijkingen van de ketenregeling in cao's Stichting van de Arbeid, *Toepassing van de ketenregeling in de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in CAO's* (18 juli 2005, nr. 5/05), Den Haag: Huisdrukkerij SER 2005 (hierna: StAR 2005).

19 Anders: A.G. Veldman, 'Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd', *SR* 2006/10, 64. Volgens haar is art. 7:668a, vijfde lid BW niet in strijd met de richtlijn, nu 'afwijking alleen bij CAO is toegestaan en de richtlijn ook (mede) door de sociale partners geïmplementeerd mag worden'. Niettemin stelt ook zij vervolgens dat 'niet nader gespecificeerde, algemene afwijking bij CAO van de wettelijke limieten' waarschijnlijk rechtvaardiging behoeft volgens het HvJ EG.

20 Zie over de vraag of een werknemer iets kan ondernemen als hem nooit een vast contract wordt aangeboden *Kamerstukken I* 2001/02, 27 661, nr. 322b, p. 3 (MvA). Volgens de minister van Justitie kan sprake zijn van schending van het beginsel van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW. 'Het goed werkgeverschap kan er toe leiden dat een tussen werkgever en werknemer geldende afspraak niet van toepassing is voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In voorkomend geval zal de rechter hierover dienen te oordelen.' Mijns inziens is dit in ieder geval onvoldoende om te gelden als 'gelijkwaardige wettelijke maatregel ter voorkoming van misbruik' als bedoeld in clausule 5, eerste lid, aanhef van richtlijn nr. 1999/70/EG. Vergelijk E. Verhulp, 'Tijdelijke arbeidsovereenkomsten in het licht van de Europese richtlijn', *JAR Verklaard* 2006/6, p. 5.

21 Zie zijn brief d.d. 29 april 2005 aan de Tweede Kamer (p. 5), opgenomen in StAR 2005.

22 HvJ EG 7 september 2006, C-53/04, *JAR* 2006/266 (*Marrosu/Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino*).

23 R.o. 47, waarbij het Hof verwijst naar het *Adeneler*-arrest. Vergelijk clausule 5, eerste lid, aanhef respectievelijk tweede lid, aanhef en onderdeel b van richtlijn nr. 1999/70/EG.

24 R.o. 49-53.

hierover uiteindelijk moet oordelen) als vingerwijzing mee dat de nationale regeling op het eerste gezicht aan genoemde vereisten lijkt te voldoen, nu zij voorziet in dwingende voorschriften inzake de duur en vernieuwing van tijdelijke contracten en de werknemer recht geeft op schadevergoeding in geval van misbruik van opeenvolgende tijdelijke contracten door de overheid.²⁵ De aparte regeling voor de openbare sector lijkt mij op het eerste gezicht te voldoen aan de voorwaarden die de richtlijn stelt qua voorkoming en bestraffing van misbruik. In zoverre kan waarschijnlijk worden gesproken van gelijkwaardige garanties. De regeling is qua werknemersbescherming echter niet gelijkwaardig aan die van de particuliere sector: zij impliceert dat ambtenaren langdurig(er) op basis van tijdelijke contracten werken, dus in een relatief onzekere situatie, zonder uitzicht op een vast contract. Dat daar, in geval van misbruik, een schadevergoeding tegenover staat, lijkt slechts een schrale troost.²⁶

3 ARBEIDSDUUR

In tegenstelling tot het vorige verslagjaar (2005) waarin opvallend veel arbeidsduurzaken betrekking hadden op functiegerelateerde onderwerpen, zien dit jaar de meeste oordelen op beloningsvraagstukken. Daarbij is de hoofdrol weggelegd voor de vergoeding van meeruren. Veel van deze oordelen zijn conform de vaste oordelenlijn van de Commissie.

3.1 *Beloning; vergoeding van meeruren*

Drie oordelen – oordelen 2006-92, 2006-252 en 2006-253 (de laatste twee betreffen dezelfde zaak) – gaan over de beloning van meeruren van deeltijders. De oordelen zijn in lijn met vaste jurisprudentie van zowel het HvJ EG als de CGB dat deeltijders en voltijders voor hetzelfde aantal gewerkte uren eenzelfde totale beloning per uur dienen te ontvangen.²⁷ Dit geldt niet alleen voor gewerkte uren die boven de voltijdnorm uitkomen (overuren), maar voor alle gewerkte uren die binnen of buiten de individuele arbeidstijd vallen maar onder de voltijdnorm (meeruren).²⁸ In beide zaken is de beloning van de meeruren van deeltijders lager dan de beloning van de binnen de voltijdnorm gewerkte uren van voltijders. In de eerste zaak (oordeel 2006-92) berekende de werkgever voor deeltijders over deze uren geen emolumenten zoals vakantiegeld, vakantie-uren en pensioen. In de tweede zaak (oordelen 2006-252 en 2006-253) ontvingen deeltijders op grond van de toepasselijke cao voor de gewerkte meeruren evenmin emolumenten, maar wel een meerurenvergoeding van 20% ter compensatie voor de gemiste emolumenten. Deze

25 R.o. 54-55.

26 Een en ander hangt natuurlijk mede af van het Italiaanse ontslagrecht. Zie voor een beschrijving van de Italiaanse regeling r.o. 9-15 van het *Marrosu*-arrest.

27 HvJ EG 15 december 1994, zaak C-3999/92, *Jur.* 1994, p. I-5727; *JAR* 1995, 36 (*Helmig*). Zie voorts HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02, *JAR* 2004/150 (*Elsner*) (regeling dat overuren van zowel voltijders als deeltijders alleen worden uitbetaald wanneer het gaat om meer dan drie uur per maand leidt tot ongelijke beloning van deeltijders).

28 Oordelen 2005-105 en 2003-155.

compensatie was echter (beduidend) lager dan de werkelijke waarde van die emolumenten.²⁹

De geringere beloning van deeltijders voor meeruren levert benadeling en dus onderscheid naar arbeidsduur op. In geen van beide zaken is het onderscheid objectief gerechtvaardigd. Het argument van extra administratieve lasten kan het onthouden of onvolledig compenseren van emolumenten niet rechtvaardigen. Immers, volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG, de Hoge Raad en de CGB zijn financieel-economische overwegingen op zichzelf onvoldoende ter rechtvaardiging van onderscheid op een van de non-discriminatiegronden.³⁰ Een beroep op kostenoverwegingen kan slechts in uitzonderlijke gevallen – zoals bij (dreigend) faillissement – leiden tot een objectieve rechtvaardiging, zo overweegt de Commissie. Daarvan is in deze zaken geen sprake. Een ander, in oordeel 2006-252, door de werkgever aangevoerd argument, namelijk dat hij slechts de cao naleeft, kan de Commissie eveneens eenvoudig verwerpen onder verwijzing naar haar vaste jurisprudentie ter zake.³¹

In oordeel 2006-119 is de vraag aan de orde of een supermarktketen verboden onderscheid naar arbeidsduur maakt in de beloning. Volgens de toepasselijke cao hebben werknemers van haar distributiecentrum recht op een ploegentoeslag indien 'op meer dan één dag per week structureel volgens rooster wordt gewerkt'. Deze werknemers krijgen een (wat ik noem) standaardploegentoeslag voor avond- en nachtdiensten op doordeweekse dagen. In het weekend is de standaardploegentoeslag verhoogd en geldt deze bovendien ook voor de uren tijdens de dagdienst (hierna: 'zaterdagtoeslag'). Werknemers die uitsluitend op zaterdag overdag werken hebben geen recht op de standaardploegentoeslag (hetgeen niet in geding is). Probleem is dat deze zaterdagkrachten evenmin de zaterdagtoeslag ontvangen, nu de cao deze toeslag koppelt aan het recht op standaardploegentoeslag. Dit leidt volgens de CGB tot onderscheid in de beloning op grond van arbeidsduur: de zaterdagkrachten krijgen krachtens de cao voor hetzelfde werk op dezelfde tijd op zaterdag geen toeslag, in tegenstelling tot werknemers die voor meerdere dagen per week in dienst zijn en die op zaterdag werken. De werkgever bestrijdt dat beide groepen werknemers als gelijke gevallen kunnen worden aangemerkt: de groep werknemers waarmee de zaterdagkrachten worden vergeleken werkt namelijk in wisseldiensten en gedurende veel meer uren per week. Daarom zou voor hen het werken op zaterdag meer bezwarend zijn dan voor een werknemer die uitsluitend op zaterdagen werkt en die daar bovendien vrijwillig voor heeft gekozen. De CGB veegt deze argumentatie van tafel. Beide groepen werknemers doen hetzelfde werk. Of de zaterdag als werkdag belastend is hangt af van de inrichting van het persoonlijke leven van de werknemer en niet van de omstandigheid of men slechts op zaterdag of op meer dagen in de week werkt. Het gaat dus om gelijke gevallen, zodat de toeslag voor uren gewerkt op zaterdag voor iedere werknemer een gelijk percentage van het uurloon behoort te bedragen, ongeacht de arbeidsduur.

29 Zie over de waarde van bedoelde emolumenten P.C. Vas Nunes, 'Overwerkvergoedingen voor deeltijders; een reactie', *ArbeidsRecht* 2001, 49. Volgens zijn berekening komt een toeslag van ruim 39% meer in de buurt, waarbij 'lastig te prorateren arbeidsvoorwaarden, zoals een leaseauto' nog buiten beschouwing worden gelaten.

30 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Jur.* 1994, p. I-571 (*Roks*), met name r.o. 34-36, HR 24 april 1992, NJ 1992, 689 (*Bouma/KLM*) en oordeel 2006-46.

31 Zie bijvoorbeeld oordelen 1996-07 (overweging 4.11) en 2003-23 (overweging 6.12). Zie ook HR 13 november 1987, NJ 1989, 698 (*St. Bavo/Gielen*).

Het gemaakte onderscheid is volgens de Commissie niet objectief gerechtvaardigd. Het enkele feit dat de regeling in collectief overleg tot stand is gekomen, is daarvoor in ieder geval onvoldoende.³² De werkgever heeft verder aangevoerd dat met het onderscheid wordt beoogd de ‘combinatie van inconveniëntie van weekenddiensten en van onregelmatigheid’ te belonen. De Commissie acht het doel legitiem, maar het middel niet geschikt. Het werken op zaterdag is naar haar oordeel gelijkelijk inconveniënt voor alle werknemers, ongeacht de omvang van de dienstbetrekking. Het middel dat de werkgever inzet om werknemers voor de extra belasting van een zaterdagdienst te compenseren – de zaterdagtoeslag – belooft slechts een deel van de werknemers die de belasting van het werken op zaterdagen onder vinden. De werkgever stelt echter dat hij met de zaterdagtoeslag (bovenop en gekoppeld aan de standaardploegentoeslag) de *dubbele belasting* van weekenddiensten én onregelmatigheid wil ‘compenseren’. Zijn opvatting lijkt te zijn dat het werken op de zaterdag op zichzelf niet belastend genoeg is om met een toeslag te belonen. De CGB kan deze (impliciete) stelling eenvoudig pareren door erop te wijzen dat de toeslagregeling niet op het belonen van deze dubbele belasting kán zien. Er is namelijk een groep werknemers die ook op andere dagen dan de zaterdag werkt zonder dat sprake is van onregelmatigheid, maar die groep valt wél onder de toeslagregeling. Het middel is dus niet passend en is evenmin noodzakelijk, nu het mogelijk moet worden geacht om de zaterdagtoeslag los te koppelen van de standaardploegentoeslag.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, acht de CGB het argument van de dubbele belasting evenmin steekhoudend ingeval de laatstgenoemde groep werknemers níet onder de toeslagregeling zou vallen (strikt genomen lijken deze werknemers ook geen recht te hebben op de standaardploegentoeslag, nu ze kennelijk niet in ploegendienst werken). Dit oordeel is mijns inziens terecht: het blijft er immers op neerkomen dat werknemers voor hetzelfde werk op dezelfde tijd op dezelfde dag anders worden beloond, omdat de werkgever de belasting voor de ene groep zwaarder inschat dan voor de andere om redenen die volgens de CGB niet (in alle gevallen) juist zijn.

Hebben deeltijders en voltijders gelijkelijk aanspraak op ‘betaald uitslapen’? Deze vraag is (heel kort gezegd) aan de orde in oordeel 2006-125. Verzoekster werkt in deeltijd als operatieassistent bij de werkgever, een ziekenhuis, en verricht regelmatig bereikbaarheidsdiensten. De zogenaamde Uitslaapregeling van de werkgever bepaalt dat werknemers die een bereikbaarheidsdienst hebben verricht en de dag na die bereikbaarheidsdienst zijn ingeroosterd, recht hebben op viereneenhalf uur betaald verlof, ongeacht of ze die nacht zijn opgeroepen. Verzoekster werkt op twee niet-aaneengesloten dagen per week en heeft daarom nooit recht op ‘viereneenhalf uur betaald uitrusten’. De Commissie constateert dat deeltijders minder vaak zullen profiteren van de voordelen van de Uitslaapregeling dan voltijders, omdat deeltijders vaker op niet-aaneengesloten dagen werken dan voltijders. Dit leidt ertoe dat voltijders een hoger loon per daadwerkelijk gewerkt uur ontvangen dan deeltijders, omdat voltijders een gedeelte (circa 16%) van de ingeroosterde uren niet hoeven te werken, maar over die uren wél loon ontvangen.

32

De CGB wijst op de jurisprudentie van het HvJ EG waarin is bepaald dat het discriminatieverbod van dwingend recht is en dat het uitgangspunt is dat daarvan niet bij (collectief) contract kan worden afgeweken. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 mei 1995, NJ 1996, 67; JAR 1995/198 (*Royal Copenhagen*), r.o. 45-46; HvJ EG 7 februari 1991, C-148/89, NJ 1993, 171 (*Nimz*), r.o. 11-12; en HvJ EG 27 juni 1990, zaak 33/89, NJ 1992/742 (*Kowalska*), r.o. 12-13. Vergelijk oordeel 2003-23 (overweging 6.12).

Voor de beoordeling van de geoorlooftheid van het onderscheid is van belang dat de Uitslaapregeling ruimer is dan de toepasselijke cao-regeling. De cao geeft slechts recht op betaald uitslapen als de werknemer tijdens de bereikbaarheidsdienst is *opgeroepen*. Het ziekenhuis voert voor zijn Uitslaapregeling een dubbele doelstelling aan: de regeling beoogt te bereiken dat werknemers na een bereikbaarheidsdienst voldoende uitrusten én dat tevoren vaststaat hoeveel werknemers er in de ochtenddienst (in de operatiekamer) zullen verschijnen; dit laatste hangt immers, anders dan in de cao-regeling, niet af van het aantal werknemers dat 's nachts is opgeroepen. De CGB stelt vast dat de regeling weliswaar geschikt, maar niet noodzakelijk is om de – legitieme – doelen te bereiken. De doelstelling kan bijvoorbeeld ook worden bereikt door alle werknemers die bereikbaarheidsdienst draaien, dus ook de werknemers die de dag erna niet zijn ingeroosterd, viereenehalf uur betaald verlof te geven. Duidelijk is dat dit alternatief voor de werkgever tot extra kosten leidt. De CGB wijst erop dat volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EG, de Hoge Raad en de Commissie zelf, financieel-economische overwegingen op zichzelf niet voldoende zijn om onderscheid objectief te rechtvaardigen. Dat is slechts anders indien het vereiste gelijke behandeling op grond van arbeidsduur in een concreet geval zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten voor de werkgever; daarvan is in casu niet gebleken. Bovendien, zo stelt de CGB fijntjes vast, hebben de extra financiële lasten van het betaald laten uitslapen van werknemers die de ochtend na een bereikbaarheidsdienst zijn ingeroosterd *ongeacht* de vraag of zij tijdens die bereikbaarheidsdienst zijn opgeroepen (zoals de cao doet), de werkgever er niet van weerhouden de ruimere Uitslaapregeling in te voeren. De Commissie ziet daarom niet in waarom de extra financiële lasten van het betaald laten uitslapen van alle werknemers die een bereikbaarheidsdienst hebben verricht een ongelijke behandeling op grond van arbeidsduur zouden rechtvaardigen.

Oordeel 2006-126 gaat over de berekening en toekenning van de eindejaarsuitkering, die 4% van het jaarsalaris bedraagt, door de werkgever. De OR stelt de vraag aan de orde of de werkgever verboden onderscheid naar arbeidsduur maakt door:

- de eindejaarsuitkering van deeltijders niet mede te baseren op de extra, op afroep gewerkte uren;
- oproepkrachten (met een nulurencontract³³) geen eindejaarsuitkering toe te kennen.

De CGB stelt vast dat de deeltijders (de eerste groep) worden benadeeld ten opzichte van voltijders, nu zij, gelet op hun deeltijd dienstverband, vaker dan voltijders extra uren (boven hun contractueel overeengekomen arbeidsduur) werken en over die extra gewerkte uren geen eindejaarsuitkering wordt berekend. Dit leidt tot indirect onderscheid naar arbeidsduur.

Wat betreft de oproepkrachten (de tweede groep) stelt de CGB vast dat zij allemaal onder het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur vallen. De vraag is echter of de oproepkrachten zich kunnen vergelijken met bij de werkgever in dienst zijnde voltijders, gezien de aard van de oproepovereenkomst.

Krachtens clausule 3, tweede lid, van richtlijn nr. 97/81/EG inzake deeltijdarbeid³⁴ moet onder 'de vergelijkbare voltijdwerker' worden verstaan: 'een voltijdwerker in dezelfde vestiging, die werkzaam is uit hoofde van dezelfde soort arbeidsovereen-

33 Contracten waarbij de werknemer op oproepbasis werkt zonder dat tevoren een bepaald aantal uren is vastgelegd.
 34 Richtlijn nr. 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst (*PbEG* 1998, L 14/9).

komst of arbeidsverhouding en hetzelfde of soortgelijk werk verricht of dezelfde of een soortgelijke functie uitoefent, waarbij rekening wordt gehouden met andere overwegingen, die betrekking kunnen hebben op anciënniteit en kwalificaties/bekwaamheden.’ In het *Wippel*-arrest uit 2004³⁵ heeft het HvJ EG geoordeeld dat de betreffende oproepkracht, mevrouw Wippel, zich niet kon vergelijken met de bij de werkgever werkzame voltijders. Wippel had – evenals de oproepkrachten in de onderhavige zaak – een overeenkomst waarin de wekelijkse arbeidsduur noch de tijdstippen waarop wordt gewerkt zijn vastgelegd en waarbij de oproepkracht de keuze heeft de aangeboden arbeid wel of niet te aanvaarden. Wippel stelde dat zij, evenals de voltijders, recht had op het salaris behorend bij een gewone, volledige dienstbetrekking, in plaats van het salaris slechts over de door haar op afroep gewerkte uren. Het Hof stelt vast dat de voltijders verplicht zijn om gedurende de vastgelegde arbeidsduur te werken (waartegenover een vast loon staat), terwijl een oproepkracht zoals Wippel de aangeboden arbeid mag weigeren, hetgeen zij ook herhaalde malen had gedaan.³⁶ Het Hof concludeert dat onder deze omstandigheden er geen met oproepkracht Wippel vergelijkbare voltijder bestaat.³⁷ Van belang is dat het Hof in dit arrest uitdrukkelijk aangeeft dat de oproepkrachten en voltijders ‘in de omstandigheden van het hoofdgeding’³⁸ niet vergelijkbaar zijn; het oordeelt dus niet dat oproepkrachten zich nooit op het recht op gelijke behandeling naar arbeidsduur kunnen beroepen jegens hun werkgever.³⁹

De CGB oordeelt onder verwijzing naar dit arrest mijns inziens terecht dat onder de omstandigheden van de haar voorgelegde zaak wél sprake is van vergelijkbaarheid van de oproepkrachten en voltijders: het verzoek betreft niet, zoals in de *Wippel*-zaak, het uitbetalen van niet gewerkte uren, maar het toekennen van een eindejaarsuitkering naar rato van de *daadwerkelijk gewerkte uren*. Hier is de omstandigheid dat oproepkrachten een oproep mogen weigeren niet relevant, aangezien het juist gaat om berekening over de wél gewerkte uren. De werkgever maakt daarom jegens de deeltijders én de oproepkrachten onderscheid naar arbeidsduur en heeft daarvoor geen valide rechtvaardigingsgrond aangevoerd. Hij probeert zich te verschuilen achter de cao, maar volgens vaste jurisprudentie van de CGB heeft een werkgever ten aanzien van de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving een eigen verantwoordelijkheid.⁴⁰

3.2 *Invulling interne vacature*

In oordeel 2006-54 staat de vraag centraal of de werkgever, een grote zorgverzekeraar, bij de invulling van een interne vacature onderscheid naar arbeidsduur of het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst heeft gemaakt. De verzoekster werkt in deeltijd op basis van een tijdelijk contract. De werkgever heeft eind 2005 met haar gesproken over de invulling van een vacature voor dezelfde functie als die zij thans bekleedt, maar dan in vaste dienst. Hierbij werd aangegeven dat nog niet duidelijk was of de vacature vol- of deeltijds zou worden opgesteld. Verzoekster heeft

35 HvJ EG 12 oktober 2004, zaak C-313/02, NJ 2005, 357, m.nt. M.R. Mok; JAR 2004/279 (*Wippel*).

36 R.o. 20.

37 R.o. 59-62.

38 R.o. 62, zie ook r.o. 61 ('onder deze omstandigheden').

39 Aldus ook Mok in zijn noot bij het arrest (NJ 2005, 357).

40 Zie bijvoorbeeld oordelen 1996-07 en 2003-23. Vergelijk HR 13 november 1987, NJ 1989, 698 (*St. Bavo/Gielen*).

in het gesprek gezegd voor drie dagen per week beschikbaar te zijn. De vacature is uiteindelijk voltijds opengesteld en opgevuld door een collega die net als zij werkzaam was op basis van een tijdelijk contract.

De zaak strandt op gebrek aan (enig) bewijs. Zowel bij art. 7:648 BW (arbeidsduur) als art. 7:649 BW (aard van de arbeidsovereenkomst) zijn de normale bewijsregels van toepassing, dat wil zeggen dat verzoekster feiten dient te stellen en te bewijzen die kunnen meebrengen dat werkgever jegens haar onderscheid op een van deze gronden heeft gemaakt. Wat betreft het vermeende onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst: daarvan is geen sprake volgens de CGB, nu vaststaat dat ook met verzoekster is gesproken over de vacature én dat de collega die de functie uiteindelijk heeft gekregen eveneens een tijdelijk contract had. Er is evenmin sprake van onderscheid naar arbeidsduur. De werkgever heeft uitdrukkelijk onderzocht in hoeverre verzoekster en een andere deeltijder de vacature zouden kunnen vervullen. Daaruit blijkt dat zij in aanmerking is genomen voor de vacature. Het feit dat de werkgever uiteindelijk de voorkeur heeft gegeven aan een collega die al voltijds in dienst was, is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van onderscheid naar arbeidsduur.

3.3 Overige arbeidsvoorwaarden

Volgens vaste oordelenlijn van de CGB levert een naar rato berekening van de eigen bijdrage (lees: een hogere eigen bijdrage) voor deeltijders voor het privé-gebruik van een lease-auto geen onderscheid naar arbeidsduur op, als de leaseauto moet worden gezien als een beloningscomponent (arbeidsvoorwaarde).⁴¹ Is de leaseauto daarentegen zuiver functiegerelateerd, dan levert een naar rato berekening van de eigen bijdrage wél nadeel voor deeltijders op.⁴²

In de zaak die leidt tot oordeel 2006-12 worden de verzoeksters, werkzaam op basis van een vast contract voor twintig uur per week, uitgesloten van de leaseautoregeling omdat zij (in tegenstelling tot alle voltijders) het minimumaantal zakelijke kilometers niet halen. Alle met de de leaseauto samenhangende kosten worden vergoed en de auto mag zowel zakelijk als privé worden gebruikt. Verzoeksters krijgen slechts een (beperkte) kilometervergoeding. Volgens hun berekening levert dit een nadeel van circa € 2000 per jaar op.

De CGB stelt vast dat de leaseauto in dit geval, gezien de ruime mogelijkheden voor privé-gebruik, een arbeidsvoorwaarde is. Vanwege de (ondeelbare) aard van de leaseauto en de dubbele strekking van deze arbeidsvoorwaarde (deels facilitair en deels als vorm van beloning), kan niet een exacte maatstaf worden vastgesteld bij welke omvang van het dienstverband een leaseauto verstrekt dient te worden, afgezet tegen de zakelijke kilometers. Zowel de kosten voor de werkgever als de voordelen voor de werknemer zijn immers variabel (afhankelijk van de mate van het privé-gebruik). Uitgangspunt is daarom, aldus de Commissie, dat de kilometervergoeding een *gelijkwaardig alternatief* voor de leaseauto moet zijn. Daarvan is in deze zaak geen sprake. De kilometervergoeding is veel te laag om de deeltijders – naar rato van de omvang van hun dienstverband – compensatie te bieden voor de gemiste privé-voordelen van de leaseauto. Er is daarom niet voldaan aan het wettelijke vereiste dat voltijders en deeltijders per gewerkt uur gelijk worden beloond. Het

41 Zie bijvoorbeeld oordeel 2004-69.

42 Oordelen 2004-18 en 2005-144.

door de werkgever aangevoerde argument van kostenbesparing kan volgens vaste oordelenlijn van de CGB het onderscheid niet rechtvaardigen.

Moet een werkgever compensatie bieden voor feestdagen die op de vaste vrije dagen van deeltijders vallen? Deze vraag is aan de orde in oordeel 2006-184. Een rijexaminator klaagt dat zijn werkgever hem niet compenseert voor feestdagen die op zijn vaste vrije dag ('deeltijddag') – de vrijdag – vallen. De keuze van de werkgever voor vaste deeltijddagen gecombineerd met het gegeven dat de feestdagen niet evenredig zijn verdeeld over de wekdagen, leidt ertoe dat een deeltijder als verzoeker minder profiteert van de vaste feestdagen dan voltijders, aldus de Commissie. Verzoeker dient naar verhouding een (gering) aantal uren per jaar meer te werken dan een voltijder, nu in ieder geval Goede Vrijdag en Bevrijdingsdag op zijn vaste deeltijddag vallen. Hetzelfde oordeelde de CGB in 2004 ten aanzien van werknemers die hun vaste deeltijddag op de maandag hebben (en daarom in ieder geval niet profiteren van Tweede Paasdag en Tweede Pinksterdag).⁴³ Aan dit onderscheid naar arbeidsduur doet volgens de Commissie niet af dat deeltijders, zoals de werkgever stelt, zelf voor een bepaalde vaste deeltijddag hebben gekozen. Zij overweegt dat ex art. 7:648 BW op de werkgever de plicht rust te realiseren dat iedere werknemer een naar verhouding van de arbeidsduur gelijk aantal uren werkt. Volgens vaste jurisprudentie van de CGB is het onderhavige onderscheid naar arbeidsduur niet objectief gerechtvaardigd.⁴⁴ Er zijn namelijk alternatieve systemen denkbaar die minder nadelig uitpakken voor deeltijders, met name een systeem waarin de feestdagen naar rato zijn verdisconteerd in het totale aantal op jaarbasis te werken uren.⁴⁵

4 ARBEIDSOVEREENKOMST VOOR BEPAALDE OF ONBEPAALDE TIJD

De CGB bracht in 2006, zoals gezegd, zes oordelen uit over de vraag of in strijd is gehandeld met het verbod van onderscheid wegens het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De meeste (en belangrijkste) oordelen gaan over regelingen bij einde dienstverband (bemiddelings- en begeleidingsvoorzieningen en een terugbetalingsregeling van opleidingskosten) en pensioen.

4.1 *Regelingen bij einde dienstverband*

In oordeel 2006-43 klaagt een gemeenteambtenaar erover dat de gemeente hem niet in aanmerking laat komen voor bemiddeling en begeleiding door een extern bureau. Hij was aangesteld bij wijze van proef in tijdelijk dienst (voor een jaar) en zijn aanstelling wordt niet verlengd (en eindigt van rechtswege). De reden voor de weigering om de ambtenaar van de voorzieningen tijdens en na het dienstverband – die als arbeidsvoorwaarde kunnen worden aangemerkt – gebruik te laten maken, is gelegen in de tijdelijkheid van zijn aanstelling; volgens de gemeente moeten deze kostbare voorzieningen alleen openstaan voor vast personeel. Er is dus sprake van

43 Oordeel 2004-151.

44 Oordelen 2004-151 en 2002-11.

45 In overweging 3.2 van oordeel 2002-11 is een systeem beschreven waarin werknemers naar rato van de omvang van het dienstverband een gelijk aantal uren werken, ongeacht op welke weekdag een feestdag valt en op welke weekdag de vaste deeltijddag valt.

onderscheid in de arbeidsvoorwaarden op grond van het tijdelijke karakter van de aanstelling, zo constateert de CGB terecht.⁴⁶

In het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets overweegt de Commissie dat het doel van de voorzieningen het oplossen van arbeidsproblemen is, die worden veroorzaakt door onvoldoende functioneren. Het middel is, aldus de Commissie, het 'op maat' ter beschikking stellen van deze voorzieningen aan medewerkers. Wanneer een ambtenaar onvoldoende functioneert, geldt volgens de gemeente een verschil in rechtspositie tussen vast personeel en tijdelijk personeel op proef. Voor tijdelijk personeel op proef geldt dat – afhankelijk van de mate van disfunctioneren – wordt besloten de proeftijd te verlengen of het dienstverband van rechtswege te laten eindigen. Voor vast personeel moet een maatwerk oplossing worden gezocht, bijvoorbeeld een andere functie binnen of buiten de gemeente of ontslag. De CGB acht het middel passend. De gemeente stemt haar beslissing af op het individuele geval. Het is volgens de Commissie duidelijk dat de arbeidsrechtelijke situatie van een medewerker in tijdelijke dienst bij wijze van proef heel anders is dan die van een medewerker in vaste dienst. Zij wijst erop dat een tijdelijke medewerker (zoals verzoeker) voor een verlenging of omzetting van het dienstverband in een vaste aanstelling afhankelijk is van het positieve oordeel van de werkgever over zijn functioneren. Bij een negatief oordeel ligt een einde van rechtswege in het verschiet zonder dat daaraan vergaande verplichtingen van de werkgever, 'gericht op de toekomst van de medewerker op de arbeidsmarkt', zijn verbonden.⁴⁷ Gelet op het verschil in rechtspositie voldoet het middel ook aan de eis van noodzakelijkheid. Het gaat, aldus de CGB, te ver om van de werkgever te verlangen dat hij alle ambtenaren in tijdelijke dienst zonder meer in aanmerking laat komen voor voorzieningen van externe plaatsing die zijn bedoeld voor het oplossen van arbeidsproblemen als gevolg van onvoldoende functioneren.⁴⁸

Ik plaats bij dit oordeel twee kanttekeningen. In de eerste plaats kijkt de CGB in het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets naar het doel van de voorzieningen in plaats van naar het doel van het in de regeling gemaakte onderscheid.⁴⁹ Doelstelling van het onderscheid is (naar mijn mening) om de aanbidding van de kostbare voorzieningen te beperken tot de groep werknemers die daaraan daadwerkelijk behoefte heeft (ofwel aansluiting bij de groep die in dit opzicht 'beschermingswaardig' wordt geacht). Het gaat met andere woorden om een combinatie van een financieel argument en een behoefteargument.⁵⁰

46 Vergelijk de oordelen 2005-64, 2005-165 en 2005-166, waarin de CGB nog van mening was dat de uitsluiting van tijdelijk personeel van wie het contract van rechtswege eindigt van sociaal flankerende maatregelen geen onderscheid naar de tijdelijkheid van het contract oplevert. Ik heb dat oordeel vorig jaar bekritiseerd, zie S.S.M. Peters, 'Arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006 (hierna: Peters 2006a), p. 93-110 (105-106).

47 Overweging 3.15.

48 De CGB verwijst hierbij (overweging 3.16) naar de oordelen 2005-165 en 2005-166 (die ik hierboven reeds aanhaalde).

49 Overweging 3.13. Opgemerkt zij dat de CGB normaliter wel het met het onderscheid beoogde doel beoordeelt, dit is dus een omissie.

50 Deze doelstelling impliceert dat zal moeten worden getoetst of de uitgesloten groep – de tijdelijke medewerkers op proef – inderdaad in dit opzicht minder beschermingswaardig is. Een dergelijke toetsing wordt door de CGB in haar oordeel uitgevoerd.

In de tweede plaats merk ik op dat de CGB hier (mede gelet op de door haar aangenomen legitieme doelstelling) niet zozeer de geschiktheid⁵¹ respectievelijk de noodzakelijkheid⁵² van het onderscheid toetst, maar veel meer de proportionaliteit ervan: is er sprake van een redelijke belangenafweging tussen de belangen die met het onderscheid worden gediend en de belangen (van de tijdelijke medewerkers) die erdoor worden aangetast?⁵³ Daarbij speelt een rol dat het belang van de tijdelijke medewerkers bij bemiddelings- en externe herplaatsingsvoorzieningen in het algemeen beduidend geringer zal zijn dan die van vaste medewerkers. De tijdelijkheid is nu eenmaal de kenmerkende eigenschap van de aanstelling voor bepaalde tijd; als de aanstelling van rechtswege eindigt is dat dus (veelal) in lijn der redelijke verwachting.⁵⁴ Medewerkers met een vaste aanstelling hebben daarentegen de verwachting dat de aanstelling zal doorlopen tot aan hun pensioen of totdat zij zelf voor beëindiging kiezen.⁵⁵ De uitsluiting van tijdelijke medewerkers op proef levert daarom een geringe(re) belangen aantasting op, waardoor de belangenafweging in het kader van de proportionaliteitstoets in het voordeel van de werkgever kan uitvallen.⁵⁶

In oordeel 2006-129 verzoekt een psychologenpraktijk de CGB een oordeel te geven over haar voorgenomen opleidingsbeleid. Uitgangspunt van het beleid is dat werknemers zelf het initiatief nemen tot het volgen van opleidingen. Alle werknemers komen in aanmerking voor een vergoeding van de helft van de opleidingskosten. De vergoeding van de opleidingskosten kan van de werknemer worden teruggevorderd als de arbeidsovereenkomst tijdens de opleiding of binnen een bepaalde termijn na afronding van de opleiding eindigt; onder 'eindigen' valt ook het niet verlengen van een tijdelijk contract, ongeacht de reden daarvoor. Verzoekster zal uitzonderingen maken op de terugbetalingsregeling als de concrete omstandigheden dit vergen. Reden voor deze regeling is, aldus verzoekster, dat zij als kleine onderneming een beperkt opleidingsbudget heeft en alleen wil bijdragen in de kosten van opleidingen waarvan zij zelf (enige tijd) kan profiteren. De Commissie constateert dat in deze regeling geen direct onderscheid naar de tijdelijkheid van het contract wordt gemaakt. Vervolgens onderzoekt zij de vraag of

- 51 Het onderscheid moet een effectief middel zijn ter verwezenlijking van het doel. Zie bijvoorbeeld J.H. Gerards, 'Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid', in: D.J.B. de Wolff, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003 (hierna: Gerards 2003), p. 77-95 (p. 87).
- 52 Het maken van onderscheid moet een noodzakelijk middel zijn om het gestelde doel te bereiken. Er is niet aan dit vereiste voldaan als het doel ook zonder het maken van onderscheid kan worden gerealiseerd. Zie hierover nader in paragraaf 3.2, bij de bespreking van oordeel 2006-211.
- 53 Vergelijk Gerards 2002, p. 694-699 en p. 720-721 en S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht. Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Peters 2006b), p. 468-469. Zie hierover nader in paragraaf 3.2, bij de bespreking van oordeel 2006-211.
- 54 Vergelijk *Kamerstukken I* 2001/02, 27 661, nr. 322b, p. 4 (MvA I).
- 55 Vergelijk oordelen 2005-165 en 2005-165.
- 56 Voor de volledigheid merk ik op dat de CGB op de conclusie dat het gemaakte onderscheid ook noodzakelijk is, nog de volgende passage laat volgen: 'Verweerder laat in zijn beslissing om ambtenaren met een tijdelijke aanstelling al dan niet in aanmerking te laten komen voor voorzieningen meewegen of de kans bestaat dat de aanstelling wordt verlengd. Verweerder beslist niet alleen op basis van de status die de aanstelling op dat moment heeft maar betreft hierbij ook de verwachte toekomstige ontwikkelingen en biedt eventueel een alternatief. Verweerder heeft verzoeker niet in aanmerking laten komen voor de door hem gewenste voorzieningen maar heeft hem wel een alternatief geboden, namelijk om tijdens werktijd op zoek te gaan naar een andere baan.' Hieruit blijkt mijns inziens enerzijds dat de werkgever (bij de uitvoering van de regeling) zoveel mogelijk probeert aan te sluiten bij de categorie 'beschermingswaardige' medewerkers; en anderzijds wijst het aanbieden van een alternatief erop dat werkgever voor de uitgezonderde medewerkers ook 'iets doet', hetgeen van belang is in het kader van de proportionaliteitstoets.

bij de terugbetalingsregeling sprake is van indirect onderscheid. Zij overweegt dat werknemers met een tijdelijk contract *in theorie meer risico lopen* dat zij de opleidingsvergoeding moeten terugbetalen dan werknemers met een vast contract. ‘Immers, ook als de beëindiging of het niet verlengen van de arbeidsrelatie niet aan de werknemer te wijten is, moet de werknemer geld terugbetalen.’ Hiermee geeft de CGB geen afdoende motivering voor haar stelling. Hetzelfde geldt namelijk voor werknemers met een vast contract: als hun contract wordt beëindigd op een grond die de werknemer niet valt aan te rekenen, moeten zij evenzeer de opleidingsvergoeding terugbetalen. De CGB bedoelt waarschijnlijk te zeggen dat *de kans* dat op enig moment – dus ook op een moment binnen de terugbetalingstermijn – het contract eindigt (van rechtswege of anderszins), groter is bij een tijdelijk contract dan bij een vast contract; dit is inherent aan het tijdelijke karakter van de overeenkomst.⁵⁷

Na haar overweging dat tijdelijke werknemers in theorie meer risico lopen dat zij de opleidingsvergoeding moeten terugbetalen, stelt de Commissie dat haar ‘niet gebleken (is) dat deze mogelijke verschillende gevolgen zich ook in de praktijk voordoen tussen werknemers met een vast dan wel tijdelijk contract. Allereerst heeft verzoekster aangegeven dat in concrete gevallen uitzondering wordt gemaakt van de terugbetalingsregeling (...). Bovendien wordt per jaar (...) gefactureerd, zodat maximaal de kosten van twee en een half jaar dient [sic] te worden terugbetaald bij lange cursussen.’

Ook deze redenering bevredigt niet. Uit geen van beide ‘argumenten’ blijkt dat deze verschillende gevolgen zich niet in de praktijk voordoen. Dat de terugbetaling van de opleidingskosten tot twee en een half jaar beperkt blijft, zegt niets over het terugbetalingsrisico. Hiermee wordt slechts iets gezegd over de *omvang van de terugbetalingsverplichting*; kennelijk is bedoeld die te bagatelliseren, maar de genoemde periode van twee en een half jaar vestigt bij mij veeleer de overtuiging dat het om substantiële bedragen kan gaan. Ook het eerste argument, namelijk dat verzoekster in concrete gevallen uitzondering maakt op de terugbetalingsregeling, zegt op zichzelf niets over verschillen in terugbetalingsrisico tussen werknemers met een tijdelijk respectievelijk vast contract. Het geeft slechts aan dat, indien dit risico zich verwezenlijkt, de soep soms niet zo heet wordt gegeten als ze wordt opgediend, omdat de mogelijkheid bestaat dat verzoekster de betreffende werknemer van zijn terugbetalingsverplichting ontslaat.

Het moge duidelijk zijn dat ik de conclusie van de CGB dat er ‘in zijn algemeenheid’ geen sprake is van indirect onderscheid niet deel. Zij relateert deze conclusie overigens zelf door vervolgens op te merken: ‘Niettemin is het niet uitgesloten dat in een concrete situatie deze terugbetalingsregeling tot indirect onderscheid zou kunnen leiden, indien de terugbetalingsregeling en de uitzondering daarop naar willekeur en voor de werknemer onvoldoende inzichtelijk worden toegepast. Dit risico is te vermijden door (...) procedures inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uit te voeren.’⁵⁸ De Commissie beveelt verzoekster daarom aan de uitzondering uitdrukkelijk in het opleidingsbeleid op te nemen en daarin te bepalen dat verzoekster

57 Vergelijk bijvoorbeeld het cijfermateriaal uit tussenoordeel 2005-95, waaruit blijkt dat (bij de betreffende werkgever) significant meer werknemers met een tijdelijk contract (42%) dan werknemers met een vast contract (12%) op de peildatum niet meer in dienst waren en daardoor de winstafhankelijke eindejaarsuitkering misliepen.

58 Overweging 3.10.

de door haar betaalde bijdrage aan de studiekosten niet zal terugvorderen in het geval dat terugbetaling door de werknemer (mede gelet op zijn financiële situatie) disproportioneel zou zijn; daarbij ware bij voorkeur te specificeren dat van disproportionele gevolgen sprake kan zijn indien de tijdelijke arbeidsovereenkomst eindigt wegens zuiver budgettaire redenen.

Mijns inziens kan dit beter niet als uitzondering op de regeling, maar als hoofdregel worden geformuleerd.⁵⁹ Mijn aanbeveling zou zijn om de regeling aldus te formuleren dat de vergoeding van de opleidingskosten slechts van een werknemer kan worden teruggevorderd als de arbeidsovereenkomst tijdens de opleiding of binnen een bepaalde termijn na afronding van de opleiding eindigt wegens een de werknemer toe te rekenen reden. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de al dan niet tijdelijke overeenkomst niet wordt verlengd wegens (aantoonbaar) disfunctioneren. Een dergelijke regeling leidt niet tot indirect onderscheid.

4.2 *Pensioen*

In 2006 heeft de CGB twee pensioenregelingen getoetst aan het verbod van onderscheid naar de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst. Beide oordelen zijn aangevraagd door de 'regelgevers' zelf: een verzekeringsmaatschappij (oordeel 2006-216) respectievelijk een werkgever (oordeel 2006-211).

In oordeel 2006-216 wil een verzekeringsmaatschappij van de CGB weten of zij verboden onderscheid maakt door in een pensioenregeling van een cliënt (hierna: werkgever) te onderscheiden tussen werknemers die korter en werknemers die langer dan een jaar in dienst zijn. Het gaat om brugwachters die seizoenarbeid verrichten en die allen een tijdelijk dienstverband van drie tot zes maanden hebben. Het aantal uren dat deze brugwachters werken is afhankelijk van de weersomstandigheden en varieert daarom sterk. In verband hiermee heeft de werkgever ervoor gekozen om werknemers met een tijdelijk dienstverband pas na een jaar wachttijd in het pensioenfonds op te nemen; na een jaar kan namelijk worden vastgesteld hoeveel uren een werknemer gemiddeld genomen werkt. Na die wachttijd wordt iedere werknemer – ongeacht de duur van het dienstverband en ongeacht of hij nog in dienst is – alsnog met terugwerkende kracht in de pensioenvoorziening opgenomen. De Commissie concludeert dat de regeling elke werknemer aanspraak geeft op dezelfde pensioenvoorziening; er is slechts sprake van uitstel van de uitvoering om administratieve redenen. Van benadeling van werknemers met een tijdelijk contract is daarom geen sprake.

Een openluchtmuseum (werkgever) wil – in oordeel 2006-211 – van de CGB weten of het verboden onderscheid maakt door werknemers met een tijdelijk contract uit te sluiten van de pensioenregeling. Het gaat om werknemers die tijdens de openingsperiode in de zomer extra in dienst worden genomen. Duidelijk is dat de uitsluiting van de pensioenregeling direct onderscheid oplevert. De vraag of een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is beantwoordt de CGB afzonderlijk voor de twee categorieën tijdelijke contracten die de werkgever hanteert.

59 Vergelijk oordelen 2005-165 en 2005-166 waarin de werkgevers aangaven dat voor de benadeelde groep tijdelijke medewerkers wel een 'in individuele, concrete gevallen passende regeling' zou worden getroffen. De CGB beoordeelt dit als onvoldoende, nu onduidelijk is wat onder de passende regeling moet worden verstaan en deze regeling voorts niet toetsbaar is.

In de eerste plaats betreft het tijdelijke contracten met een *vast aantal uren per week*. Doel van de uitsluiting van deze groep werknemers is, aldus de werkgever, het voorkomen van zware administratieve lasten waartegenover slechts een beperkte pensioenopbouw van de betrokken werknemers staat. De Commissie acht deze doelstelling in beginsel legitiem en het middel geschikt. Er wordt echter niet voldaan aan het beginsel van proportionaliteit. Het belang van de werkgever bij vermindering van de administratieve lasten (het doel) staat namelijk niet in verhouding tot het nadeel dat de pensioenuitsluiting (het middel) voor deze groep werknemers oplevert. De Commissie voorziet geen bijzonder zware administratieve lasten, nu de wekelijkse arbeidsduur en ook de contractduur al vanaf de aanvang van deze contracten vastliggen. De registratie van deze werknemers als deelnemer in de pensioenregeling zal daarom overeenkomen met die van vaste werknemers. De poging van de werkgever om het pensioenbelang van deze werknemers te bagatelliseren vindt geen gehoor bij de CGB. Het staat bepaald niet vast dat het slechts (wat ik noem) 'kruimelpensioenen' betreft, nu het gaat om substantiële contracten, zowel qua wekelijkse arbeidsduur als – mede door de mogelijkheid van verlengingen – qua totale contractduur.⁶⁰

In de tweede plaats hanteert het museum zogenaamde *nulurencontracten*: contracten waarbij de werknemer op oproepbasis werkt zonder dat tevoren een bepaald aantal uren is vastgelegd. Ook hier acht de Commissie het doel van voorkoming van extra administratieve lasten niet proportioneel, hoewel zij de verhouding tussen de – bij deze contracten zwaardere – extra administratieve last en de – bij deze contracten geringere – omvang van de pensioenopbouw 'wellicht meer evenredig' noemt. De gehele uitsluiting van de pensioenregeling (het middel) blijft te zwaar in verhouding tot het doel. Ook het tweede bij de nulurencontracten door de werkgever genoemde doel, namelijk het voorkomen dat werknemers na afloop van hun dienstverband nog met een naheffing voor het werknemersdeel van de pensioenpremie worden geconfronteerd en het risico van wanbetaling, sneuvelt op de proportionaliteitstoets. Volgens inschatting van de CGB zullen deze werknemers (vrijwel) geen pensioen opbouwen, zodat de hoogte van de naheffing en het (financieel) risico van wanbetaling slechts een beperkte financiële last voor werkgever zullen vormen. De laatste overweging van de CGB roept de vraag op of dit geen consequenties heeft voor de uitkomst van de belangenafweging (proportionaliteitstoets) in het kader van de eerste doelstelling. Haar inschatting dat de betrokken werknemers geen of vrijwel geen pensioen opbouwen wijst er immers op dat het werknemersbelang zeer gering is, terwijl zij juist heeft vastgesteld dat het werkgeversbelang (de administratieve last) bij deze contracten zwaarder (dan bij de eerste categorie contracten) moet worden ingeschat. Mijns inziens had de Commissie hierop uitdrukkelijk(er) moeten ingaan.

De CGB noemt in haar oordeel *twee alternatieve middelen*. In de eerste plaats merkt zij op, na haar constatering dat er bij het eerste doel niet aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan, dat het hanteren van bijvoorbeeld een wacht- of drempeltijd een minder nadelige behandeling zou opleveren. Maar, zo voegt zij toe, volgens de wet-

60 De CGB geeft hierbij aan dat de wetgever zich niet heeft uitgelaten over de vraag welk pensioenbedrag zo gering is dat kostenbesparing gerechtvaardigd is. 'De invulling van het begrip "marginaal pensioen" is vatbaar voor discussie. Niet valt uit te sluiten dat een werknemer een pensioenbedrag dat naar het oordeel van de werkgever (...) marginaal is, toch een aantrekkelijke uitkering vindt.' Zie oordeel 2006-211, overweging 3.15.

gever moet ook het hanteren van een wacht- of drempeltijd zoveel mogelijk worden beperkt, zoals blijkt uit de nieuwe Pensioenwet waarin is bepaald dat een wacht- of drempeltijd maximaal twee maanden mag bedragen.⁶¹ In een overweging ten overvloede⁶² komt de CGB met een (voor werknemers) gunstiger alternatief: voor werknemers met een nulurencontract voor bepaalde tijd zou eerst na een jaar of na het einde van het contract de daadwerkelijke opname in het pensioenfonds kunnen worden gerealiseerd. Dit lijkt mij een redelijk alternatief. Na het einde van het contract zijn de daadwerkelijk gewerkte uren bekend, zodat tegemoet gekomen wordt aan de administratieve bezwaren van werkgever. Tegelijkertijd dient dit alternatief het werknemersbelang, nu de werknemer met terugwerkende kracht alsnog in de pensioenvoorziening wordt opgenomen, ongeacht de duur van het dienstverband en de gewerkte uren.

In dit oordeel wreekt zich naar mijn mening wederom⁶³ het toetsingsmodel dat de CGB hanteert bij de beoordeling of sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Het eerste deel van het model – de beoordeling of het beoogde doel legitiem is en het middel geschikt is om dat doel te bereiken – levert geen problemen op. Het tweede deel van het model – de noodzakelijkheidstoetsing – is mijns inziens voor verbetering vatbaar. In dit oordeel wordt deze toetsing als volgt omschreven: ‘het middel (is) noodzakelijk indien het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit) en het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is.’⁶⁴ Met deze laatste (de aanwezigheid van een minder bezwaarlijk middel) wordt de subsidiariteitstoets aangegeven.⁶⁵ In dit model vormt de proportionaliteitstoets een onderdeel van de noodzakelijkheids- en subsidiariteitstoets,⁶⁶ terwijl deze daar los van staat en het sluitstuk van de rechtvaardigingstoetsing vormt.⁶⁷ De proportionaliteitstoets komt pas aan de orde nadat de vragen over de gerechtvaardigheid van de doelstelling en de geschiktheid van het middel positief zijn beantwoord, en de vraag of realisering van de doelstelling ook mogelijk is zónder onderscheid – dát is de noodzakelijkheidstoets⁶⁸ – dan wel met een minder belastende vorm van onderscheid (subsidiariteitstoets).

61 Zie art. 14, tweede lid Pensioenwet (Wet van 7 december 2006 houdende regels betreffende pensioenen, *Stb.* 2006, 706; het artikel treedt overigens pas per 1 januari 2008 in werking, zie *Stb.* 2006, 707). Reden voor deze bepaling is het grote belang dat aan het pensioen opbouwen door werknemers wordt gehecht. Uitsluiting van pensioenopbouw, bijvoorbeeld door het hanteren van wacht- en drempeltijden (‘witte vlekken’), moet zoveel mogelijk worden voorkomen. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 39.

62 Overweging 3.25.

63 Zie Peters 2006a, p. 104.

64 Overweging 3.11. In overweging 3.6 staat de ‘standaardformule’ van de CGB: ‘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.’

65 Bij deze toets wordt beoordeeld of er 1. (evident) minder belastende alternatieven (dat wil zeggen minder belastende vormen van onderscheid) mogelijk zijn; en – als dergelijke (voor de hand liggende) alternatieven aanwezig zijn – 2. of de keuze voor één van deze alternatieven van de werkgever mocht worden verwacht. Indien dat het geval is, moet worden geconcludeerd dat het gemaakte onderscheid de belangen van de benadeelde groep zwaarder aantast dan noodzakelijk en daarom ontoelaatbaar is. Zie J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002 (hierna: Gerards 2002), p. 51 en Peters 2006b, p. 467. Zie over de wijze waarop de CGB deze subsidiariteitstoets toepast: Gerards 2002, p. 620-625.

66 Vergelijk Gerards 2003, p. 88 en Gerards 2002, p. 632-633; zij noemt deze toepassing van de noodzakelijkheidstoets door de CGB ‘onzuiver’.

67 Aldus ook Gerards 2002, p. 625 en Peters 2006b, p. 467-468.

68 Het maken van onderscheid moet een noodzakelijk middel zijn om het gestelde doel te bereiken. Er is niet aan dit vereiste voldaan als het doel ook zonder het maken van onderscheid kan worden gerealiseerd. De subsidiariteitstoets is in wezen een verdergaande variant van de noodzakelijkheidstoetsing. Zie hierover Gerards 2002, p. 619-622 en Peters 2006b, p. 467.

riteit) negatief is beantwoord. Pas dan moet worden beoordeeld of wellicht sprake is van een onevenredige verhouding tussen de belangen die met het onderscheid worden gediend en de belangen die erdoor worden aangetast (proportionaliteit).⁶⁹ In dat geval moet het onderscheid – ondanks het feit dat het beoogde doel legitiem en het specifieke onderscheid daarvoor het meest geschikte middel is – tóch disproportioneel en het onderscheid onaanvaardbaar worden geacht.⁷⁰

Van belang is dat de Commissie hier niet alleen een onjuiste volgorde hanteert – namelijk eerst de proportionaliteitstoets en dan de subsidiariteitstoets – maar die toetsen zelfs zodanig in elkaar schuift dat zij met behulp van de subsidiariteitstoets vaststelt dat niet aan het vereiste van proportionaliteit is voldaan. Zij overweegt namelijk eerst dat het volledig uitsluiten van deelname aan de pensioenregeling een zodanig zwaar middel is dat ook zwaardere financiële lasten van de werkgever niet daarmee in verhouding staan (overweging 3.23). Op deze vaststelling dat geen sprake is van proportionaliteit laat de CGB volgen [cursivering toegevoegd]: ‘*Immers, uitsluiting is een nadeliger behandeling dan het hanteren van bijvoorbeeld een wacht- of drempeltijd.*’ De redenering is met andere woorden: er is geen evenredige verhouding tussen doel en middel, want er is een minder belastend alternatief. Zo gesteld lijkt de proportionaliteit af te hangen van de vraag of er een redelijk alternatief aanwezig is – ofwel: subsidiariteit. Dit is onjuist. Ook als er géén redelijk alternatief aanwezig is, kan toch sprake zijn van een dermate onevenredige verhouding tussen de belangen die met het onderscheid worden gediend en de belangen die erdoor worden aangetast dat niet voldaan is aan het vereiste van proportionaliteit en het onderscheid dus niet gerechtvaardigd is. Dat lijkt bij deze (grovere) toetsing uit het oog te worden verloren.

Het uit elkaar trekken van de verschillende onderdelen van de objectieve rechtvaardigingstoets zou naar mijn mening de kwaliteit van de toetsing (en dus van de oordelen van de CGB) ten goede komen. Het zou meer inzicht bieden in de door de CGB gemaakte afwegingen. Bovenal wordt door het uitvoeren van een proportionaliteitstoets – als sluitstuk van de rechtvaardigingstoetsing – gewaarborgd dat ook de meer ‘externe’ belangen (op duidelijke wijze) worden meegewogen. De andere onderdelen van de rechtvaardigingstoetsing zijn namelijk grotendeels beperkt tot het door de regelgever (bijvoorbeeld de werkgever of de vakorganisatie) getrokken kader van doelstellingen en middelen. Daarmee is nog niet beoordeeld of er een redelijk evenwicht bestaat tussen alle bij het onderscheid betrokken belangen, waarbij met name ook de belangen die door het onderscheid worden aangetast (die van de uitgesloten groep werknemers) aan bod kunnen komen.⁷¹ Een dergelijke, nog verder geëxpliciteerde, toetsing leidt tot een verfijning van het instrumentarium van de CGB en zal haar nieuwe mogelijkheden bieden om tot een afgewogen en helder oordeel te komen.

69 Vergelijk Gerards 2003, p. 91. Zie over de proportionaliteitstoets nader in paragraaf 3.1, bij de bespreking van oordeel 2006-43.

70 Vergelijk Gerards 2002, p. 625-633 en p. 694-699 en Peters 2006b, p. 467-468. Zie voor een sprekend voorbeeld ter verduidelijking van het zelfstandig belang van de proportionaliteitstoets T. Loenen, *Vershil in gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 214 (het voorbeeld betreft het onslaggebod van gehuwde vrouwelijke ambtenaren dat tot eind jaren '50 in Nederland bestond).

71 Vergelijk Peters 2006b, p. 467-469.

4.3 *Toekenning bonus*

Oordeel 2006-89 betreft een werknemster die in de jaren 2004 en 2005 bij de werkgever werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Volgens de werknemster heeft de werkgever onderscheid gemaakt op grond van het tijdelijke karakter van haar arbeidsovereenkomst door haar over het jaar 2005 geen bonus toe te kennen. De werkgever stelt daartegenover dat de reden voor het niet toekennen van een bonus over 2005 het onvoldoende functioneren van de werknemster was; hij wijst ter onderbouwing van zijn betoog op de beoordelingsprocedure van dat jaar. De CGB overweegt dat het niet haar taak is om het functioneren van een werknemer te beoordelen, maar om te beoordelen of de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst een rol heeft gespeeld bij het bestreden besluit. Daarvan is de Commissie niet gebleken. Uit het gegeven dat de werkgever haar over het jaar 2004 wél een bonus heeft toegekend en het feit dat zij tot de groep werknemers werd gerekend die in principe in aanmerking kwam voor een bonus over 2005, leidt de Commissie af dat de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst klaarblijkelijk geen rol heeft gespeeld bij het bestreden besluit.

4.4 *Verhuiskostenvergoeding*

In oordeel 2006-186 staat de vraag centraal of het uitsluiten van ambtenaren met een tijdelijke aanstelling van de verhuiskostenregeling verboden onderscheid oplevert. Krachtens het Verplaatsingskostenbesluit van twee ministeries komen alleen ambtenaren met een aanstelling voor onbepaalde duur in aanmerking voor een verhuiskostenvergoeding. Doel van de regeling is enerzijds het verminderen van de automobilititeit en de daaraan verbonden milieueffecten, en anderzijds het besparen op de reiskostenvergoedingen. Bij dat laatste is van belang dat (sinds enige jaren) zowel ambtenaren met een vaste als met een tijdelijke aanstelling recht hebben op een volledige vergoeding van de reiskosten.

De dubbele doelstelling is legitiem, maar de regeling is niet geschikt om deze te bereiken, zo luidt het weinig verrassende oordeel van de Commissie. De uitsluiting van ambtenaren met een tijdelijke aanstelling van de verhuiskostenvergoeding leidt er juist toe dat beide doelen minder goed kunnen worden gerealiseerd. Wat betreft het eerste doel: verhuizing van een ambtenaar in tijdelijke dienst naar een woning dichterbij het werk draagt evenzeer bij aan het verminderen van de automobilititeit en daarmee samenhangende milieuvervuiling. Wat betreft het tweede doel, de kostenbesparing: in de onderhavige zaak zijn de reiskosten van verzoeker in een jaar – die volledig worden vergoed – bijna twee maal zo hoog als de verhuiskostenvergoeding die hij op basis van het Verplaatsingskostenbesluit zou hebben gekregen. De conclusie is derhalve dat sprake is van ongerechtvaardigd en daarom verboden onderscheid. Vreemd genoeg erkennen de ministers dat het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is (gelet op het doel van kostenbesparing),⁷² maar adviseren zij het bevoegde gezag toch om niet van de regeling af te wijken en verzoeker dus geen vergoeding toe te kennen. De CGB beveelt de ministers terecht aan dit onbegrijpelijke standpunt in heroverweging te nemen.

72 Overweging 3.6 laatste zin en 3.15.

5 TOT SLOT

Vorig jaar concludeerde ik (voor het verslagjaar 2005) dat werknemers én werkgevers steeds alerter lijken te worden op (mogelijk) onderscheid in de arbeidsvoorwaarden op grond van arbeidsduur en tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst. In 2006 is het aantal arbeidsduurzaken met maar liefst 41% gedaald (van zeventien naar tien zaken). Deze daling kan erop wijzen dat werkgevers zich er steeds meer van bewust zijn dat ongelijke behandeling van deeltijders en voltijders slechts in uitzonderingsgevallen geoorloofd is en daarnaar handelen – zodat er dus minder te klagen valt voor werknemers.⁷³ Het aantal ‘WOBOT-zaken’ (over het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsverhouding) is gelijk gebleven (namelijk zes). De meeste arbeidsduuroordelen zien in dit verslagjaar op beloningsvraagstukken, met name de vergoeding van meeruren van deeltijders. Het merendeel van de WOBOT-oordelen gaat over regelingen in verband met het einde van het dienstverband en pensioen.

Mijn belangrijkste commentaar betreft de wijze waarop de CGB de objectieve rechtvaardigingstoets uitvoert. Ik heb bij een tweetal WOBOT-oordelen kanttekeningen geplaatst bij (met name) het tweede deel van het toetsingsmodel, te weten de noodzakelijkheidstoetsing. In het model van de CGB vormt de proportionaliteitstoets een onderdeel van de noodzakelijkheids- en subsidiariteitstoets, terwijl deze (zo heb ik betoogd) daar los van staat en het sluitstuk van de rechtvaardigingstoetsing vormt. Het (verder) uit elkaar trekken van de verschillende onderdelen van de objectieve rechtvaardigingstoets zou de kwaliteit van de toetsing (en dus van de oordelen van de CGB) ten goede komen. Ik roep de CGB daarom op nog eens kritisch naar haar toetsingsystematiek te kijken.

73 Een minder positieve interpretatie is natuurlijk ook mogelijk, namelijk dat werknemers (en hun rechtshulpverleners) minder oog hebben voor onderscheid naar arbeidsduur dan voorheen.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond arbeidsduur en aard van de overeenkomst

2006-12

Grond: arbeidsduur
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van deeltijd door niet toekennen van leaseauto en ook geen compensatie voor privé-voordeel te bieden.

Twee werknemers werken in deeltijd en stellen ongelijk behandeld te worden vanwege het feit dat zij als deeltijders niet in aanmerking komen voor een leaseauto. De werkgever hanteert een grens van een bepaald aantal te rijden zakelijke kilometers per jaar en daar voldoen de werknemers niet aan. De voltijders, die wel aan dit aantal komen, krijgen een leaseauto. Daarvoor worden alle kosten, inclusief de benzine in binnen- en buitenland, vergoed door de werkgever. De werknemer betaalt in dat geval alleen zijn fiscale bijtelling. De twee werknemers krijgen een kilometervergoeding en gebruiken hun eigen auto en betalen alle kosten die daar verder mee samenhangen. De Commissie stelt vast dat er sprake is van benadeling van deze deeltijders en dat er daarom sprake is van onderscheid. De werkgever heeft hiervoor geen goede rechtvaardiging kunnen geven, behalve dan dat de kosten van een leaseauto niet opwegen tegen de baten in geval een werknemer minder dan een bepaald aantal kilometers rijdt. De Commissie overweegt echter dat financieel-economische argumenten alleen geen rechtvaardiging kunnen bieden en dat het bovendien heel goed mogelijk is om de werknemers te compenseren (uiteraard naar rato van het dienstverband) voor het gemiste privé-voordeel.

2006-43

Grond: vaste en tijdelijke arbeidscontracten
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid; geen strijd met wet

Samenvatting:
Ambtenaar in tijdelijke dienst. Geen recht op bemiddeling door extern bureau. Victimisatieklacht is ongegrond.

Een gemeente laat een gemeentambtenaar met een tijdelijk dienstverband niet in aanmerking komen voor bemiddeling en begeleiding door een extern bureau. Het betreft een tijdelijk dienstverband bij wijze van proef. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd omdat de arbeidsrechtelijke situatie van een medewerker in tijdelijke dienst bij wijze van proef heel anders is dan die van een medewerker in vaste dienst en het te ver gaat om van de gemeente te eisen dat deze alle ambtenaren in tijdelijke dienst zonder meer in aanmerking laat komen voor voorzieningen op het gebied van externe plaatsing.

2006-54

Grond: geslacht, arbeidsduur, vaste en tijdelijke arbeidscontracten
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Werkgeefster heeft jegens een vrouw geen verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht, arbeidsduur of het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst bij de invulling van de vacature van klantenadviseur.

Een vrouw is sedert 1 april 2003 werkzaam bij een werkgeefster in de functie van klantenadviseur op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De toezegging dat de vrouw na één jaar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou krijgen is werkgeefster vanwege bedrijfseconomi-

sche omstandigheden niet nagekomen. De vrouw en haar teamleider hebben in oktober 2005 een gesprek gevoerd over de beschikbaarheid van de vrouw voor overwerk en de invulling van een openstaande vacature. De vrouw heeft aangegeven drie dagen per week beschikbaar te zijn. De vacature is vervolgens voltijds uitgezet en de werkgeefster heeft besloten haar arbeidsovereenkomst niet om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vrouw heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die kunnen duiden op onderscheid op grond van geslacht. Tevens heeft zij niet kunnen bewijzen dat de werkgeefster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van arbeidsduur of het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.

2006-89

Grond: vaste en tijdelijke arbeidscontracten
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen aanwijzing dat niet toekennen bonus verband houdt met tijdelijk karakter contract.

Een vrouw werkte bij haar werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De vrouw meende dat de werkgever haar over het jaar 2005 geen bonus heeft uitgekeerd omdat zij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had. Gebleken is echter dat zij over 2004 wel een bonus heeft ontvangen en voor 2005 was voorgedragen hiervoor, maar dat haar functioneren als onvoldoende beoordeeld was. De werkgever heeft daarom geen onderscheid gemaakt op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst van de vrouw.

2006-92

Grond: arbeidsduur
Terrein: arbeid
Dictum: niet-ontvankelijk; verboden onderscheid

Samenvatting:

Ongelijke behandeling bij de beloning op grond van arbeidsduur.

Een vrouw werkt twintig uur per week bij haar werkgever. Over de gewerkte tijd tussen 17.00 en 21.00 uur en over uren op zaterdag en zondag betaalt de werkgever meer dan het reguliere 100% tarief, zowel aan deeltijders als aan voltijders. Uren boven het aantal bij arbeidsovereenkomst overeengekomen uren, die gewerkt worden binnen de

kantoortijden (tussen 7.00 en 17.00 uur), worden alle regulier beloont. In het geval van deeltijders wordt hierover echter geen vakantiegeld berekend, noch vakantieuren, noch pensioen, terwijl dat voor dezelfde uren van voltijders wel gebeurt. Voorts worden de meeruren van deeltijders, niet zijnde overwerk, te hoog belast. Met betrekking tot de belasting voert de werkgever slechts een administratieve handeling uit, zodat de vrouw niet-ontvankelijk is in dit deel van haar verzoek. Wel verboden onderscheid nu deeltijders in totaal minder verdienen voor uren onder de voltijdnorm dan voltijders die gedurende dezelfde uren werken.

Opmerking:

Vaste oordelenlijn, zie met name het arrest Helmich van het EG-Hof.

2006-119

Grond: arbeidsduur
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid naar arbeidsduur door zaterdagkrachten geen inconveniëntietoeslag te betalen.

Medewerkers van een distributiecentrum van een supermarktexploitant werken in ploegendiensten. Daarvoor ontvangen zij een standaardploegentoeslag met een extra inconveniëntietoeslag voor weekenddiensten. Werknemers die niet meer dan één dag per week werken - vrijwel allemaal zaterdagkrachten - hebben geen recht op ploegentoeslag. Omdat de uitkering van een inconveniëntietoeslag is gekoppeld aan het recht op een ploegentoeslag, ontvangen de zaterdagkrachten geen inconveniëntietoeslag voor weekendwerk. Het verweer dat de zaterdag voor zaterdagkrachten niet belastend is omdat zij daarvoor zelf kiezen, slaagt niet omdat de mate waarin het werken op zaterdag als belastend wordt ervaren, afhangt van het individu en niet van de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Door alleen medewerkers die meer dan één dag per week werken te compenseren voor de inconveniëntie van de zaterdag, wordt het doel van de toeslag slechts voor een deel van de medewerkers bereikt. Daarom is het middel niet geschikt. Het middel is ook niet noodzakelijk omdat het mogelijk moet worden geacht de zaterdagtoeslag los te koppelen van de onregelmatigheidstoeslag.

Opmerking:

Weekendwerk niet minder bezwaarlijk voor zaterdagkrachten. Voor zover recht bestaat op inconveniëntietoeslagen, moeten die worden betaald aan iedereen die op inconveniënte uren werkt.

2006-125

Grond: arbeidsduur
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Ziekenhuis heeft onderscheid op grond van arbeidsduur gemaakt jegens een medewerker doordat zij, omdat zij haar werk in deeltijd op twee niet aaneengesloten dagen per week verricht, geen gebruik kan maken van de voordelen die de Uitslaapregeling biedt en tengevolge daarvan een lager uurloon ontvangt dan haar voltijds werkende collega's.

Een vrouw werkt in deeltijd als operatieassistent bij verweerder, een ziekenhuis. Het ziekenhuis hanteert een Uitslaapregeling, waarbij werknemers die een bereikbaarheidsdienst hebben verricht en de dag na die bereikbaarheidsdienst zijn ingeroosterd, recht hebben op viereneenhalf uur betaald verlof, ongeacht of ze die nacht zijn opgeroepen. De vrouw werkt op twee niet-aaneengesloten dagen per week en heeft daarom nooit recht op die viereneenhalf uur betaald verlof. De Commissie oordeelt dat het ziekenhuis jegens de vrouw onderscheid heeft gemaakt op grond van arbeidsduur. Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd omdat het doel van de regeling, namelijk dat werknemers na een bereikbaarheidsdienst voldoende uitrusten terwijl tegelijkertijd van tevoren vaststaat hoeveel werknemers er in de ochtenddienst zullen verschijnen, ook op andere manieren kan worden bereikt. Dit kan onder meer door alle werknemers, dus ook de werknemers die na een bereikbaarheidsdienst niet zijn ingeroosterd, viereneenhalf uur betaald verlof te geven.

2006-126

Grond: arbeidsduur
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting

Verboden onderscheid door deeltijders over extra uren geen eindejaarsuitkering te betalen en oproepkrachten over de gewerkte uren geen eindejaarsuitkering te betalen.

De ondernemingsraad heeft de Commissie gevraagd om te beoordelen of het in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving als aan deeltijders en oproepkrachten geen eindejaarsuitkering wordt uitbetaald over extra c.q. gewerkte uren. Ook oproepkrachten, of ze nu wel of niet een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht hebben, vallen onder het verbod van onderscheid op grond van

arbeidsduur. De werkgever beroept zich op de CAO en zegt slechts de CAO ten uitvoer te brengen. Hierachter kan een werkgever zich echter niet verschuilen, hij heeft een eigen verantwoordelijkheid om de gelijkebehandelingswetgeving na te leven. Nu de werkgever verder geen objectieve rechtvaardiging heeft aangedragen, oordeelt de Commissie dat er sprake is van verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Dit geldt ook ten aanzien van deeltijders die over extra gewerkte uren geen eindejaarsuitkering ontvangen. Daardoor daalt namelijk hun gemiddelde uurloon en worden ze dus ongelijk behandeld in vergelijking met voltijders.

Opmerking:

Oproepkracht vergelijkbaar met voltijder in bedrijf? Ja, want gaat om hoogte uurloon voor gewerkte uren, anders dan in Wippel (HvJ EG 12 oktober 2004, zaak C-313/02) waar het ging om uitbetaling van niet gewerkte uren.

2006-129

Grond: vaste en tijdelijke arbeidscontracten
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Psychologenpraktijk maakt in opleidingsbeleid geen onderscheid naar al dan niet tijdelijkheid van het dienstverband. Wel aanbeveling om het beleid duidelijker te verwoorden en een hardheidsclausule op te nemen.

Een psychologenpraktijk vraagt om een oordeel omtrent het voorgenomen opleidingsbeleid. Ongeacht de aard van de arbeidsovereenkomst, vergoedt zij de helft van de opleidingskosten van haar werknemers onder voorwaarde van terugbetaling overeenkomstig de terugbetalingsregeling. Geen direct onderscheid. Mogelijk in individueel geval wel nadeliger voor tijdelijke werknemer, maar in het algemeen geen indirect onderscheid. Wel aanbeveling om, ter voorkoming van willekeur, de voorwaarden duidelijker in het beleid neer te leggen en een uitzonderingsclausule op te nemen.

Opmerking:

Past in oordelenlijst over de vereisten die worden gesteld aan procedures teneinde willekeur, en daarmee mogelijk onderscheid, te voorkomen (CGB 17 maart 1998, oordeel 1998-25).

.....

2006-211**Grond: vaste en tijdelijke arbeidscontracten****Terrein: arbeid****Dictum: verboden onderscheid****Samenvatting:****Museum maakt verboden onderscheid door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uit te sluiten van deelname aan de pensioenregeling.**

Een museum neemt tijdens de openingsperiode in de zomer extra medewerkers in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor een vast aantal uren per week, danwel op oproepbasis. Deze werknemers zijn uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling. Dit leidt tot verboden onderscheid, nu de uitsluiting niet in evenredige verhouding staat tot de doelen die het museum daarmee nastreeft. Voorts is er een minder benadelend alternatief voorhanden.

Handicap en chronische ziekte

Mr. M. Kroes

1 INLEIDING

De Commissie Gelijke Behandeling nam in 2006 een opmerkelijk initiatief. Zij deed met elf andere organisaties een oproep in de verkiezingscampagne aan de lijsttrekkers van twaalf politieke partijen.¹ De organisaties vragen om een actieve inzet voor maatschappelijke participatie en gelijke kansen voor iedereen. Een mooie opstap naar het jaar 2007 waarin de nieuwe vereniging tegen discriminatie 'Art. 1' van start gaat. Het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie en de Landelijke Vereniging van anti-discriminatiebureaus gaan in de nieuwe vereniging gefuseerd verder om grondenbreed gelijke behandeling te bevorderen en discriminatie te voorkomen en te bestrijden. Voor de 'nieuwkomer' handicap of chronische ziekte betekent dit de eerste stap in de ontwikkeling van onafhankelijke expertise.² Het jaar 2007 is ook het Europese Jaar van Gelijke Kansen voor iedereen. Zowel Europees als nationaal zullen allerlei activiteiten worden ontplooid die gericht zijn op een grondenbrede aanpak.³

Maar nu eerst 2006. De Commissie ontving 89 verzoeken met betrekking tot handicap en chronische ziekte.⁴ Dit is 13% van de totale instroom. Waren er in 2005 36 oordelen over onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, in 2006 is dit aantal gedaald naar 26. De meeste oordelen betreffen arbeid. Bij het beroeps- onderwijs staat het thema doeltreffende aanpassing centraal. Alvorens een aantal oordelen die betrekking hebben op arbeid en beroepsonderwijs te bespreken wordt echter stilgestaan bij relevante nationale en internationale ontwikkelingen op het gebied van gelijke behandeling van mensen met een (functie)beperking.

2 ONTWIKKELINGEN

Een aantal bekende onderwerpen passeert hieronder de revue. Stilgestaan wordt onder meer bij de stand van zaken met betrekking tot de uitbreiding van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ), het VN-verdrag inzake de rechten van mensen met een (functie)beperking, een uitspraak van het Hof van Justitie EG en een van de Hoge Raad. Kort wordt aandacht besteed aan de discussie rond de uitbreiding van de gronden in artikel 1 van de Grondwet en wordt melding gemaakt van de inwerkingtreding van het strafrechtelijke discriminatieverbod.

1 De volledige oproep is o.m. te raadplegen op www.cgb.nl.

2 Meer informatie is te vinden op www.lbr.nl; gelijkberechtiging is wel onderdeel van het werkplan van de Chronisch zieken en Gehandicapten Raad, deze koepel treedt op als landelijke collectieve belangenbehartiger.

3 Voor meer informatie zie www.agentschap.szw.nl.

4 Zie Nieuwsbrief CGB nr. 3.

2.1 *Uitbreiding WGBH/CZ*

Na drie jaar gelding van de WGBH/CZ is de eerste aanbouw van de wet een stapje dichterbij gekomen. Op 29 mei 2006 dienden de leden Smits, Rouvoet en Azough het voorstel van wet bij de Tweede Kamer in waarmee de reikwijdte van WGBH/CZ wordt uitgebreid tot het primair en voortgezet onderwijs.⁵ De indieners vroegen advies aan de CGB, dat stelt dat het voorstel tot uitbreiding van de reikwijdte van de WGBH/CZ, in de zin dat alle terreinen van het onderwijs worden bestreken, wenselijk en noodzakelijk is.⁶ Daarbij wordt aangetekend dat meer inspanningen noodzakelijk zijn om de gelijke toegang tot het onderwijs voor mensen met een handicap of chronische ziekte en de vrije keuze tussen regulier en speciaal onderwijs te waarborgen.

Op 1 november 2006 bereikte – na enige vertraging – de Kamer het voorstel met betrekking tot de uitbreiding met wonen.⁷ Vermelding verdient hier een enkel punt uit het advies van de Raad van State.⁸ De Raad toont zich bezorgd over de verhouding tussen de uitgebreide WGBH/CZ en de nieuwe Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). De door het kabinet in het voortraject gemaakte keuze om de uitbreiding van de WGBH/CZ te zien naast de fysieke woningaanpassingen zoals geregeld in de Wet voorzieningen gehandicapten (Wvg) is door de Wmo – waarin de gemeenten een grotere beleidsvrijheid op dit terrein toekomt – in een ander daglicht komen te staan. Het tweede punt betreft de verhouding tussen de uitbreiding van de WGBH/CZ en de op handen zijnde Integratiewet. De Raad plaatst vraagtekens bij de nu ingezette uitbreiding WGBH/CZ en in het licht van de wenselijkheid om tot integratie van gelijkebehandelingswetgeving te komen.⁹ Dit wekt enige verbazing omdat in het eerste concept voorstel voor een Integratiewet juist al rekening was gehouden met de toegezegde uitbreiding(en) van de WGBH/CZ.

Net voor de eerste vergadering van de Tweede Kamer in de nieuwe samenstelling zag het voorstel inhoudende vervroeging van de inwerkingtreding van de openbaar vervoersbepalingen van de WGBH/CZ het licht.¹⁰ De leden Smits en Bussemaker tekenden hiervoor. Het voorstel beoogt de artikelen 7 en 8 van de WGBH/CZ per 1 januari 2008 van kracht te laten worden.

Het jaar 2006 werd afgesloten met een brief van de staatssecretaris VWS waarin de visie over de uitbreiding van de WGBH/CZ met de sector goederen en diensten werd uiteengezet:

“De Wgbh/cz geeft invulling aan het tweede spoor; het bieden van rechtsbescherming tegen ongerechtvaardigde (on)gelijke behandeling. De notie is belangrijk omdat uitbreiding van de Wgbh/cz alleen, niet kan leiden tot de gewenste verbetering. Wetgeving is één van de middelen die daaraan kan bijdragen. In de visie van het kabinet dient terughoudend-

5 *Kamerstukken II 2005/06, 30 570, nrs. 1-3.*

6 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.

7 *Kamerstukken II 2006/07, 30 859, nrs. 1-3.*

8 *Kamerstukken II 2006/07, 30 859, nr. 4.*

9 Idem, p. 2 waar de Raad adviseert nader in te gaan op de samenhang tussen de twee wetgevingstrajecten en de opportuniteit van het huidige wetsvoorstel te motiveren.

10 *Kamerstukken II 2006/07, 30 878, nrs. 1-3; CGB advies/2007/02 inzake het voorstel van wet van de leden Smits en Bussemaker 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 openbaar vervoer, op verzoek van de indieners van het wetsvoorstel.*

heid met wetgeving betracht te worden. Uitbreiding van de Wgbh/cz met het aanbieden van goederen en diensten zal een effectief en efficiënt sluitstuk moeten zijn om te zorgen dat mensen kunnen meedoen en in het uiterste geval een beroep kunnen doen op de Commissie gelijke behandeling of de rechter als sprake is van ongerechtvaardigde (on)gelijke behandeling.”¹¹

2.2 VN-conventie

Op 13 december 2006 werd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties de tekst aangenomen van het Verdrag inzake de rechten van mensen met (functie)beperkingen.¹² Een mijlpaal in de geschiedenis van de VN. Niet alleen vanwege de inhoud, maar ook omdat dit verdrag in relatief korte tijd tot stand is gekomen en omdat in die vijf jaar intensief met de doelgroep is overlegd. Niet eerder hebben betrokken NGO's in VN-kringen een dergelijke rol kunnen vervullen. Het is met name dankzij die betrokkenheid dat in het Verdrag onmiskenbaar sprake is van een verschuiving van uitgangspunten.¹³ De burger met (functie)beperkingen staat centraal. Het gaat dan ook over deelname aan de samenleving, over gelijke behandeling, over zelfregie, over toegankelijkheid et cetera. Het medische model is nu op mondiaal niveau definitief vervangen door het sociale model.¹⁴ Het kabinet heeft bij monde van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) en de minister voor Ontwikkelingssamenwerking de Tweede Kamer toegezegd het Verdrag te ratificeren.¹⁵ Het is nog lastig in te schatten wat de nationale consequenties van ratificatie door Nederland van het Verdrag zullen zijn. Zeker lijkt dat het voeren van een 'inclusief beleid' – als opvolger van het 'oude' gehandicaptenbeleid – dan niet langer een nobel streven zal zijn, maar een verdragsverplichting.

2.3 Hof van Justitie EG

Op 11 juli 2006 deed de Grote Kamer van het HvJ EG een belangwekkende uitspraak over de reikwijdte van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep met betrekking tot de grond handicap.¹⁶ Het Hof oordeelde dat:

- 1) *Een persoon die uitsluitend wegens ziekte door zijn werkgever is ontslagen, valt niet binnen het algemene kader ter bestrijding van discriminatie op grond van handicap, dat is geschapen bij richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.*
- 2) *Het in de artikelen 2, lid 1, en 3, lid 1, sub c, van richtlijn 2000/78 vastgestelde verbod van discriminatie op grond van handicap op het gebied van ontslag verzet zich tegen een ontslag wegens een handicap dat, rekening houdend met de verplichting om in redelij-*

11 *Kamerstukken II 2006/07, 29 355, nr. 35; in het regeerakkoord 'Samen werken, samen leven' van CDA, PvdA en CU van 7 februari 2007 staat dat de uitbreiding WGBH/CZ met kracht zal worden voortgezet (Kamerstukken II 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 20).*

12 Zie voor de tekst en totstandkoming: <http://www.un.org/esa/socdev/enable>.

13 Door de International Disability Caucus aangeduid als 'paradigm shift'.

14 Vgl. Redactioneel, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 787-789; in *NJCM-Bulletin* 2007-2 (p. 116-124) is verschenen R. Böcker en M. Kroes, 'Verdrag en Facultatief Protocol inzake de rechten van mensen met (functie)beperkingen: mijlpaal in ontwikkeling mensenrechten'.

15 *Kamerstukken II 2006-07, nr. 29 355, nr. 34 en Kamerstukken II 2006-07, nr. 30 540, nr. 4.*

16 HvJ zaak C-13/05, Chacón Navas; zie G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2006, p. 1763-1770.

ke aanpassingen voor gehandicapten te voorzien, niet gerechtvaardigd wordt door het feit dat de betrokken persoon niet bekwam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te voeren.

- 3) *Ziekte als zodanig kan niet worden beschouwd als een bijkomende discriminatiegrond naast de andere door richtlijn 2000/78 verboden gronden.*

De antwoorden op de eerste en derde prejudiciële vraag beperken de rechtsbescherming door ziekte als zodanig buiten de werkingssfeer van de Richtlijn te verklaren. Voor Nederland lijkt dit niet zo relevant omdat de nationale rechtsbescherming zich in ieder geval uitstrekt tot chronische ziekte.¹⁷

2.4 *Hoge Raad over bovenregionaal vervoer*

In de afgelopen jaren kon melding gemaakt worden van het verloop van de gerechtelijke procedure die de Chronisch zieken en Gehandicapten Raad c.s. hebben aangespannen tegen de limitering van het aantal te reizen kilometers met het voor gehandicapten geschikte bovenregionale vervoerssysteem. Het systeem biedt gebruikers de mogelijkheid om tegen vergoeding van openbaar vervoertarief gebruik te maken van aangepast vervoer. Voor de meeste gebruikers is er een budget van 750 kilometer per jaar beschikbaar.¹⁸ Op de valreep van 2006 deed de Hoge Raad uitspraak.¹⁹ De Hoge Raad laat het oordeel van het Gerechtshof Den Haag in stand waarin geen verband wordt aangenomen tussen de (on)mogelijkheden voor verplaatsing door het land door gehandicapten en hun grondrechten. Het beroep op gelijke behandeling, respect voor het privé- en gezinsleven, de bewegingsvrijheid en het eigendomsrecht van het EVRM is tevergeefs gedaan. De Hoge Raad verwijst eisende partijen terug naar de politiek. De vraag kan worden opgeworpen of de limitering van het door gehandicapten te reizen aantal kilometers – bij afwezigheid van voor hen toegankelijk regulier openbaar vervoer – toetsing aan het hierboven genoemde VN-Verdrag zou kunnen doorstaan.

2.5 *Artikel 1 Grondwet*

In mei 2006 bood de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties het rapport van de Commissie rechtsbescherming non-discriminatiegronden aan de Tweede Kamer aan.²⁰ Dit rapport is een gevolg van de motie Rouvoet c.s. van 20 december 2001. Deze motie roept op tot het opnemen van de grond handicap en chronische ziekte in artikel 1 van de Grondwet.²¹ Het onderzoek van de Commissie beperkt zich niet tot de grond handicap, maar bespreekt de meerwaarde van het toevoegen van gronden aan de tweede zin van artikel 1 Grondwet. De Commissie concludeert dat het opnemen van een bepaalde grond in artikel 1 niet per definitie leidt tot een structurele verhoging van de rechtsbescherming voor die grond.

In het rapport vond de CGB aanleiding om een nadere brief aan de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing te sturen.²² De hardste noten die in de brief gekraakt worden betreffen de afwezigheid van juridische onderbouwing (in de zin van recen-

¹⁷ Zie daarover overigens oordeel 2006-249.

¹⁸ In uitzonderingsgevallen kan een hoog budget van 2250 km worden toegekend.

¹⁹ LjN AY 8050; *Gezondheidsrecht Jurisprudentie 2006*, nr. 20 m.nt. A.C. Hendriks.

²⁰ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 29 355, nr. 28.

²¹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 000 XVI, nr. 63

²² Zie www.cgb.nl brief van 13 juni 2006; vgl. ook <http://www.cg-raad.nl/gelijkebehandeling/20060530a.doc> brief van 22 mei 2006.

te jurisprudentie) van de conclusies en het feit dat de Commissie rechtsbescherming onvoldoende oog heeft voor de verschillen tussen het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel. Wordt vervolgd?

2.6 *Strafrecht*

Per 1 januari 2006 is het strafrechtelijke discriminatieverbod op grond van lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap in werking getreden.²³ Het Ministerie van Justitie heeft onder het motto ‘Gewoon meedoen’ een publiciteitscampagne gestart.²⁴

De Werkgroep Integratie Gehandicapten (WIG) Nijmegen heeft op donderdag 14 december op grond van het discriminatieverbod aangifte bij de politie tegen TNT Post gedaan. De aanklacht luidt dat TNT Post bewust in gebreke is gebleven om haar nieuwe brievenbussen toegankelijk te maken voor kleine mensen en personen in een rolstoel.

3 INTERMEZZO

Alvorens tot een bespreking van de oordelen op het terrein van arbeid en onderwijs te komen, verdient een niet-ontvankelijkheidsoordeel de aandacht. Een vereenvoudigde procedure leidde tot beschouwingen over de reikwijdte van de WGBH/CZ. Verzoekster heeft geklaagd over ongelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte van haar moeder.²⁵ De moeder van verzoekster heeft een ongeheelde ziekte. Verzoekster stelt dat dit gegeven (mede) een rol heeft gespeeld bij haar afwijzing voor een stageplaats in een universitair medisch centrum. De Commissie onderzoekt uitvoerig of en wanneer de WGBH/CZ bescherming kan bieden in geval van ongelijke behandeling op grond van een handicap of chronische ziekte van een derde.

De CGB staat eerst stil bij de vraag of hier sprake kan zijn van een ‘vermeende’ handicap. De Commissie stelt voorop dat noch gesteld, noch gebleken is van de veronderstelling bij verweerder dat verzoekster zelf de ziekte van haar moeder heeft of zal krijgen; geen sprake van vermeende handicap dus. In het hypothetische geval dat de psychische gesteldheid van de dochter – als gevolg van de ziekte van de moeder – een rol zou hebben gespeeld bij het afwijzen voor een stageplaats, kan slechts sprake zijn van een tijdelijke gesteldheid die niet als (vermeende) handicap kan worden beschouwd. De volgende vraag die de CGB beantwoordt betreft die naar medebepaling bij onderscheid jegens een derde. Hiervan kan evenmin sprake zijn omdat de moeder zelf niet is benadeeld. Ten slotte staat de CGB stil bij de mogelijkheid van onderscheid op grond van verminderde beschikbaarheid of inzetbaarheid in verband met de handicap of chronische ziekte van een derde. Dit lijkt een hoogst actuele vraag in een tijd waarin de combinatie zorg en arbeid nogal wat eist van mantelzorgers.²⁶ De CGB ziet in het voorliggende geval echter, omdat een onder-

23 Zie W. Brussee en M. Kroes, ‘Handicap of chronische ziekte’, in: S.D. Burri (eindred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p 115-129.

24 Zie www.justitie.nl.

25 Oordeel 2006-227.

26 Terzijde kan nog worden opgemerkt dat vrouwen een aanmerkelijk groter aandeel hebben in de mantelzorg; vgl. NIZW *Emancipatiemonitor 2006* In 2005 hadden 840.000 vrouwen en 74.600 mannen van 15-64 jaar te maken met een ernstig zieke(n) of hulpbehoevende(n) in hun omgeving.

scheid noch is gesteld, noch is gebleken, geen aanleiding om te onderzoeken of de WGBH/CZ in dergelijke situaties bescherming zou bieden.

De Commissie komt tot de conclusie dat het niet gaat om een identiteitskenmerk van verzoekster zelf, noch om een nadeel dat door de derde, bij wie wel het beschermde identiteitskenmerk hoort, geleden wordt. Hiermee valt het verzoek buiten het bereik van de WGBH/CZ.

4 ARBEID

4.1 *Individuele toetsing vereist*

In lijn met oordeel 2005-78 bevestigt de CGB dat diabetes mellitus type 1 geen absolute contra-indicatie is voor het vervullen van een functie. Ging het destijds om een politieagent in opleiding, nu betreft het een opleidingsplaats voor *cabin attendant* bij een luchtvaartmaatschappij.²⁷ Zowel de werkgever als de ARBO-dienst hebben onvoldoende onderzocht wat de mogelijkheden van verzoekster zijn. Zij handelen beide in strijd met de WGBH/CZ.

Het klakkeloos concluderen dat de kandidaat niet geschikt is voor voordracht als rayonopzichter met verwijzing naar zijn leeftijd en handicap kan evenmin door de beugel.²⁸ De WGBH/CZ vereist onderzoek per vacature naar de mogelijkheden de functie – eventueel met aanpassingen – te vervullen.

Manische depressiviteit maakt een sollicitant niet per definitie ongeschikt voor de functie van reisleader. Ook hier weer geldt een onderzoeksplicht.²⁹ Dit is een krachtig signaal van de CGB – met verwijzing naar de memorie van toelichting bij de WGBH/CZ – tegen het zich laten leiden door stereotyperingen of algemene opvattingen. Werkgevers (ook potentiële) dienen de individuele situatie – al dan niet met mogelijkheid tot doeltreffende aanpassing – te beoordelen. Deze boodschap wordt nog eens bevestigd in oordeel 2006-137 waarin een tolk gebarentaal tijdens het sollicitatiegesprek werd verzocht niet te tolken voor de dove sollicitant. Dit om vast te stellen of zonder tolk communicatie mogelijk was. Verzoeker voelde zich hierdoor overrompeld en heeft volgens de CGB geen ruimte gekregen om te laten zien of hij geschikt was voor de functie financieel-administratief medewerker.

4.2 *Geen gelijke gevallen*

Een WAO-gerechtigde kan zich niet vergelijken met arbeidsgeschikte werknemers die door willen en kunnen werken na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en zo een hoger ouderdomspensioen opbouwen.³⁰ De CGB herhaalt in dit

27 Oordelen 2006-2 en 2006-3; zie ook Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen oordelen 2005-11 en 2005-12.

28 Oordeel 2006-16; in dit oordeel geeft de CGB overigens aan aanvullende vragen te hebben gesteld. Dit gebeurt wel vaker en is geen uitzondering. In oordeel 2006-24 was de door verzoeker aangedragen informatie blijkbaar dermate gering dat de CGB zelfs daar geen aanleiding voor zag.

29 Oordeel 2006-77; zie ook 2006-118 waarin bekkeninstabiliteit van verzoekster haar vaste aanstelling als verpleegkundige op de afdeling neurologie in de weg stond en oordeel 2006-35 waarin een zorginstelling de onderzoeksplicht heeft om na te gaan of een slechthorende sollicitant niet met een doeltreffende aanpassing – in dit geval geen nachtdiensten verrichten – in aanmerking kan komen voor een opleidingsplek als verpleegkundige A. Waarbij dan nog in het midden wordt gelaten of het draaien van nachtdiensten wel een wezenlijk onderdeel van de opleiding is.

30 Oordeel 2006-150.

oordeel het standpunt dat als er sprake is van sociaal beleid (art. 3, eerste lid, onderdeel b, WGBH/CZ), dit niet automatisch betekent dat dit in alle afzonderlijke onderdelen voordelig hoeft uit te pakken. Het gaat dan om het bezien van de totaliteit. De voortzetting van de WAO-uitkering na de zestigste verjaardag kan op dit onderdeel tot een minder gunstige uitkomst leiden.

Vergelijkbaar is het oordeel over het in mindering brengen van een ongekorte Flexibele Pensioen Uitkering (FPU) op de Substantieel Bezwarende Functie (SBF) uitkering.³¹ De volledige FPU-uitkering wordt in mindering gebracht op de SBF-uitkering terwijl op de FPU de WAO-uitkering en het invaliditeitspensioen in mindering worden gebracht. Ook hier gaat de vergelijking met arbeidsgeschikte werknemers volgens de CGB mank; zij ontvangen immers geen WAO-uitkering. De regeling dient om te voorkomen dat de gedeeltelijk WAO-er een hoger bedrag ontvangt dan degenen die arbeidsgeschikt zijn en niet – al is het onvrijwillig – in deeltijd werkten.

Voor zover de Commissie bedoelt met deze oordelen een bevoordeling van (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten ten opzichte van arbeidsgeschikten te voorkomen, lijkt het standpunt van onvergelykbare gevallen te billijken. Daar waar er sprake is van een nadeel – zoals het niet op kunnen bouwen van een hoger ouderdomspensioen in oordeel 2006-150 – komt deze lijn minder begrijpelijk voor.

4.3 *Verstoorde verhoudingen*

Een vierledig oordeel in een zaak waaruit blijkt wat zogenaamde verstoorde verhoudingen in kunnen houden.³² Verzoekster is werkzaam bij een bedrijf dat poststukken en reclamefolders bezorgt. Na een lange geschiedenis van overplaatsing, waarschuwing, ziekmelding, schorsing, communicatieproblemen en stelling op non-actief volgt uiteindelijk ontslag op staande voet.

Het feit dat verzoekster – met aangeboren doofheid – zelf had toegezegd voor een doventolk te zorgen en dit naliet, ontslaat verweerster volgens de Commissie niet van de plicht zelf te voorzien in een doeltreffende aanpassing in de vorm van de beschikbaarheid van een doventolk bij belangrijke gesprekken. Verweerster handelt in strijd met artikel 2 WGBH/CZ.

De schouderkloppen of schouderklopjes waarmee de leidinggevende verzoeksters aandacht vroeg en de bewoordingen in de formele schriftelijke communicatie van verweerster zijn naar het oordeel van de CGB niet dermate ernstig dat aan de zware eisen die te stellen zijn voor het aannemen van intimidatie is voldaan. Van intimidatie is derhalve geen sprake.

Verweerster heeft echter niet kunnen weerleggen dat verzoekster onheus c.q. discriminatoir bejegend is door uitsluitend schriftelijk en formeel met haar te communiceren. Hiermee is verzoekster de mogelijkheid ontnomen om haar visie kenbaar te maken in bijvoorbeeld een gesprek met aanwezigheid van een tolk.

Het uiteindelijk gevolgde ontslag op staande voet kan volgens de CGB niet in verband worden gebracht met de handicap van verzoekster. De reden voor dit ontslag is gelegen in het niet – en bij herhaling niet – bezorgen van post, waarvoor zij gewaarschuwd en geschorst is geweest.

De boodschap is helder: van iedereen – H/CZ of niet – mag verwacht worden dat

31 Oordeel 2006-190; verzoeker heeft beroep ingesteld tegen de ongegrondverklaring van zijn bezwaarschrift.
32 Oordeel 2006-181; over deze zaak is een kort geding procedure aanhangig gemaakt.

hij/zij het werk doet waarvoor hij/zij aangenomen is. De CGB beveelt deze werkgever wel nog aan om niet slechts bij aanstelling maar ook daarna geregeld te bezien of de (benodigde) doeltreffende aanpassing beschikbaar en effectief is.

4.4 *Doeltreffende aanpassing*

Zijn het openen van deuren, het aannemen van jassen en het verzorgen van koffie of thee wezenlijke functievereisten voor een receptionist/telefonist bij een notarijspraktijk?³³ Ja, concludeert de CGB met verweerder. Rest de vraag of in dit geval een doeltreffende aanpassing verricht zou kunnen worden om de van een rollator gebruikmakende verzoekster de functie wel te kunnen laten vervullen. Ook hierin volgt de CGB verweerder. In redelijkheid kan van verweerder niet verlangd worden de functie of het gebouw waarin de praktijk gevestigd is, aan te passen. Hoe wrang wellicht ook voor verzoekster, in de kleine setting van deze praktijk – zonder mogelijkheid van bijspringen door een collega – ligt deze functie buiten haar bereik.

4.5 *Aanbevelingen / ten overvloede*

Een aantal oordelen besluit de CGB met een aanbeveling. In de oordelenbundel 2004 werd de vraag opgeworpen of de CGB een beleid heeft omtrent het al dan niet doen van aanbevelingen.³⁴ Het antwoord moeten wij schuldig blijven. In een aantal zaken waarin de CGB tot het oordeel komt dat niet in strijd met de WGBH/CZ is gehandeld, vraagt de Commissie uitdrukkelijk aandacht voor de doorzichtigheid van de procedure.³⁵

In een andere zaak ging verweerder er van uit dat de sollicitant in kwestie een WW-uitkering ontving en benoemde dat als reden om haar niet aan te nemen als oproepkracht.³⁶ Zij bleek (later) echter een gedeeltelijke WAO-uitkering te hebben. Zelfs al wist de werkgever dat niet, hij handelt toch in strijd met de WGBH/CZ omdat hij het vermoeden van onderscheid niet kan weerleggen. De CGB beveelt verweerder aan om de vraag of een sollicitant een uitkering ontvangt te schrappen. Soms kan de CGB niet anders dan zwijgen over (onderdelen van) de voorgelegde klacht. Maar ook zwijgen kan veelzeggend zijn, zoals in een zaak over een proeftijdontslag binnen twee dagen.³⁷ Verzoeker mist een gedeelte van de middelste vingers van zijn linkerhand en stelt dat deze handicap de reden voor zijn – snelle – ontslag vormt. Volgens de CGB is vast komen te staan dat de handicap in dit geval pas aan de orde is geweest nadat verweerder het ontslagbesluit had genomen. Geen verboden onderscheid derhalve. De CGB voegt hieraan toe dat zij niet bevoegd is te oordelen over de zorgvuldigheid van het proeftijdontslag. Onder verwijzing naar de bevreemding die de gang van zaken bij de Commissie heeft gewekt, onthoudt zij zich dan ook van een inhoudelijk oordeel hierover.³⁸

33 Oordeel 2006-228.

34 M.Kroes, 'Handicap of chronische ziekte', in: S. D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89.

35 Oordeel 2006-236 over de doorzichtigheid en verslaglegging van functioneringsgesprekken en kenbaarheid van veranderingen van de inhoud van functies; oordeel 2006-64 over de doorzichtigheid van een bonusregeling en oordeel 2006-249 over de zorgvuldigheid, objectiviteit en transparantie van een klachtenregeling.

36 Oordeel 2006-197.

37 Oordeel 2006-17.

38 Vgl. oordeel 2006-175, waarin de CGB zich onthoudt van een arbeidsrechtelijk oordeel over de toelaatbaarheid van loonsverlaging.

4.6 *Intersectie*

Op de valreep van 2006 kwam de CGB met oordeel 2006-256 waarvan de Commissie zelf zegt dat dit het eerste oordeel is waarin intersectie een rol speelt. Een Turkse blinde mevrouw in een WSW-detacheringstraject is een mondelinge test afgenomen. De klacht behelst tal van onderdelen, maar slechts op één onderdeel wordt verzoekster in het gelijk gesteld. De vijf andere onderdelen zijn ongegrond of niet met voldoende feiten onderbouwd om een vermoeden van onderscheid te vestigen. De CGB constateert dat verzoekster nadeel heeft ondervonden van de wijze waarop de test is afgenomen. Er is weliswaar geen rechtstreeks verband tussen het mondeling aanbieden van de test en het feit dat Nederlands niet verzoeksters moedertaal is, maar als verzoekster niet blind was geweest, had zij de test schriftelijk kunnen maken. In dit geval heeft de combinatie van gronden, dat wil zeggen verzoeksters handicap en haar Turkse afkomst, ervoor gezorgd dat de beantwoording van de vragen extra moeilijk werd, en daarmee het resultaat van de test minder betrouwbaar. Het lijkt volkomen terecht dat de CGB hier naar het gevolg van de combinatie van gronden kijkt. Een test in Braille zou verzoekster de mogelijkheid hebben geboden de Nederlandse teksten nog eens te herlezen en zou de testresultaten betrouwbaarder hebben gemaakt.

4.7 *Diversen*

Onder dit kopje een laatste oordeel in de rubriek arbeid. Een oordeel dat aan helderheid niets te wensen overlaat.³⁹ Na een bedrijfsongeval – verzoekster heeft in een kaaspakhuis een kaas op haar hoofd gekregen – wordt de tot dan toe goed functionerende medewerkster na afloop van drie tijdelijke contracten geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden. Verzoekster kan inmiddels weer voor 50% aan de slag. Uit de weergave van de zitting blijkt zonneklaar de reden: mensen die niet volledig gezond zijn houden het zware werk in het productieproces niet vol. De CGB oordeelt dat de werkgever in strijd met de WGBH/CZ handelt door de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet aan te bieden. Verzoekster kreeg in dit geval een kaas op haar hoofd, de werkgever van de CGB de kous op de kop.

5 ONDERWIJS

Er waren twee uiteenlopende verzoeken om een doeltreffende aanpassing bij aanmelding aan onderwijsinstellingen. Het ene betreft assistentie bij het uitzuigen van slijm uit mond en luchtwegen, het andere assistentie bij toiletgang.⁴⁰ In beide gevallen komt de CGB tot de conclusie dat deze assistentie niet valt onder de reikwijdte van de doeltreffende aanpassing. Het betreft hier immers assistentie die valt onder de alledaagse levensverrichtingen (ADL) die ook buiten de onderwijssituatie nodig is en niet aan het deelnemen aan het onderwijs is gerelateerd. Studenten dienen in deze persoonlijke verzorging met gebruikmaking van de mogelijkheden van de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) zoals het inzetten van een Persoonsgebonden Budget (PGB) zelf te voorzien. In de tweede zaak speelde ech-

39 Oordeel 2006-195.

40 Oordelen 2006 59 en 2006-60; in beide zaken zijn verzoekers bijgestaan door de Stichting Handicap & Studie.

ter ook nog een klacht over discriminatoire bejegening. De universiteit stuurde – tegen het advies van de medewerker van de Stichting Handicap & Studie in – een brief aan de spastische vwo-gediplomeerde. Onder het motto “vanwege je handicap kun je echter tegen problemen tijdens je studie aanlopen die wij hierbij onder de aandacht willen brengen”. Na een reeks van praktische arrangementen worden ook een aantal eindtermen van de studie opgesomd. De CGB komt tot de conclusie dat verzoeker zich hierdoor terecht discriminatoir bejegend voelde. Verweerster heeft een op verzoeker toegespitste selectie van eindtermen toegezonden zonder te onderzoeken of er daadwerkelijk problemen vanwege zijn handicap te verwachten waren. Dit terwijl dit voor verweerster geen standaardpraktijk is. Tenslotte verdient vermelding dat de spijtbetuiging van verweerster en het beroep op haar goede bedoelingen het vermoeden van verboden onderscheid niet weg kunnen nemen.

Een derde zaak waar de Stichting Handicap & Studie bij betrokken was leidt tot het tweeledige oordeel: geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, niet voor wat betreft de doeltreffende aanpassing noch de bejegening.⁴¹ De CGB komt wel met een aanbeveling die niet alleen verweerster aangaat: “De Commissie beveelt verweerster aan alle studenten en medewerkers zowel in de studiegids als op inter-/intranet bekendheid te geven over de wijze waarop verzoeken om aanpassingen van studenten met een handicap of chronische ziekte moeten worden afgehandeld, met daarbij aandacht voor de termijn van afhandeling en de personen bij wie de studenten met hun verzoek en met eventuele klachten over de afhandeling daarvan terecht kunnen.” Een dergelijke transparante informatievoorziening op alle onderwijsinstellingen zou veel onzekerheid kunnen voorkomen.⁴²

Het concept van de doeltreffende aanpassing is geen openeinderegeling, zoals blijkt in het geval waarin verzoekster niet heeft kenbaar gemaakt welke doeltreffende aanpassingen (verder) verricht zouden moeten worden.⁴³ De onderwijsinstelling had aan verzoekster al meer begeleiding en extra kansen geboden dan aan andere studenten; het verzoek om nog meer uitzonderingen werd echter afgewezen. Voor verzoekster zit er niet anders op dan de overstap naar het nieuwe curriculum. Voor een andere verzoeker was het resultaat een negatief bindend studieadvies.⁴⁴ De CGB overweegt hier dat het verschil tussen de hoeveelheid studiepunten die de dyslectische verzoeker heeft gehaald in twee jaar en de hoeveelheid studiepunten die studenten worden geacht te halen in een jaar zo groot is dat verweerster, mede gelet op de verrichte aanpassingen en de aantoonbare begeleiding van verzoeker, in redelijkheid tot het negatief bindend studieadvies kon komen.

Het verzoek om (verdere) aanpassingen behoeft derhalve geen toetsing.⁴⁵

41 Oordeel 2006-132.

42 Zie ook – en nog explicieter – de aanbeveling bij oordeel 2006-237: “Tijdens de procedure is gebleken dat verweerder geen specifiek beleid heeft voor studenten met een handicap of chronische ziekte. De Commissie beveelt verweerder aan dergelijk beleid te ontwikkelen, en een of meer medewerkers te benoemen als vast aanspreekpunt waar studenten terecht kunnen met vragen over hun studie en problemen die zij daarbij ondervinden in verband met hun handicap of chronische ziekte en bij wie zij verzoeken om eventuele aanpassingen kenbaar kunnen maken. Dit beleid dient verweerder op genoegzame wijze kenbaar te maken aan zowel medewerkers als studenten, bijvoorbeeld via de studiegids, studentenagenda, personeelsagenda, internet en intranet. Zo kunnen veel problemen vroegtijdig worden gesignaleerd en voorkomen. Tevens wordt zo duidelijkheid geboden aan studenten.”

43 Oordeel 2006-81.

44 Oordeel 2006-90.

45 In vergelijkbare zin oordeel 2006-95.

6 AFSLUITING

In de inleiding ging het al over het jaar 2007. Hiermee is een lichte neiging om het jaar 2006 voor wat betreft de oordelen van de CGB over de grond handicap of chronische ziekte maar over te slaan aangegeven, maar gelukkig – zoals uit bovenstaande mag blijken – nog op tijd onderdrukt. Opvallend blijft dat het geringe aantal oordelen haaks staat op de berichten van steeds verder teruglopende arbeidsparticipatie van mensen met een (functie)beperking.

Winst in de oordelen 2006 over arbeid is duidelijk het gevecht dat de CGB aangaat met vooroordelen en stereotyperingen. Gelijke behandeling vergt een individuele toetsing. De oordelen over beroepsonderwijs hebben meer inzicht gegeven in de rekbaarheid, inzetbaarheid en grenzen van de doeltreffende aanpassing in onderwijssituaties.

Van de overige ontwikkelingen verdient de aanvaarding van het VN-verdrag nadrukkelijk de aandacht. Vanaf 30 maart 2007 staat dit verdrag open voor ondertekening. Bij het afsluiten van deze bijdrage is nog onduidelijk of Nederland bij de eerste ondertekenaars gaat behoren. De toezegging in het coalitieakkoord dat de uitbreiding van de WGBH/CZ met kracht zal worden voortgezet en de positieve advisering van de CGB over uitbreiding doen vermoeden dat de rechtsbescherming bij (on)gelijke behandeling van mensen met een handicap of chronische ziekte op een hoger plan komt. Het jaar 2007 belooft een mooi H/CZ jaar te worden.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond handicap en chronische ziekte

2006-2

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Vrouw met diabetes. Einde opleidingsovereenkomst. Strijd met WGBH/CZ.

Een vrouw met diabetes wordt afgekeurd en afgevoerd voor de functie cabin assistent (stewardess). De luchtvaartmaatschappij en de arbodienst hebben onvoldoende onderzocht wat de mogelijkheden van de vrouw zijn en geen gebruik gemaakt de mogelijkheid om een proefperiode in te lassen. Er is niet gebleken dat het ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid noodzakelijk is om mensen met diabetes zonder meer uit te sluiten van het beroep cabin attendant. Strijd met de WGBH/CZ.

Opmerking:
 Zie ook de oordelen 2006-03, 2005-44 en 2005-78

2006-3

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Vrouw met diabetes. Einde opleidingsovereenkomst. Strijd met WGBH/CZ.

Een vrouw met diabetes wordt afgekeurd en afgevoerd voor de functie cabin assistent (stewardess). De luchtvaartmaatschappij en de arbodienst hebben onvoldoende onderzocht wat de mogelijkheden van de vrouw zijn en geen gebruik gemaakt de mogelijkheid om een proefperiode in te lassen. Er is niet gebleken dat het ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid noodzakelijk is om mensen met diabetes zonder meer uit te sluiten van het beroep cabin attendant. Strijd met de WGBH/CZ.

Opmerking:

Zie ook de oordelen 2006-02, 2005-44 en 2005-78

2006-16

Grond: leeftijd; handicap en chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Wervings- en selectiebureau maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en handicap bij de afwijzing van een man voor de functie van rayonopzichter.

Een man solliciteert bij een wervings- en selectiebureau naar een vacature. Het wervings- en selectiebureau wijst de man af met een e-mail waarin naar diens leeftijd en handicap wordt verwezen. Zowel de e-mail als de uitleg van het wervings- en selectiebureau geven aanleiding tot het oordeel dat de leeftijd en de handicap een rol spelen bij de selectie. Het wervings- en selectiebureau moet per vacature bekijken of de man een geschikte kandidaat is, in plaats van er al op voorhand van uit te gaan dat hij geen of weinig kans maakt aangenomen te worden.

2006-17

Grond: handicap en chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van handicap bij proeftijdontslag. Handicap niet bekend. Alleen objectieve en zakelijke redenen.

Een man mist vanaf zijn geboorte een gedeelte van de middelste vingers van zijn linkerhand. Hij heeft bij een bedrijf, een internationaal opererend onderzoeksinstituut, gesolliciteerd naar de functie van proefvoorbereider/meettechnicus en is daarvoor aangenomen.

Het bedrijf heeft de man na twee dagen ontslagen, omdat er gereede twijfel was over zijn geschiktheid voor de functie. De man heeft toen demonstratief zijn hand op tafel gelegd en het vermoeden uitgesproken dat zijn ontslag samenhangt met zijn handicap. Dit is toen van de zijde van het bedrijf ontkend, onder toevoeging dat het bedrijf in het geheel geen weet had van de handicap. De Commissie oordeelt dat de door de man naar voren gebrachte en niet betwiste stellingen in onderling verband bezien, voldoende feiten opleveren die onderscheid op grond van handicap kunnen doen vermoeden. Het bedrijf heeft gemotiveerd aangegeven dat het zich bij het nemen van het ontslagbesluit enkel heeft laten leiden door het profondervindelijk gevormde beeld van de geschiktheid van de man en absoluut geen kennis had van zijn handicap tot ná het ontslagbesluit. De Commissie is van oordeel dat het bedrijf heeft bewezen dat aan het ontslagbesluit enkel objectieve en zakelijke motieven ten grondslag lagen die geen verband hielden met de handicap van de man.

2006-24

Grond: ras; handicap of chronische ziekte; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: ongegrond

Samenvatting:
Reïntegratie en einde van de arbeidsovereenkomst. Geen verband met ras, handicap of chronische ziekte of leeftijd.

Man vermoedt dat zijn voormalige werkgever hem niet heeft willen laten reïntegreren en de arbeidsovereenkomst heeft laten ontbinden, in verband met zijn afkomst, zijn handicap of chronische ziekte of zijn leeftijd. Verzoek ongegrond omdat de stellingen op generlei wijze zijn onderbouwd en ook niet eerder naar voren zijn gebracht, bij voorbeeld in een klacht aan de voormalig werkgever of in de procedure bij de kantonrechter.

2006-35

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Een opleidingsinstelling heeft niet aange- toond dat het verrichten van nachtdiensten een wezenlijk onderdeel uit maakt van de opleiding tot verpleegkundige. Onderscheid op grond van handicap door een vrouw af te

wijzen voor de opleiding omdat zij geen nachtdiensten kan verrichten.

Een vrouw heeft bij een instelling gesolliciteerd naar een opleidingsplaats voor verpleegkundige niveau 4. De vrouw is slechthorend en lijdt aan oorsuizen. In verband hiermee verricht zij geen nachtdiensten. De instelling heeft de vrouw afge- wezen voor de opleiding omdat ze niet kan vol- doen aan een volgens de instelling essentiële oplei- dingseis, namelijk het verrichten van nachtdiensten. De Commissie overweegt dat hoe- wel niet kan worden uitgesloten dat het verrichten van nachtdiensten een wezenlijk onderdeel uit- maakt van de opleiding tot verpleegkundige niveau 4, dit niet zonder meer volgt uit de naar voren gebrachte argumenten en evenmin uit de huidige opleidingspraktijk. Afwijzing vanwege het niet kunnen voldoen aan een functie-eis, zonder dat vaststaat dat die eis wezenlijk is, is een vorm van onderscheid. De instelling heeft dan ook onderscheid gemaakt jegens de vrouw door met haar geen leer/werkovereenkomst aan te gaan omdat zij vanwege haar handicap of chronische ziekte geen nachtdienst kan verrichten.

Opmerking:

De Commissie acht het redelijk de onderwijsin- stelling te belasten met het bewijs dat de oplei- dingseis wezenlijk is voor het met succes volgen en afronden van de opleiding.

2006-59

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Verzochte aanpassing is geen doeltreffende aanpassing. Geen overschrijding van redelij- ke termijn.

Een 25-jarige man heeft een progressieve spier- ziekte. Vanwege zijn ziekte maakt hij onder ande- re gebruik van een uitzuigapparaat om slijm uit zijn mond en luchtwegen te zuigen. De man wil een opleiding volgen op een hogeschool en heeft de hogeschool gevraagd of hij met zijn handicap daar kan studeren. De hogeschool heeft dit beves- tigd, mits hij zelf zijn directe zorg regelt. De man heeft daarna een tweede verzoek gedaan aan de hogeschool om te komen tot een oplossing. Na overleg op managementniveau, bestudering van de wet, het consulteren van een deskundige en een gesprek met verzoeker, besluit de hogeschool na vijf maanden wederom dat de gevraagde voorzie- ning niet kan worden getroffen. De man vraagt de Commissie of de hogeschool niet in strijd handelt met de WGBH/CZ door de

verzochte assistentie bij het uitzuigen van slijm uit mond en luchtwegen niet toe te zeggen en niet binnen een redelijke termijn te reageren op zijn tweede verzoek hieromtrent.

De Commissie is van oordeel dat van onderwijsinstellingen niet kan worden gevergd dat zij ondersteuning aanbieden bij alledaagse levensverrichtingen, zoals het verwijderen van slijm of speeksel uit de mond of luchtwegen. Anders gezegd, een verzoek om assistentie die in het dagelijks leven ook noodzakelijk is, kan niet worden aangemerkt als een aan de deelname van het beroepsonderwijs gerelateerde doeltreffende aanpassing.

De Commissie oordeelt voorts dat de hogeschool binnen een redelijke termijn heeft gereageerd op het tweede verzoek om aanpassing.

2006-60

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: deels onderscheid

Samenvatting:

Universiteit maakt geen onderscheid op grond van handicap door geen assistentie te bieden bij toiletgang; wel onderscheid omdat sprake is van discriminatoire bejegening op grond van handicap.

Spastische student wilde aan een universiteit gaan studeren. De student heeft vanwege zijn handicap aanpassingen nodig, onder meer hulp bij de toiletgang. De universiteit wilde deze hulp niet bieden omdat zij vindt dat dergelijke hulp niet valt onder de verplichting die de universiteit heeft op grond van de WGBH/CZ. Door de wijze waarop de universiteit met de zorgvragen van de student is omgegaan, voelt hij zich discriminatoir bejegend. Dit gevoel wordt versterkt door een brief van de opleidingsdirecteur waarin eindtermen zijn opgenomen die volgens de directeur, gelet op de handicap van verzoeker, een probleem kunnen zijn. Het bieden van assistentie bij toiletgang is een aanpassing die betrekking heeft op persoonlijke verzorging en andere alledaagse levensbehoeften die als zodanig los staan van de organisatie, inrichting of andere wijze waarop het beroepsonderwijs is geregeld en valt daarom niet onder het begrip doeltreffende aanpassing van de WGBH/CZ. Universiteit heeft de student echter wel discriminatoir bejegend op grond van zijn handicap door in de brief een specifieke selectie eindtermen op te nemen die gelet op de handicap van de student een probleem kunnen zijn.

2006-64

Grond: geslacht; handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte en/of geslacht bij niet toekennen bonus

Een vrouw stelt dat een bancaire instelling, onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte en/of geslacht heeft gemaakt bij de beslissing om haar geen bonus toe te kennen. De vrouw stelt dat de instelling de kosten van de aanpassing van haar werkplek en haar zwangerschap heeft gecompenseerd door haar geen bonus te geven. De instelling stelt dat de vrouw geen bonus heeft ontvangen omdat zij de twee voorafgaande jaren onvoldoende heeft gefunctioneerd. Uit beoordelingsrapporten blijkt dat de instelling reeds geruime tijd vóór het verzoek om aanpassing van de werkplek en de zwangerschap van de vrouw ontevreden was over haar functioneren. De vrouw heeft onvoldoende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat de instelling bij de beoordeling van haar functioneren en bij de beslissing om haar geen bonus toe te kennen onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte en/of zwangerschap heeft gemaakt.

2006-77

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Onderscheid op grond van chronische ziekte bij de afwijzing van een manische depressieve man voor de functie van reisleider.

Een reisorganisatie heeft een man afgewezen voor de functie van reisleider. De reisorganisatie heeft aan deze afwijzing mede ten grondslag gelegd dat de man medicijnen gebruikt in verband met manische depressiviteit. Hierdoor voldoet hij niet aan het vereiste van stressbestendigheid. De man heeft aangevoerd dat hij medicijnen gebruikt voor zijn chronische ziekte, waardoor hij geen gezondheidsproblemen heeft en stressbestendig is. De Commissie heeft overwogen dat op basis van door de organisatie overgelegde algemene informatie over de ziekte niet valt uit te sluiten dat de man wel geschikt is voor de functie. Het oordeel van de organisatie over de geschiktheid van de man berust op stereotyperingen die zeker niet gelden voor alle personen die manisch-depressief zijn. Het had daarom op de weg van de organisatie gelegen

om nader te onderzoeken of de man geschikt is of met een redelijke aanpassing geschikt zou zijn te maken voor de functie van reisleader. Door dit na te laten, heeft de organisatie in strijd gehandeld met de WGBH/CZ.

2006-81

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij het verrichten van doeltreffende aanpassingen in het beroepsonderwijs voor een student.

Een vrouw bij wie de diagnose manische depressiviteit is gesteld volgde bij een universiteit een studie diergeneeskunde. De vrouw was van mening dat de universiteit onvoldoende aanpassingen heeft verricht waardoor zij haar studie niet kon afmaken. Gebleken is dat de universiteit extra inspanningen heeft verricht voor de vrouw. De vrouw heeft verder niet aangegeven welke aanpassingen de universiteit nog meer had moeten treffen, zodat niet beoordeeld kan worden of de aanpassingen doeltreffend waren. De universiteit heeft daarom geen onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.

2006-90

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Dyslectische student. Geen onderscheid op grond van handicap bij ongeschiktheidverklaring en begeleiding stage.

Een student klaagt erover dat een hogeschool onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn dyslexie. Daartoe stelt hij dat de hogeschool onvoldoende aanpassingen heeft gemaakt en hem onvoldoende heeft ondersteund bij het vinden van een stageplaats.

De Commissie oordeelt dat de hogeschool, mede gelet op de studieresultaten van de student over een periode van twee jaar, de verrichte aanpassingen en de aantoonbare begeleiding van de student, in redelijkheid tot het standpunt heeft kunnen komen dat de student niet geschikt is voor de studie. De Commissie komt derhalve niet toe aan de vraag of de hogeschool adequaat heeft gereageerd op het verzoek om aanpassingen. Met betrekking tot de begeleiding van de stage is

de Commissie van oordeel dat de student onvoldoende feiten heeft kunnen aanvoeren die onderscheid op grond van zijn dyslexie kunnen doen vermoeden.

2006-95

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij toelating van een student tot een opleiding, in verband met het verrichten van doeltreffende aanpassingen of bij de bescherming tegen intimidatie.

Een man met een stoornis uit het autistisch spectrum volgde een opleiding bij een hogeschool. Gebleken is echter dat de man niet geschikt was voor de opleiding. Nu geen sprake was van geschiktheid, hoeft de vraag of de hogeschool doeltreffende aanpassingen heeft verricht voor de man, niet beantwoord te worden.

De man heeft geen feiten aangevoerd waaruit blijkt dat de hogeschool hem de toegang tot de opleiding ontzegd zou hebben of dat sprake zou zijn van pestgedrag van zijn medestudenten.

2006-118

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: direct onderscheid

Samenvatting:

Direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door verpleegkundige met bekkeninstabiliteit wegens te veel risico's af te wijzen voor een functie.

Verpleegkundige met bekkeninstabiliteit is in ziekenhuis werkzaam als oproepkracht. Zij heeft gesolliciteerd op een functie van verpleegkundige binnen het ziekenhuis als 'vaste kracht'. De verpleegkundige is niet aangenomen waarbij als reden werd gegeven dat de fysieke zwaarte van de functie in combinatie met haar bekkeninstabiliteit te risicovol zou zijn. Het ziekenhuis heeft echter verklaard haar vooral te hebben afgewezen vanwege haar beperkte inzetbaarheid. Ook wanneer de handicap of chronische ziekte mede een rol heeft gespeeld bij het besluit tot afwijzing, is er sprake van direct onderscheid. Het ziekenhuis ging er ten onrechte vanuit dat haar bekkeninstabiliteit zodanig was dat zij niet in staat zou moeten worden geacht haar functie zonder noemenswaardige risico's te vervullen.

2006-132

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: leveren van en toegang tot goederen en diensten
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Onderwijsinstelling maakt geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door geen doeltreffende aanpassing te verrichten noch bij de bejegening.

Studente met fysieke beperkingen wilde vakken laten vallen in de eerste periode van het eerste studiejaar, zij wilde tweedejaars trainersvakken volgen in het eerste studiejaar en vond dat de opleiding meer rekening moest houden met de combinatie arbeid en studie. Voorts klaagde zij over discriminatoire bejegening omdat de school geen gesprek voorafgaande aan de opleiding met haar wilde aangaan en haar slecht heeft geïnformeerd. Niet gebleken is dat de studente geen vakken kon laten vallen. De mogelijkheid om trainersvakken in het eerste studiejaar te volgen, valt niet onder doeltreffende aanpassing want is niet gericht op het wegnemen van belemmeringen voor deelname aan het beroepsonderwijs. Hoewel de school in dit geval wel een gesprek met de studente had moeten aangaan, is er geen sprake van onderscheid. Ook overigens zijn er geen feiten die onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte kunnen doen vermoeden.

Opmerking:
 Doeltreffende aanpassing moet belemmeringen in deelname aan beroepsonderwijs (of arbeid) wegnemen. Vergelijk CGB 6 april 2006, oordeel 2006-59 en 60.
 Aanbeveling om zowel medewerkers als studenten te informeren over de wijze waarop verzoeken om aanpassingen van studenten met een handicap of chronische ziekte moeten worden afgehandeld.

2006-137

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door sollicitant met auditieve beperking af te wijzen voor een functie.

Een ziekenhuis wijst een sollicitant met auditieve beperking af voor een functie omdat hij niet zou voldoen aan één van de wezenlijke functie-eisen, mondelinge communicatie. Door de wijze waarop

het ziekenhuis het sollicitatiegesprek heeft laten verlopen heeft het ziekenhuis de sollicitant echter geen goede gelegenheid geboden om aan te tonen dat hij wel geschikt is. Het ziekenhuis heeft voorts onvoldoende onderzocht of de geconstateerde beperkingen in mondelinge communicatie met gebruik van hulpmiddelen konden worden ondervangen. Daarom is er sprake van verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.

Opmerking:
 Oordeel past in oordelenlijn. Vergelijk CGB 17 maart 2005, oordeel 2005-44, CGB 10 januari 2006, oordeel 2006-3.

2006-150

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen strijd met wet, geen gelijke gevallen

Samenvatting:
WAO-er klaagt over het verrekenen van zijn pensioenuitkering (ingang 60 jaar) met zijn WAO-uitkering door de pensioenmaatschappij.

WAO-er vergelijkt zich, met betrekking tot pensioenuitkering, met pensioengerechtigden die doorwerken na ingang van de pensioengerechtigde leeftijd. Aangezien de WAO-uitkering de man in een wezenlijk andere rechtspositie plaatst, bepaalt de Commissie dat de man zich niet kan vergelijken met pensioengerechtigden die doorwerken.

2006-160

Grond: ras; handicap en/of chronische ziekte; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
IT-dienstverlener heeft jegens een man afkomstig uit Bosnië geen onderscheid gemaakt op grond van ras, handicap en leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden.

Een man afkomstig uit Bosnië, is in 1998 in dienst getreden van een internationale IT-dienstverlener. De man stelt jaren lang te laag te zijn beloond. Medewerkers van Nederlandse afkomst die dezelfde werkzaamheden hebben uitgevoerd ontvingen volgens de IT-dienstverlener een hogere beloning. Bovendien is de man van mening dat zijn beperkte gehoor en matige Nederlands door de IT-dienstverlener als belem-

mering werden gezien voor zijn ontwikkeling. Tevens hebben deze redenen volgens de man een rol gespeeld bij het voornemen hem in 2003 te ontslaan. De Commissie heeft haar functiewaarderingdeskundige een onderzoek laten uitvoeren. Tevens is er een quickscan uitgevoerd. Uit de onderzoeken blijkt niet dat de IT-dienstverlener jegens de man enig onderscheid heeft gemaakt. Daarnaast heeft de man geen feiten aangevoerd die kunnen duiden op onderscheid bij de overige arbeidsvoorwaarden en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2006-175

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Onvoldoende feiten die onderscheid doen vermoeden.

Een werknemer had klachten aan zijn knie. Na medisch onderzoek werd uiteindelijk vastgesteld dat hij artrose heeft. Werkgever en werknemer hadden regelmatig discussie over het aangepaste werk dat de werknemer moest doen en over de ziekmeldingen. Daarnaast ontving de werknemer een prestatiebeloning die de werkgever op enig moment verlaagde omdat, stelde de werkgever, hij meer verdiende dan zijn collega's voor hetzelfde werk. De Commissie oordeelt dat het verband tussen de chronische ziekte en de loonsverlaging ontbreekt, zodat er geen sprake is van een vermoeden van onderscheid.

2006-181

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Onderscheid op grond van handicap bij niet-treffen van doeltreffende aanpassing en bij de bejegening. Geen onderscheid bij beëindiging arbeidsverhouding en geen intimidatie.

Een vrouw klaagt erover dat haar werkgever haar vanwege haar doofheid discriminatoir heeft bejegend en tot ontslag is overgaan. Ook klaagt zij dat de werkgever geen doventolk heeft geregeld voor belangrijke gesprekken. De Commissie is van oordeel dat van de werkgever in redelijkheid kon worden verlangd een doventolk in te schakelen bij belangrijke gesprek-

ken met de vrouw. Door dit na te laten heeft de werkgever onderscheid op grond van handicap gemaakt. De Commissie oordeelt voorts dat de werkgever in de communicatie de vrouw vanwege haar handicap onheus heeft bejegend, maar dat geen sprake is van intimidatie. De werkgever heeft bij de voorgenomen beëindiging van de arbeidsverhouding geen onderscheid gemaakt naar handicap.

2006-190

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen strijd met wet, geen gelijke gevallen

Samenvatting:
Pensioenfonds handelt niet in strijd met het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte dan wel arbeidsduur door een substantieel bezwarende functie uitkering te korten met een flexibele pensioenuitkering.

Ambtenaar met gedeeltelijke WAO-uitkering vergelijkt zich, met betrekking tot zijn pensioenuitkering, met pensioengerechtigden die niet (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt zijn en niet worden gekort op hun flexibele pensioenuitkering. Aangezien de WAO-uitkering de man in een wezenlijk andere rechtspositie plaatst, bepaalt de Commissie dat de man zich niet kan vergelijken met pensioengerechtigden die niet (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt zijn.

Opmerking:
 Past in oordelenlijn (CGB 17 juli 2006, oordeel 2006-150). Wanneer sprake is van ongelijke gevallen kan geen beroep op de WGBH/CZ worden gedaan.

2006-195

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Gezondheidsproblemen na bedrijfsongeval. Arbeidsovereenkomst wordt niet verlengd. Verboden onderscheid.

Werkneemster heeft drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten van een jaar. Tijdens de derde arbeidsovereenkomst krijgt zij een bedrijfsongeval en meldt zij zich ziek. De werkgever biedt de werkneemster geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan, vanwege haar gezondheidsproble-

men en ziekteverzuim. De werkgever wijst erop dat hij geen vaste omzet heeft en niet alle tijdelijke krachten in dienst kan nemen. Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, omdat de werknemer nog geschikt moet worden geacht om haar werkzaamheden te verrichten en het in de lijn der verwachtingen lag dat zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou krijgen.

2006 -197

Grond: handicap of chronische ziekte

Terrein: arbeid

Dictum: onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door vrouw met een WAO-uitkering af te wijzen voor een functie.

Een ziekenhuis heeft een vrouw afgewezen voor de functie van oproepmedewerker huishoudelijke dienst. De vrouw heeft een WAO-uitkering vanwege haar handicap of chronische ziekte. Tussen partijen is in geschil of het ziekenhuis op het moment dat hij de vrouw afwees voor de functie wist dat de uitkering die zij ontving een WAO-uitkering betrof. De Commissie constateert dat niet is vast te stellen of het ziekenhuis ten tijde van de afwijzing van de handicap of chronische ziekte dan wel van de WAO-uitkering, op de hoogte was. Ervan uitgaande dat het ziekenhuis niet wist dat de vrouw een WAO-uitkering ontving, heeft het ziekenhuis welbewust het risico genomen iemand te treffen die vanwege een handicap of chronische ziekte een WAO-uitkering ontvangt, door de vrouw af te wijzen omdat zij een uitkering ontvangt. De Commissie oordeelt dat het ziekenhuis in dit geval het vermoeden niet heeft weerlegd. Derhalve is sprake van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

Opmerking:

Onbekendheid met een door de wetgeving gelijke behandeling beschermd persoonskenmerk brengt niet per definitie mee dat niet in strijd met de wetgeving gelijke behandeling is gehandeld (CGB 13 december 2005, oordeel 2005-234 en CGB 2 februari 2006, oordeel 2006-17).

2006-227

Grond: handicap of chronische ziekte

Terrein: arbeid

Dictum: niet ontvankelijk

Samenvatting:

Vrouw is niet ontvankelijk in haar verzoek, nu zij noch op grond van haar eigen handicap of chronische ziekte, noch anderszins als procespartij in de zin van artikel 12, tweede lid AWGB is benadeeld.

Een universitair medisch centrum heeft een studente afgewezen voor een stageplaats.

De studente heeft gesteld dat de (ongeneeslijke) ziekte van haar moeder (mede) een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Zij heeft derhalve niet geklaagd over ongelijke behandeling op grond van een eigen handicap of chronische ziekte maar op grond van de chronische ziekte van haar moeder. De Commissie beoordeelt of, en zo ja in welke situaties, de WGBH/CZ van toepassing is in geval van ongelijke behandeling op grond van een handicap of chronische ziekte van een derde.

De Commissie oordeelt dat in het onderhavige geval geen sprake is van een vermeende handicap of chronische ziekte. Ook gesteld, noch gebleken is dat de studente is afgewezen omdat het medisch centrum meent dat, nu de moeder van de vrouw ernstig ziek is, de dochter deze ziekte ook heeft of zal krijgen. Ook als het medisch centrum ervan zou zijn uitgegaan dat de vrouw ongeschikt is voor de functie op grond van een vermeende psychische gesteldheid vanwege de ziekte van haar moeder, is geen sprake een vermeende handicap of chronische ziekte. Een dergelijke psychische gesteldheid kan niet worden beschouwd als een vermeende handicap of chronische ziekte, alleen al omdat moet worden aangenomen dat daarvan slechts tijdelijk sprake zal zijn.

In het onderhavige geval is naar het oordeel van de Commissie geen sprake van onderscheid dat in feite ook op de derde, in casu de moeder van de vrouw, betrekking heeft. Van een 'mede-benadeling' op grond van handicap of chronische ziekte van een derde kan niet worden gesproken. Studente is niet ontvankelijk in haar verzoek.

Opmerking:

Kanker gaat vaak gepaard met langdurige beperkingen en kan worden gekwalificeerd als een chronische ziekte, los van de beperkingen en behandelingsmogelijkheden in het individuele geval. De gelijkebehandelingswetgeving biedt primair bescherming tegen onderscheid vanwege (al dan niet daadwerkelijk aanwezig) identiteitskenmerken van de betrokkene zelf. In bijzondere gevallen kunnen ook anderen de bescherming van de wet inroepen als zij nadeel ondervinden van onderscheid dat zijn oorsprong vindt in de

handicap of chronische ziekte van iemand anders. De WGBH/CZ beschermt niet alleen mensen met een handicap of chronische ziekte tegen onderscheid, maar biedt ook bescherming in geval van onderscheid vanwege een vermeende handicap of chronische ziekte.

Een verzoek waarbij een gesteld nadeel verband houdt met een door de wet beschermde grond, maar waarbij het noch gaat om een identiteitskenmerk van de verzoeker zelf, noch om een nadeel dat evenzeer door de ander, bij wie het beschermde identiteitskenmerk behoort, wordt geleden of zou kunnen worden geleden, valt buiten het bereik van de bescherming van de gelijkbehandelingswetgeving.

2006-228

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij sollicitatie van een vrouw.

Een vrouw heeft bij een notariskantoor gesolliciteerd naar de functie van receptionist/telefonist. Zij heeft spastische diplegie en maakt daarom gebruik van een rollator.

De Commissie oordeelt dat de vrouw, omdat ze tengevolge van haar handicap/chronische ziekte wezenlijke taken niet kan uitvoeren en er geen doeltreffende aanpassing mogelijk was waarmee de beperkingen konden worden weggenomen, ongeschikt is voor de functie.

De Commissie constateert dat niet is vast te stellen of het notariskantoor de vrouw daadwerkelijk heeft afgewezen. Echter, indien het notariskantoor de vrouw zou hebben afgewezen, zou dit gerechtvaardigd zijn geweest, nu zij ongeschikt was voor de functie.

2006-236

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij de beloning en de bejegening.

Regiomanager was bij een projectontwikkelaar werkzaam. Zij is in januari 2004 aan darmkanker geopereerd en heeft gedurende een periode van zes maanden een chemokuur ondergaan. De

regiomanager stelt dat zij voor arbeid van nagevoeg gelijke waarde lager is beloond dan haar collega's. Daarnaast stelt zij dat de projectontwikkelaar haar vanwege haar ziekte onheus heeft bejegend. De Commissie stelt vast dat er geen sprake is van ongelijke beloning. Voorts heeft de regiomanager geen feiten aangedragen die onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij de bejegening kunnen doen vermoeden.

Opmerking:

Aanbeveling om functioneringsgesprekken schriftelijk vast te leggen en ontwikkelingen binnen de organisatie voldoende kenbaar te maken aan betrokken medewerkers.

2006-237

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: verboden onderscheid; geen onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:

School maakt onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door zich onvoldoende in te spannen voor het vinden van een stageplaats voor een studente.

School maakt geen onderscheid bij de bejegening, maar handelt wel in strijd met de WGBH/CZ door de klachten van verzoeker niet zorgvuldig te onderzoeken.

Een vrouw heeft een opleiding gevolgd aan een onderwijsinstelling. In het kader van deze opleiding moest zij stage lopen. Als gevolg van rugklachten was de studente beperkt in de reisafstand naar een stageplaats. De opleiding heeft onvoldoende inspanningen verricht om haar bij te staan bij het vinden van een stageplaats binnen haar mogelijkheden, welke de opleiding gelet op de verplichting tot het maken van een doeltreffende aanpassing had moeten verrichten.

De vrouw heeft geen feiten aangedragen die onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij de bejegening kunnen doen vermoeden. Wel is vast komen te staan dat de onderwijsinstelling haar klachten, die zij had geformuleerd in een klachtbrief, niet zorgvuldig heeft onderzocht.

Opmerking:

De verplichting tot het verrichten van een doeltreffende aanpassing, houdt ook in dat, in dit geval, een onderwijsinstelling inspanningen dient te verrichten om studenten bij te staan bij het vinden van een passende stageplaats.

Aanbeveling om specifiek beleid te ontwikkelen voor studenten met een handicap of chronische ziekte en deze op genoegzaam wijze kenbaar te maken aan medewerkers en studenten.

2006-238

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Reïntegratiebureau maakt geen onderscheid bij de arbeidsbemiddeling.

Het reïntegratiebureau begeleidde een vrouw bij haar reïntegratie. In het kader van haar reïntegratietraject heeft zij een opleiding gevolgd. In het kader van deze opleiding moest zij stage lopen. Als gevolg van rugklachten was de vrouw beperkt in de reisafstand naar een stageplaats. Het reïntegratiebureau heeft voldoende inspanningen verricht om de vrouw bij te staan bij het vinden van een stageplaats binnen haar mogelijkheden. Ook is niet gebleken dat het reïntegratiebureau anderszins jegens de vrouw onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte heeft gemaakt bij de arbeidsbemiddeling.

2006-249

Grond: handicap of chronische ziekte; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond handicap of chronische ziekte en/of leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden en de arbeidsomstandigheden.

Een vrouw van 57 jaar is werkzaam als groepsleider. Nadat zij wegens arbeidsongeschiktheid was uitgevallen, is zij gestart met een reïntegratie bij een andere instelling, vallend onder hetzelfde bestuur. De vrouw is van mening dat de werkgever jegens haar verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte en/of leeftijd bij de arbeidsomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, waaronder de bejegening, de inroostering en de beloning. De Commissie is van oordeel dat de vrouw niet onder de beschermingsfeer valt van de WGBH/CZ aangezien zij geen chronische ziekte heeft als bedoeld in die wet en niet is gebleken dat de handelwijze van de werkgever is ingegeven door de veronderstelling dat de vrouw een chronische ziekte heeft. Haar klacht is dan ook ongegrond bevonden. Voor zover de vrouw een beroep heeft gedaan op de WGBL is de Commissie van oordeel dat zij onvoldoende feiten heeft aangevoerd om onderscheid te doen vermoeden en zo er van benadeling sprake zou zijn, van feiten dat haar leeftijd van

invloed is geweest op de gewraakte arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden.

Opmerking:
 De Commissie beveelt de werkgever aan om een klachtenregeling in te voeren.

2006-256

Grond: handicap of chronische ziekte; ras
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; ongegrond

Samenvatting:
Test nadelig voor blinde vrouw van Turkse afkomst. Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte en ras. Intersectie.

Blinde vrouw van Turkse afkomst klaagt er over dat haar werkgever haar heeft benadeeld bij het afnemen van een test, bij nakoming van afspraken en het doen van een werkaanbod. De Commissie stelt vast dat de vrouw is benadeeld doordat ze een mondelinge test heeft moeten doen in plaats van een test in braille. Het feit dat ze van Turkse afkomst is maakt het nadeel groter.

Opmerking:
 Eerste oordeel van de Commissie waarin intersectie een rol speelt bij de beoordeling.

Leeftijd

Mr. M.J.J. Dankbaar & mr. drs. M. Heemskerk

1 INLEIDING

De storm aan oordelen over leeftijdsonderscheid is – na het zeer drukke jaar 2005 (meer dan een derde van alle oordelen) – in 2006 nog niet gaan liggen. Van de 694 verzoeken om een oordeel die de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) in 2006 ontving, betroffen maar liefst 219 zaken leeftijdsonderscheid.¹ De afgelopen twee jaar – de WGBL is in 2004 in werking getreden – heeft de Commissie een fiks aantal piketpalen geslagen in de vorm van oordelen en adviezen. Eind 2005 verscheen bijvoorbeeld het advies over leeftijdsonderscheid in advertenties.² Vermeldenswaardig is ook het advies over leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche (waarin ‘oudere jongeren’ vaak werden vervangen door jongere werknemers), dat wij vorig jaar al kort bespraken.³ Een advies dat ook de nodige aandacht heeft getrokken en waar wij dit jaar dieper op ingaan, is het advies over seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid.⁴

Ondanks de uitgebrachte adviezen en de vele oordelen, vormt het aantal zaken over leeftijd in 2006 (ruim tachtig stuks) nog steeds zo’n 30% van het geheel. Leeftijd blijft daarmee veruit de in oordelenomvang grootste discriminatiegrond. Veel oordelen betreffen leeftijdsonderscheid tijdens werving en selectie. Een andere blikvanger zijn de oordelen over ouderenregelingen in een sociaal plan terwijl ook menige pensioenregeling werd voorgelegd aan de Commissie. Leeftijdsonderscheid is ook goed vertegenwoordigd in de lijst van meest gestelde vragen aan de CGB, die op de website staat (www.cgb.nl). Concrete voorbeelden uit die lijst zijn vragen over een leeftijdsgrens in een vacature, afschaffing van extra vakantiedagen voor oudere werknemers en het niet verlengen van het contract van een supermarktmewerker wegens de met de leeftijd stijgende loonkosten.

Bij de bespreking van oordelen en adviezen hebben wij ons – mede gezien de omvang – genoodzaakt gezien een (streng) selectie te maken. Daarbij hebben we ons laten leiden door de onzes inziens belangrijkste oordelen en thema’s. Om redenen van overzichtelijkheid hebben wij de oordelen en adviezen thematisch ondergebracht. Na een bespreking van leeftijdsonderscheid bij werving en selectie (onder meer in advertenties en bij sollicitaties) en leeftijdsonderscheid bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst (waaronder het niet verlengen van tijdelij-

1 Aldus de CGB in haar digitale nieuwsbrief van 30 januari 2007.

2 CGB/2005/06 inzake leeftijdsonderscheid in advertenties.

3 CGB/2006/02 inzake leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche, ”Te jong te oud”. M. Heemskerk & M.J.J. Dankbaar, ‘Leeftijd’, in: S. Burri (red.), *Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

4 CGB/2006/04 inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Voor de volledigheid wijzen wij ook op CGB/2006/1 inzake leeftijdsgrens vrijstelling sollicitatieplicht in de WW en CGB/2006/9 inzake leeftijdscriterium bij langer verblijf in buitenland van oudere WWB-ers.

ke contracten van supermarktpersoneel) komen de arbeidsvoorwaarden aan de orde. Dit jaar staan wij uitgebreid stil bij seniorenregelingen, ouderenregelingen in een sociaal plan en leeftijdsonderscheid in pensioenregelingen. Tevens stippen wij kort enkele oordelen aan over leeftijdsonderscheid in het beroepsonderwijs en het vrije beroep.

Een interessante ontwikkeling die wij hier slechts signaleren is de uitspraak van het HvJ EG inzake *Cadman*.⁵ Daarin oordeelde het Hof dat het op anciënniteit gebaseerde beloningssysteem geen verboden indirect onderscheid naar geslacht opleverde. Heel grof gezegd behoeft anciënniteit als middel voor het belonen van beroepservaring in beginsel geen specifieke rechtvaardiging.⁶ Dat is slechts anders als ernstig kan worden betwijfeld of anciënniteit daadwerkelijk hand in hand gaat met toegenomen beroepservaring. De redenering van het Hof is ook voor leeftijdsonderscheid interessant, omdat anciënniteit indirect leeftijdsonderscheid meebrengt. Anciënniteit is in tal van arbeidsvoorwaarden opgenomen, van beloningssystemen⁷ tot het bepalen van de ontslagvolgorde.

Aandacht verdient ook het arrest van de Hoge Raad inzake de weigering van de Staat een minimumloon voor 13- en 14-jarigen vast te stellen.⁸ Deze zaak speelt zich af tegen de achtergrond van het verbod op kinderarbeid ex artikel 3:2 van de Arbeidstijdenwet. Voor 13 en 14-jarigen geldt een uitzondering op dat verbod, op grond waarvan zij naar aard en duur beperkte werkzaamheden mogen verrichten. Voor 15-jarigen gelden vergelijkbare, maar minder vergaande beperkingen.⁹ Voor de laatste groep is wel een minimumloon vastgesteld, voor 13 en 14-jarigen niet. Anders dan de rechtbank¹⁰ en het hof¹¹ in Den Haag, is de Hoge Raad van oordeel dat die weigering geen verboden leeftijdsonderscheid inhoudt, en daarmee niet in strijd is met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) (de zaak dateert nog van voor de invoering van de WGBL). Het legitiem bevonden doel van het leeftijdsonderscheid – bescherming van 13- en 14-jarigen door te voorkomen dat arbeid voor hen een financieel aantrekkelijk alternatief vormt voor vorming en schoolbezoek – kon volgens het hof met andere middelen bereikt worden dan het niet vaststellen van een minimumloongrens. In de eerste plaats zou dat kunnen door voor die groep jongeren bepaalde werkzaamheden te verbieden. In de tweede plaats door voor hen een lager minimumjeugdloon vast te stellen dan dat voor 15-jarigen. Tegen het eerste argument bracht de Staat in dat dat geen reële optie was. Dat standpunt kon de Staat *in redelijkheid* innemen, aldus de Hoge Raad, gezien de voor die leeftijdsgroep door de ATW toegestane werkzaamheden en de bestaande bijbaantjespraktijk. Tegen het tweede alternatieve middel dat het hof had voorgesteld werd ingebracht dat de *beoordelingsvrijheid* van de Staat ruimte laat een keuze te maken in de wijze van bescherming van de betrokken groep jongeren. Die keuze bestaat uit het achterwege laten van de minimum-

5 HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05, *JAR* 2006, 267. Zie ook A.G. Veldman, 'Beloningssystemen gebaseerd op anciënniteit geen discriminatie', *SR* 2006-12, p. 364-366; L. van den Berg en A.F. Bungener, 'Anciënniteit en gelijke beloning tussen mannen en vrouwen', *Ondemenningsrecht* 2007-2, p. 70-72 en paragraaf 5.1 van de bijdrage 'Geslacht' van S.D. Burri en mr. E. Cremers-Hartman elders in deze bundel.

6 Dat is in lijn met HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Jur.* 1989, 3199 (*Danfoss*), maar wijkt af van HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. 1-297 (*Nimz*).

7 Zie: M.J.J. Dankbaar, 'Anciënniteit en beloning in CAO's', *SMA* 2004, p. 19-36.

8 HR 10 november 2006, *RvdW* 2006, 1057, *JAR* 2006/306; zie ook J.J.M. de Laat, 'Geen minimumloon voor 13- en 14-jarigen: de school gaat voor', *SR* 2007-1, p. 26-28.

9 Zie de overwegingen 3.2 en 3.3 van A-G Timmerman bij het arrest.

10 Rechtbank 's-Gravenhage 11 december 2002, *JAR* 2003, 10.

11 Hof 's-Gravenhage 24 maart 2005, *JAR* 2005, 98.

jeugdloonregeling. De Hoge Raad honoreert dit standpunt, en komt tot de conclusie dat er een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor het niet vaststellen van een minimumloon voor 13- en 14-jarigen.¹² De Hoge Raad gaat op die wijze vrij ‘los’ om met de noodzakelijkheidstoets. Opvallend zijn de inleidende opmerkingen in r.o. 3.3 van het arrest. De Hoge Raad stelt daarin – in navolging van A-G Timmerman – dat ‘niet uit het oog mag worden verloren dat het bij het maken van onderscheid naar leeftijd niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras of geslacht’. In hoeverre die vaststelling de toetsing heeft beïnvloed, blijkt niet expliciet uit het arrest. Met De Laat menen wij het arrest zo te mogen lezen dat de (mate van) beoordelingsvrijheid die de Staat wordt gegund met betrekking tot de wijze waarop 13- en 14-jarigen beschermd dienen te worden, met die vaststelling samenhangt. Dat zou betekenen dat de Hoge Raad voor leeftijdsonderscheid een lossere objectieve rechtvaardigingstoets aanlegt dan voor andere gelijke behandelingsgronden. Een afwijkende toets voor leeftijd achten wij verdedigbaar, gelet op het door ons eerder benadrukte, van andere discriminatiegronden verschillende, dynamische karakter van leeftijd.¹³ Hoe die afwijkende toets er precies uit ziet maakt de Hoge Raad met dit arrest echter (nog) niet duidelijk. Overigens blijkt evenmin duidelijk uit het arrest hoe de Hoge Raad oordeelt over de proportionaliteit van het middel. Zo blijft de vraag open of het achterwege laten van de bescherming die een minimumjeugdloonregeling biedt in voldoende mate opweegt tegen de poging voor deze groep jongeren de arbeidsmarkt ‘op slot’ te houden om zo schoolbezoek te bevorderen. Een antwoord op die vraag is niet overbodig, juist in het licht van de toegepaste ‘losse’ noodzakelijkheidstoets.

2 WERVING EN SELECTIE

2.1 *Inleiding*

Werving en selectie is opnieuw goed voor een groot deel van de leeftijdsoordelen van het afgelopen jaar. De twee CGB-adviezen ‘Leeftijdsonderscheid in advertenties’, uit 2005¹⁴ en ‘Te jong te oud’ uit 2006¹⁵ geven blijk van hun waarde: de daarin uitgezette lijnen bepalen herhaaldelijk het oordeel van de Commissie. Was het in 2005 nog zo dat vele niet-rechtstreekse verwijzingen¹⁶ naar leeftijd aan de CGB werden voorgelegd, in 2006 is dat aantal beperkt tot twee: werkervaring en ‘passen in een team’. Dat lijkt het praktische nut van de adviezen voor ‘het veld’ te illustreren. Arbeidsbemiddeling en de verhouding tussen opdrachtgever en bemiddelaar zijn onderwerpen die dit jaar in minder leeftijdsoordelen een rol spelen dan in 2005.¹⁷ Ook in dat verband heeft de praktijk wellicht lering getrokken uit de oordelen van 2005. In elk geval heeft de Commissie ‘met instemming’ kennis kunnen nemen van de door een bemiddelaar gehanteerde algemene voorwaarden, waarin

12 De Laat (zie noot 8) is – naar ons oordeel terecht – kritisch over de wijze waarop het Hof en de Hoge Raad de objectieve rechtvaardigingstoets uitvoeren.

13 Zie Heemskerk & Dankbaar 2006, p. 156-157.

14 CGB/2005/06.

15 CGB/2006/02.

16 Zie Heemskerk & Dankbaar 2006, p. 141-145.

17 Zie oordeel 2005-107 en: Heemskerk & Dankbaar, p. 138-140. Voor een voorbeeld uit de oordelen van 2006 zie oordeel 2006-1.

duidelijk wordt gemaakt aan opdrachtgevers dat de bemiddelaar zich aan de gelijkbehandelingswetgeving houdt.¹⁸

De vele oordelen onder het motto werving en selectie nopen tot beperking en een enigszins casuïstische behandeling. In het eerste deel van deze paragraaf komen de oordelen aan de orde waarbij het aanbieden van een vacature, de behandeling bij de vervulling daarvan (artikel 3, onderdeel a, WGBL) en de arbeidsbemiddeling (artikel 3, onderdeel b, WGBL) centraal staan. Daarna wordt enige aandacht besteed aan de voorwaarden die de WGBL stelt aan personeelsadvertenties (artikel 9 WGBL).

2.2 *www.werk.nl*

Opnieuw¹⁹ zijn de pennen in beweging gebracht door leeftijdsdiscriminatie op de website *www.werk.nl* van de CWI. Vragen van Tweede-Kamerleden De Wit en Bussemaker brachten de site herhaaldelijk onder aandacht van de minister van SZW.²⁰ De kernvraag is of de CWI verantwoordelijk is voor leeftijdsonderscheid in vacatures die door werkgevers op haar site worden geplaatst. De minister stelt onveranderd²¹ dat er hoogstens sprake is van een inspanningsverplichting van de CWI om de vacatures op de site vrij van leeftijdsdiscriminatie te houden. De Commissie huldigt het standpunt dat de CWI terzake juist een resultaatsverplichting heeft.²² Zo ook in oordeel 2006-21.²³ Op de CWI-site stond een vacature waarin werd gevraagd naar een 'jonge man van 18-26 jaar'.²⁴ Omdat de CWI verantwoordelijk is voor de site handelt zij – aldus de Commissie – in strijd met het verbod leeftijdsonderscheid te maken bij het aanbieden van een betrekking en arbeidsbemiddeling. Ook handelt de CWI in strijd met het gebod leeftijdsonderscheid in een vacature te motiveren. De inspanningen die zij zich getroost zou hebben om leeftijdsdiscriminatie te voorkomen – in technische zin is dat een (preventief) verbodenwoordenfilter – kunnen daar geen verandering in brengen. Die visie komt overeen met de oordelenlijn die de CGB in 2005 heeft uitgezet. Nieuw in dit oordeel is dat de CWI zich beroept op artikel 6:196c, vierde lid, Burgerlijk Wetboek (BW),²⁵ dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid regelt van een 'host'. Op grond daarvan – zo stelt de CWI – zou zij niet aansprakelijk zijn voor de inhoud van de vacature, omdat zij niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige informatie, dan wel deze informatie van de site verwijdert zodra zij daarvan kennis neemt. De Commissie stelt dat zij niet bevoegd is te oordelen over civielrechtelijke aansprakelijkheid, en doet daarmee het argument af. Naar de strekking komt ons dat juist voor, de verplichtingen uit hoofde van de WGBL verschillen naar hun aard immers van civielrechtelijke aansprakelijkheid. De Commissie kan desalniettemin wellicht – op basis van analogie – elementen uit de civielrechtelijke aansprakelijkheidsregeling voor de inhoud van websites als inspiratiebron gebruiken. Langs die weg is misschien de patstelling te doorbreken die zich tussen de minister en de CWI enerzijds,

18 Oordeel 2006-16.

19 Zie ondermeer oordeel 2005-33 en voorts Heemskerk & Dankbaar, p. 137-138.

20 *Kamerstukken II* 2005/06, Aanhangsel, p. 3025-3026 en *Kamerstukken II* 2006/07, Aanhangsel, p. 371-372.

21 *Kamerstukken II* 2003/04, Aanhangsel, p. 1807-1808.

22 Zie onder meer oordeel 2005-33.

23 De werkgever handelt in strijd met artikel 3 onder a en artikel 9 WGBL. Zie oordeel 2006-22. Zie ook de oordelen 2006-208 en 209.

24 Evenals in – onder meer – oordeel 2005-33 wijst de Commissie op het open normadressaat van artikel 3 WGBL, waarbij zij zich baseert op de MvT (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 19-20). Voor wat betreft de invulling van het begrip 'bemiddeling' wijst de Commissie voorts op de MvT bij de EG-implemteratiewet AWGB (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 11).

25 Het oordeel vermeldt abusievelijk artikel 6:169c BW.

en anderzijds de CGB heeft ontwikkeld. Het voert te ver daar thans op deze plaats op in te gaan. Wij merken nog op dat in geval van artikel 6:196c BW de mate van aansprakelijkheid mede wordt bepaald door de aard van de dienstverlening en de positie van de dienstverlener.²⁶ Aan de CWI kunnen in dat licht, gelet op haar rol, hoge eisen worden gesteld. Wij kunnen ons maar moeilijk voorstellen dat de verbodenwoordenfilter een afdoende, of het enig mogelijke technische middel is dat de CWI kan inzetten. Ook als haar verantwoordelijkheid beperkt zou zijn tot een inspanningsverplichting die in meer of mindere mate overeenstemt met die van 6:196c BW, lijkt het er daarom op dat de CWI zich niet kan vrijpleiten.

2.3 *Vragen naar leeftijd = vermoeden van onderscheid*

In de sollicitatieprocedure zijn het vraagrecht en de mededelingsplicht van de potentiële werkgever en de sollicitant ten gevolge van onder meer gelijkebehandelingswetgeving en privacybescherming aan beperkingen onderhevig.²⁷ In de casus van oordeel 2006-31 betekende de vraag naar de (niet in het CV vermelde) geboortedatum van een oudere, naar bleek 57-jarige, kandidaat voldoende grond voor de Commissie om een vermoeden van leeftijdsonderscheid aan te nemen in de zin van artikel 12 WGBL. Dat vermoeden kon overigens door de betrokken werkgever worden weerlegd door te wijzen op de leeftijden van de overige kandidaten voor de vacature en de leeftijd van de aangenomen kandidaat. De Commissie stelt wel uitdrukkelijk dat een vraag naar de geboortedatum van een kandidaat uitsluitend gerechtvaardigd kan zijn, indien de leeftijd relevant zou zijn voor de vervulling van de functie. Immers – zo overweegt de Commissie – de wetgever heeft met de instelling van de WGBL willen benadrukken dat de leeftijd van een kandidaat in beginsel niet relevant mag zijn bij de vraag of iemand al dan niet in aanmerking komt voor een functie. Onzes inziens is de leeftijd van een kandidaat voor een potentiële werkgever evenwel al snel relevant, bijvoorbeeld met het oog op arbeidsvoorwaarden als loonschalen en seniorenregelingen. De reden van de veelal argeloos gestelde vraag naar – en veelal in CV's al even argeloos aangeleverde informatie over – leeftijd heeft een werkgever dus expliciet aan te geven, al was het maar om het vermoeden van leeftijdsonderscheid voor te zijn. Dat laatste wordt geïllustreerd door oordeel 2006-34. De vraag van de werkgever naar de leeftijd van de sollicitante in verband met het recht op seniorenverlof is niet ongerechtvaardigd, maar droeg bij aan het vermoeden van leeftijdsonderscheid.

2.4 *Werkervaringseisen*

Met het stellen van werkervaringseisen kan (indirect) leeftijdsonderscheid worden gemaakt, aldus (de vaste oordelenlijn van) de Commissie. Zij baseert zich daarbij op de parlementaire behandeling van de WGBL.²⁸ Dat uitgangspunt wordt in de oordelen van 2006 herhaaldelijk onderstreept. De Commissie maakt verschil tussen minimumervaringseisen en maximumervaringseisen, waarvan in het eerste geval in de regel geen, in het tweede geval in beginsel wel onderscheid wordt aangenomen.

26 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 197, nr. 3, p. 49-50.

27 Zie I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 201-204.

28 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 17 en 34; oordeel 2005-240.

men.²⁹ Ook kan leeftijdsonderscheid worden gemaakt met de eis ‘geen of weinig werkervaring’.³⁰ Kandidaten die over meer ervaring beschikken dan geen of het maximum, worden als overgekwalificeerd afgewezen. Dat is zelden acceptabel, de uitzondering die deze regel bevestigt blijkt uit het hieronder te bespreken oordeel 2006-134. Ervaringseisen hoeven echter niet per se tot leeftijdsonderscheid leiden, zoals blijkt uit de volgende oordelen.

In de oordelen 2006-244 en 2006-245 werd van sollicitanten verwacht dat zij over *recente ervaring* beschikten. Die functie-eis houdt geen leeftijdsonderscheid in. Recente ervaring eisen treft – zo stelt de CGB in oordeel 2006-244 – niet ouderen in het bijzonder, omdat ook zij recente ervaring kunnen hebben. In oordeel 2006-245 stelde een onderwijsinstelling dat een docent over kennis en vaardigheden diende te beschikken met betrekking tot het *hedendaagse* onderwijs, vanwege de ontwikkelingen die het onderwijs de laatste jaren heeft gekend. Die kennis kon volgens de instelling aanwezig worden geacht bij een recente werkervaring in het onderwijs, maar ook door een recent gevolgde docentenopleiding. De onderwijservaring van de betrokken sollicitant – van 56 jaar – dateerde echter van 1980. De Commissie was van oordeel dat hij op die grond mocht worden afgewezen.

Een maximumervaringseis in oordeel 2006-1 leverde wel leeftijdsonderscheid op. Gevraagd werd om kandidaten met twee tot vier jaar of zes tot acht jaar relevante werkervaring. De betrokken 54-jarige sollicitant beschikte over meer ervaringsjaren en werd afgewezen. Om te bepalen of er bij een minimum en/of maximum aantal jaren werkervaring sprake is van indirect onderscheid naar leeftijd, is – aldus de CGB – van belang hoe groot de groep is die mogelijk wordt uitgesloten in de verhouding tot de groep die in aanmerking kan komen voor de functie. De maximumervaringsgrens betekent dat een grote groep wordt uitgesloten die over meer dan vier of acht jaar ervaring beschikt, en dat zullen met name oudere kandidaten zijn, die als regel meer werkervaring hebben opgedaan dan jongeren. Het leeftijdsonderscheid dat daaruit voortvloeit, is niet eenvoudig te rechtvaardigen: de CGB wenst niet op voorhand aan te nemen dat een te veel aan (relevante) werkervaring iemand minder geschikt of zelfs ongeschikt zou maken voor een functie.³¹ Hiërarchische overwegingen voldoen bijvoorbeeld niet, zo blijkt uit oordeel 2006-240. De werkgeefster vroeg naar medewerkers met ‘geen of weinig werkervaring’, de sollicitant beschikte over meer ervaring. De CGB distilleert uit het verweer het doel om de werkzaamheden van een junior manager te beperken tot uitvoerende taken. Dat is een legitiem doel, een werkgeefster kan immers zelf bepalen in welke functie welke taken dienen te worden verricht. Ook is het middel passend: een medewerker met weinig ervaring zal vermoedelijk minder vlug geneigd zijn zich in de strategie van de instelling te mengen, wat, als dat wel gebeurde, volgens de werkgeefster ongewenste intercollegiale frictie zou opleveren. Het middel strandt op de noodzakelijkheidstoets. Over het probleem van mogelijke frictie tussen werknemers in verschillende posities kunnen immers afspraken worden gemaakt.

Soms is een teveel aan ervaring wel een acceptabele afwijzingsgrond, zo blijkt uit oordeel 2006-134. Een 33-jarige sollicitant werd op die grond afgewezen voor een plaats in een traineepool van een gemeente. Juist voor het werven van kandidaten voor een *traineeplaats* kan in zijn algemeenheid te veel ervaring een goede grond zijn voor afwijzing van een kandidaat. Dat is volgens de Commissie het geval wanneer

29 CGB/2005/06, p. 8-9; zie ook oordeel 2006-191.

30 Oordeel 2006-240; zie ook oordeel 2006-134.

31 Oordeel 2006-1, overweging 5.14.

het doel³² van de functie is starters de kans te geven relevante ervaring op te doen, aldus de Commissie.³³ In deze zaak werden ‘jonge HBO-ers en academici’, gevraagd voor een aantal traineeplaatsen. De advertentie richtte zich voorts tot ‘nieuwe talenten’ die ‘in 2004 of 2005 waren afgestudeerd’. Het middel wordt akkoord bevonden. Het bij de *aanbieding* van de betrekking gemaakte leeftijdsonderscheid³⁴ acht de Commissie daarom objectief gerechtvaardigd. Dat geldt echter niet voor het leeftijdsonderscheid dat jegens de 33-jarige werd gemaakt bij de *behandeling* van zijn sollicitatie. Hoewel teveel (relevante) ervaring in verband met een traineeplaats dus een goede afwijzingsgrond kan vormen, is het middel volgens de Commissie in casu niet geschikt, nu de sollicitant slechts beperkte ervaring had opgedaan, en dat bovendien in andere sectoren dan de overheid. Zijn ervaring was daarom niet relevant voor de traineeplaats, zodat hij niet afgewezen had mogen worden.

De Commissie herhaalt in oordeel 2006-185 dat het doel om starters te interesseren op zichzelf legitiem is. Om dat te bereiken is het stellen van leeftijdsgrenzen (tussen 20 en 30 jaar) niet passend, te meer niet omdat de werkgeefster stelde onder starters ook herintreders en/of carrièreswitchers te verstaan. Ook zijn er alternatieve wervingwijzen denkbaar, zoals uitdrukkelijk vermelden dat het een startersfunctie betreft en het geven van een salarisindicatie. De afgewezen 54-jarige kandidaat beschikte bovendien slechts over drieënhalf jaar relevant geachte boekhouderservaring, zodat ook hij nog maar een starter was. De werkgeefster had nog aangevoerd dat de sollicitant niet vanwege zijn teveel aan ervaring was afgewezen, maar wegens een te hoge opleiding. Dat vond de CGB niet overtuigend, nu zijn vooropleidingen weliswaar van een hoger niveau waren dan gevraagd, maar niet gerelateerd aan de inhoud van de functie.

De relevantie van opleiding en ervaring in relatie tot de functie komt ook tot uitdrukking in oordeel 2006-191. De Commissie neemt geen leeftijdsonderscheid aan ondanks de uitdrukkelijke vermelding van ervaringseisen (maximaal tien jaar) in een aantal vacatures en de erkenning van de werkgeefster dat zij in verband met de leeftijdsopbouw van haar personeel vooral jongere kandidaten zocht. De stelling van de werkgeefster was dat de onmogelijkheid van herplaatsing van de betrokken werknemer in het kader van een reorganisatie, het gevolg was van zijn *specifieke* opleiding en ervaring en niet van leeftijdsonderscheid. De werkgeefster in kwestie wist – anders dan in het hiervoor besproken oordeel – de Commissie daarvan mede te overtuigen door aan te tonen dat zij ook oudere werknemers in dienst nam.³⁵

32 De gemeente had meer doelen aangevoerd: mobiliteitsbevordering (doel gerechtvaardigd, middel niet geschikt, omdat leeftijd en ervaring geen invloed hebben op mobiliteit) en in haar personeelsbestand een afspiegeling van de beroepsbevolking realiseren. Dat laatste zou *voorkeursbeleid* betekenen. Zie daarvoor verderop in deze bijdrage.

33 Zie ook oordeel 2006-185.

34 Dat houdt indirect leeftijdsonderscheid in, aldus de Commissie, waarvoor zij verwijst naar *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17. Zie ook: CGB/2005/06, p. 6-7.

35 De Commissie gaat in andere oordelen anders met dit argument om. Vergelijk oordeel 2006-31, overweging 3.9, oordeel 2006-134, overweging 3.31 en oordeel 2006-185, overweging 3.17. In het laatste geval werd het in dienst hebben van ouderen als ‘bewijs’ tegen vermeend leeftijdsonderscheid door de CGB terzijde geschoven met de vaststelling dat er bij de uitvoerende functies wel ouderen waren aangesteld, maar bij de administratieve krachten – binnen welke functiegroep de vacature bestond – juist niet.

Commentaar

Ervaringseisen en leeftijdsonderscheid *kunnen* hand in hand gaan, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de WGBL.³⁶ Dat is echter niet per se het geval. Ervaring *op zichzelf* is immers ook – ondanks het generaliserende karakter ervan – een geaccepteerde³⁷ functie-eis, gebaseerd op de veronderstelling dat ervaring een werknemer in zijn algemeenheid beter in staat stelt zijn werkzaamheden te verrichten.³⁸ De hiervoor weergegeven oordelen zijn door beide noties gekleurd. Recente ervaring eisen voor een functie blijkt het minst problematisch in het licht van deze oordelen.

Terecht is de CGB voorts van oordeel dat niet zonder meer valt aan te nemen dat een te veel aan relevante werkervaring iemand minder geschikt of zelfs ongeschikt zou maken voor een functie.³⁹ Bij de oordelen die dat nuanceren voor startersopleidingen hebben we weinig vraagtekens. Leeftijdsonderscheid op basis van teveel werkervaring kan objectief worden gerechtvaardigd voor traineefuncties, als het doel is starters ervaring op te laten doen. De oordelen die van dit principe uitgaan, 2006-134 en 2006-185, lijken op een onderdeel met elkaar strijdig. In beide gevallen wordt aangenomen dat leeftijdsonderscheid wordt gemaakt, in het eerste geval door ‘jonge HBO-ers en academici’ te werven, en in het tweede geval door een leeftijd tussen twintig en dertig jaar te vragen. In oordeel 2006-185 stelt de Commissie terecht dat er andere middelen mogelijk zijn dan leeftijdsgrenzen stellen om het doel te bereiken, zodat het middel niet passend is. In oordeel 2006-134 acht de Commissie het middel echter wel passend. Misschien is dat een ‘slip of the pen’. In overweging 3.20 van dat oordeel geeft de CGB aan, dat het werven van onervaren medewerkers het middel zou zijn. Het gebruikte middel is echter het gebruik van de term ‘jonge’.⁴⁰

De relevantie van de werkervaring betreft de Commissie ook bij de beoordeling, zo blijkt uit deze oordelen. De vraag dringt zich op welke ervaring relevant is voor welke functie. Hoe dient dat door wie bepaald te worden? Het is naar ons oordeel vooral de (potentiële) werkgever die over de relevantie van de ervaring van een kandidaat voor de functie oordeelt, en niet in de eerste plaats de CGB. Vast uitgangspunt⁴¹ van de Commissie is voorts dat zij de geschiktheid van een sollicitant voor een functie niet beoordeelt. Geschiktheid en (de aard van de) ervaring zijn soms echter sterk met elkaar verweven. In oordeel 2006-134 zit de Commissie (nog) aan de goede kant van de grens. Daarin wordt ervaring van de betrokkene als accountmanager niet relevant gevonden voor een functie als manager markstrategie, mede in het licht van het feit dat het om een geringe ervaring ging die bovendien in een andere sector was opgedaan. In het licht van de vacante functie is de sollicitant dus niet ervaren, en mag hij niet worden afgewezen. Het is niet moeilijk voorstelbaar dat de Commissie zich bij het beoordelen van de relevantie van ervaring op glad ijs begeeft.

36 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17.

37 Bij een expertmeeting die de CGB organiseerde in september 2005 gaven de meeste werkgevers aan vragen naar werkervaring niet als (indirect) leeftijdscriterium te zien. Zie: CGB/2005/06, p. 8.

38 Vergelijk: HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Jur.* 1989, 3199 (*Datfoss*) en HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05, *JAR* 2006 (*Cadman*).

39 Oordeel 2006-1, overweging 5.14.

40 Dat blijkt uit de overwegingen 3.6 en 3.9 van oordeel 2006-134.

41 Zie bijvoorbeeld oordeel 2006-134, overweging 3.25.

2.5 Samenstelling team

Het is de vaste oordelenlijn van de Commissie dat indirect leeftijdsonderscheid kan voortvloeien uit functie-eisen die verband houden met de personele samenstelling van een team of bedrijf. De context van de functie-eis of advertentietekst kan daarbij relevant zijn. Rechtvaardiging van dat leeftijdsonderscheid is voorts, naar het oordeel van de Commissie, slechts in een beperkt aantal gevallen denkbaar.⁴² Voor de rechtvaardiging kan niet – zo ligt voor de hand – worden volstaan met een niet nader onderbouwde stelling dat een andere kandidaat qua leeftijd, maar daarnaast⁴³ ook opleiding, ervaring en instelling beter in het team zou passen.⁴⁴ Ook een beroep op een meer evenwichtige leeftijdsopbouw acht de Commissie zonder nadere motivering te algemeen – want gebaseerd op vooroordelen – en wordt daarom niet geaccepteerd.⁴⁵ Het is op zich wel een gerechtvaardigd doel een kandidaat aan te willen stellen die binnen een jong team past. In oordeel 2006-80 werd de sollicitante (37 jaar) medegedeeld dat, omdat zij niet tussen 18 tot 25 jaar oud was, zij niet in het jonge team zou passen. Het hanteren van leeftijdsgrenzen als deze voldoet niet als middel. Het gaat uit van het vooroordeel dat iemand vanwege haar of zijn leeftijd niet in een team zou passen. Om het doel te bereiken ligt het meer voor de hand kandidaten te selecteren op grond van competenties en karakter, al is dat laatste wellicht lastig controleerbaar.

2.6 Voorkeursbeleid of continuïteit van de onderneming?

Voorkeursbeleid⁴⁶ op grond van leeftijd kan op basis van artikel 7 van de Europese kaderrichtlijn 2000/78/EG⁴⁷ worden toegestaan, maar de WGBL kent een dergelijke uitzondering op het verbod van leeftijdsonderscheid niet. De wetgever heeft daarin niet willen voorzien, omdat van een structurele achterstandspositie⁴⁸ van personen van een bepaalde leeftijdscategorie in Nederland geen sprake zou zijn.⁴⁹ Daaruit volgt volgens de Commissie in oordeel 2006-61 bovendien dat de rechtvaardigingstoets van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL niet bedoeld is of kan worden aangelegd voor voorkeursbeleid.⁵⁰

In oordeel 2006-61 toetste de Commissie het personeelsbeleid van een Amsterdamse instelling voor maatschappelijke dienstverlening. Dat beleid wilde een “optimaal gedifferentieerde personeelsbezetting” bereiken zodat het personeel een

42 CGB/2005/06, p. 9 en 17; Heemskerk & M.J.J. Dankbaar, 2006, p. 144-145.

43 Op grond van de vaste oordelenlijn van de Commissie (vergelijk oordeel 2006-136 en oordeel 2005-122) is niet alleen sprake van onderscheid op grond van leeftijd wanneer leeftijd de enige reden is geweest voor afwijzing, maar ook als leeftijd mede een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Dat leeftijd mogelijk geen doorslaggevend selectie criterium is geweest, doet daaraan niet af.

44 Oordeel 2006-224.

45 CGB/2005/06, p. 18.

46 Voorkeursbeleid laat zich omschrijven als maatregelen ten behoeve van een of enkele leden uit een bepaalde groep, die ertoe bijdragen dat de (aantoonbare en structurele) achterstand van die doelgroep in een bepaalde context of concrete situatie vermindert. Zie ook: I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 76 e.v.

47 EG-richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000, *PbEG*, L 303, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

48 Een structurele achterstandspositie is eerst aan de orde als die zich op meerdere terreinen van het maatschappelijk leven manifesteert en niet wordt veroorzaakt door tijdelijke omstandigheden. Zie: *Kamerstukken II 2001/02, 28 170*, nr. 5, p. 9 en 35.

49 *Kamerstukken II 2001/02, 28 170*, nr. 3, p. 8.

50 De Commissie herhaalt dat uitdrukkelijk in oordeel 2006-134, waar voor een traineepool een ‘evenwichtige mix van jong en oud’ werd nagestreefd.

afspiegeling zou vormen van de cliënten van verzoekster en de bevolking van Amsterdam. De instroom van mannelijke, allochtone, homoseksuele, allochtone, reïntegrerende en jongere werknemers zou daartoe vergroot moeten worden, door leden van die groepen bij gelijke geschiktheid voorrang te geven.⁵¹ De achterliggende gedachte van dit gelijkheidsstreven verdient lof, aldus de Commissie. Het leeftijdsonderscheid dat daarin ligt besloten is echter niet te rechtvaardigen: de WGBL staat – zoals hiervoor is uiteengezet – voorkeursbeleid niet toe, ook niet op grond van de algemene rechtvaardigingstoets van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL.

De instelling motiveerde het leeftijdsonderscheid⁵² dat ten gunste van jongere werknemers werd gemaakt ook met de stelling dat de continuïteit en het voortbestaan van de instelling daardoor gewaarborgd werd. Kon dat een objectieve rechtvaardiging zijn? Leeftijdsonderscheid maken bij werving en selectie kan – zo blijkt uit de wetsgeschiedenis – gerechtvaardigd worden door een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang, dat gelegen kan zijn in een evenwichtige leeftijdsopbouw van het personeel. De wetgever noemt daarbij als voorbeeld het geval dat de meerderheid van het personeel tegen de pensioengerechtigde leeftijd zit.⁵³ Het doel – de continuïteitswaarborg – is legitiem, het middel in casu echter niet passend. Bij gelijke geschiktheid van kandidaten voorrang geven aan de jongste, acht de Commissie te algemeen geformuleerd. In het licht van het – aldus de Commissie – algemeen bekende feit dat jonger personeel vaker, althans eerder, van baan wisselt dan oudere medewerkers, is het voorts nog maar de vraag of het beleid van de instelling dus het gewenste effect zou hebben.⁵⁴ De Commissie legt de drempel voor het continuïteitsargument relatief hoog, wat in overeenstemming lijkt met de bedoeling van de wetgever.

2.7 *Werkgelegenheidsbeleid*

Behoort het voeren van een voorkeursbeleid niet tot de door de wetgever opengelaten mogelijkheden, artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL biedt wel mogelijkheden, zij het van een geheel andere aard, om voor bepaalde leeftijdscategorieën (overheids)beleid te voeren om de toegang tot de arbeidsmarkt te vergroten. In de oordelen 2006-208 en 209 draait het om de vraag of die specifiek voor werkgelegenheids- en/of arbeidsmarktbeleid geschapen rechtvaardigingsgrond van toepassing was. Een bioscoopbedrijf en de CWI⁵⁵ maakten in deze twee oordelen leeftijdsonderscheid bij het aanbieden van, en bij het bemiddelen voor een vacature met een tekst die zich speciaal richtte tot werkloze jongeren onder de 23 jaar.

De uitzondering wegens werkgelegenheidsbeleid van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL is mede voortgekomen uit artikel 6 van de Europese richtlijn 2000/78/EG. Daarin is bepaald dat in een aantal omstandigheden een verschil in behandeling op grond van leeftijd gerechtvaardigd kan zijn, onder meer als sprake

51 Het beleid maakte (verboden) onderscheid op grond van geslacht en seksuele gerichtheid maar geen verboden onderscheid op grond van ras en handicap/chronische ziekte, de overwegingen van de Commissie dien-aangaande laten wij hier buiten beschouwing.

52 Het beleidsplan vermeldde onder het kopje 'leeftijd': "Indien er twee gelijkwaardige kandidaten zijn, wordt er voorrang gegeven aan de jongste. Dit beleid blijft gehandhaafd totdat de stichting ten aanzien van leeftijd een meer evenwichtige opbouw heeft."

53 *Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34 en 35.*

54 Zie ook: CGB/2005/06, p. 19, waarnaar de Commissie uitdrukkelijk verwijst.

55 Zie ook paragraaf 2.2 van deze bijdrage.

is van het creëren van bijzondere voorwaarden voor de toegang tot de arbeid, bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning van jongere en oudere werknemers. Zoals de Commissie onder meer vaststelde in haar advies 2006/02,⁵⁶ biedt de richtlijn daarmee de mogelijkheid om bijzondere voorwaarden voor de toegang tot arbeid te hanteren ter bevordering van de toegang tot de arbeidsmarkt. De wet stelt als eis dat het werkgelegenheidsbeleid een wettelijke basis heeft, alvorens deze specifieke rechtvaardigingsgrond van toepassing kan zijn.

De wettelijke basis die artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL als voorwaarde stelt, vindt de Commissie in de oordelen 2006-208 en 209 in de begrotingswetten van 2005 en 2006.⁵⁷ In de memorie van toelichting⁵⁸ bij de begrotingswetten wordt opgemerkt dat ter versterking van het algemene arbeidsmarktbeleid is besloten tot het treffen van maatregelen ter bestrijding van de jeugdwerkloosheid. Dat wordt uitgewerkt in het Plan van aanpak jeugdwerkloosheid.⁵⁹ Dat plan voorziet in de oprichting van de Taskforce jeugdwerkloosheid, die tot taak heeft in samenwerking met de CWI en het Ministerie van SZW een beleid te voeren, mede gericht op het realiseren van extra jeugdbanen en het voorkomen van langdurige werkloosheid onder jongeren. In dat kader worden onder andere werkgevers gestimuleerd om voor jongeren *extra* vacatures open te stellen, boven hun reguliere vacatureaanbod. Op grond van de enkele stelling van de CWI en de bioscoop dat de litigieuze vacature past in dat beleid, stelt de Commissie kortweg dat de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL, van toepassing is en het leeftijdonderscheid gerechtvaardigd.

Ook in oordeel 2006-226 vindt deze specifieke rechtvaardigingsgrond toepassing. Een 25-jarige sollicitante werd medegedeeld dat zij te oud was voor de functie van kassamedewerkster in een speelgoedwinkel. De werkgeefster in kwestie stelde dat niet leeftijdonderscheid aan deze mededeling ten grondslag had gelegen, maar dat de vacature specifiek aangeboden werd aan starters op de arbeidsmarkt. Daarover zou zij regelmatig overleg voeren met de CWI. De Commissie vat dat laatste op als een beroep op de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Op grond van dezelfde overwegingen als in de oordelen 208 en 209 concludeert de CGB dat het onderscheid objectief is gerechtvaardigd.

Commentaar

De wettelijke basis voor het werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid die wordt vereist voor het beroep op de rechtvaardigingsgrond, is een van de weinige drempels die artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL kent. Het artikel is (mede) geschreven met het oog op vele wettelijke regelingen die in dat kader leeftijdonderscheid maken. Als voorbeeld wordt vaak het op de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag gebaseerde Besluit minimumjeugdloonregelingen genoemd. Ook

56 CGB/2006/02, p. 12. De CGB verwijst in haar oordeel eveneens naar HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, NJ 2006/227 (*Mangold*).

57 Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (XV) voor het jaar 2005, *Stb.* 2005, 102 en Vaststelling van de begrotingsstaten van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (XV) voor het jaar 2006, *Stb.* 2006, 98.

58 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800, nr. 2, p. 38.

59 *Kamerstukken II* 2002/03, 23 972, nr. 60 en 64.

andere, daaronder begrepen toekomstige, regelingen kunnen onder de uitzondering vallen.⁶⁰ De Commissie maakte indertijd bezwaar tegen deze openeindregeling, omdat voor toekomstige regelgeving niet gegarandeerd kon worden dat er daadwerkelijk sprake zou zijn van arbeidsparticipatiebevordering van bepaalde leeftijdscategorieën.⁶¹ De regering stelde echter dat indien ten aanzien van toekomstige wetgeving niet kon worden vastgesteld dat daarmee de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën zou worden bevorderd, die wetgeving niet onder de uitzondering zou vallen.

De Commissie zag zich in de oordelen 2006-134 en 226 voor de vraag gesteld op welke wet het jeugdwerkloosheidsbeleid gegrond is. Zij komt uit bij de begrotingswetten voor het ministerie van SZW van 2005 en 2006. Die begrotingswetten vermelden echter niets over de bestrijding van jeugdwerkloosheid. Het probleem is dat, zelfs al zou dat wel het geval zijn, een begrotingswet geen wet is in materiële zin. Er worden daarin geen algemeen verbindende voorschriften gesteld. Begrotingswetten hebben uitsluitend interne werking, tussen de regering en de Staten-Generaal, met het oog op het budgetrecht. Middels de begrotingswet wordt de minister machtiging verleend om voor de in de begrotingsposten vermelde doeleinden uitgaven te doen.⁶² Daarmee is er nog geen wet waarop arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid gegrond is. De begrotingswet stelt uitsluitend vast dat de uitgaven voor dergelijk beleid mogen plaatsvinden. Wij hebben dan ook vraagtekens bij het oordeel van de Commissie dat de begrotingswetten kunnen voldoen als wettelijke basis voor het werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL.

Het is juist dat het in de oordelen 2006-134 en 226 genoemde onderdeel van de memorie van toelichting bij de begrotingswet voor SZW van 2005 ziet op de bevordering van arbeidsparticipatie van jongeren. Het verband tussen de memorie van toelichting en de uiteindelijke vacatures loopt via het Plan van aanpak jeugdwerkloosheid en (het beleid van) de Taskforce jeugdwerkloosheid. De memorie van toelichting bij de begrotingswet van 2005 is echter geen wet en kan dus evenmin de wettelijke basis vormen die artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL vereist. Over het Plan van aanpak jeugdwerkloosheid, wordt weliswaar met de Tweede Kamer gecorrespondeerd, maar is evenmin een wet.⁶³ In het licht van het bovenstaande komt het ons voor dat een geldig beroep de objectieve rechtvaardigingsgrond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL, niet eenvoudig te verdedigen is.

Voorts verbaast het dat uit de tekst van de onderhavige oordelen niet blijkt op welke wijze de vacatures feitelijk zouden samenhangen met en uitvloeisel zouden zijn van het jeugdwerkloosheidsbeleid. Enkel afgaan op de mededeling van een werkgeefster dat overleg werd gevoerd met de CWI – zoals in oordeel 2006-226 gebeurt – is te mager. Evenmin blijkt uit de motivering van de Commissie in de drie oordelen dat

60 *Kamerstukken II 2001/02,28 170, nr. 3, p. 25 en 26.*

61 CGB/2001/04, Commentaar van de Commissie gelijke behandeling inzake het voorstel voor een Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, p. 5.

62 J. Mulder, *Comptabiliteitsrecht van het rijk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 26-30. Zie ook: Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 663; Koopmans, *Compendium van het staatsrecht*, bewerkt door Th.L. Bellekom, A.W. Heringa, J. van der Velde & L.F.M. Verhey, Deventer: Kluwer 2002, p. 26-27.

63 Zie *Kamerstukken II 1994/95-2006/07, 23 972, nr. 1-90.*

en hoe vaststond dat het om *extra* vacatures ging, vacatures boven het reguliere aanbod, een voorwaarde die volgt uit het regeeringsbeleid terzake.

Het komt ons voor dat verwacht mag worden dat degene die een beroep wenst te doen op artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL stelt dat het leeftijdsonderscheid samenhangt met wettelijk arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid, en daarvoor afdoende bewijs aanvoert. Immers, het betreft hier een wettelijke objectieve rechtvaardiging, die, als een keer vaststaat dat er wettelijke arbeidsparticipatiebevorderende regeling aan ten grondslag ligt, niet verder gemotiveerd hoeft te worden.⁶⁴ Voor de Commissie past het dat zorgvuldig te toetsen en van die toetsing blijkt te geven. Hoezeer ook leeftijdsonderscheid in het kader van het jeugdwerkloosheidsbeleid te billijken valt, het lijkt erop dat de Commissie zich in deze oordelen te pragmatisch heeft opgesteld.

2.8 *Advertenties*

Wordt in een personeelsadvertentie leeftijdsonderscheid gemaakt, dan dient dat – aldus artikel 9 WGBL – uitdrukkelijk gemotiveerd te worden. Ratio is, dat bij het werven voor een functie duidelijk moet zijn waarom de aanbieder van mening is dat voor de vacature onderscheid naar leeftijd mag worden gemaakt. Zo wordt die reden kenbaar en toetsbaar, terwijl bovendien de aanbieder gedwongen wordt zich af te vragen of die reden geoorloofd is. Dat kan de beeldvorming over leeftijd beïnvloeden.⁶⁵ Overigens dient het in de advertentie gemaakte leeftijdsonderscheid ook objectief gerechtvaardigd te kunnen worden.

Dat onder ‘openlijke aanbieding’ (artikel 9 WGBL) ook de publicatie van vacatures op websites⁶⁶ begrepen dient te worden is de vaste oordelenlijn van de CGB.⁶⁷ Ook de mededeling op het whiteboard van een supermarktkantine dat vakantiewerkers tussen de vijftien en zestien jaar worden gezocht is een openbare aanbieding, aldus de CGB in oordeel 2006-52. Dat leidt de Commissie indirect af uit de memorie van toelichting bij artikel 9 WGBL, waarin wordt verwezen naar artikel 3 Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB).⁶⁸ Uit de wetsgeschiedenis van de WGB⁶⁹ blijkt dat allerhande vormen van interne werving onder openlijke werving begrepen dienen te worden, zodat de CGB dat ook voor artikel 9 WGBL aanneemt.

Zoals (ook) blijkt uit de oordelen van 2006 ontbreekt meer dan eens elke vorm van motivering bij in vacatures vermelde leeftijds grenzen. Het leidt ook tot strijd met artikel 9 WGBL als niet de werkelijke reden voor het leeftijds onderscheid is vermeld,⁷⁰ of indien de reden niet uitdrukkelijk is vermeld. Een werkgeefster die zocht

64 In principe, althans. Vergelijk HvJ EG 22 november 2005, *JAR* 2005, 289 (*Mangold*).

65 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 39 en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 170, C, p. 13. Zie ook CGB/2005/06, Utrecht: CGB 2005, p. 29.

66 In de oordelen 2006-21 en 22 is de (voortgezette) discussie aan de orde over de verantwoordelijkheid van de CWI voor advertenties op de website www.werk.nl, die oordelen komen elders in deze bundel aan de orde. Zie ook oordeel 2005-33.

67 CGB/2005/06, p. 29. De website van de CWI www.werk.nl bijvoorbeeld is in meer dan eens onderwerp van discussie geweest, we wijzen in het bijzonder op de oordelen 2005-33 en 2006-21. Zie ook Heemskerck & Dankbaar 2006, p. 137-138. In de oordelen van 2006 zijn er meerdere webgepubliceerde vacatures aan de orde geweest, bijvoorbeeld in 2006-201 de site www.monsterboard.nl.

68 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 39.

69 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 15-16.

70 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 40. Dat kan overigens ook een onrechtmatige daad opleveren.

naar een verkoper 'niet ouder dan 40 jaar', verdedigde zich door te stellen dat die eis per abuis was opgenomen, en dat het niet de bedoeling was oudere kandidaten uit te sluiten. Zij kon niet op genade rekenen. De intentie is niet van belang, omdat de term onderscheid in de gelijkebehandelingswetgeving neutraal is geformuleerd, aldus (de vaste oordelenlijn van) de CGB.⁷¹

De eisen die artikel 9 WGBL stelt leverden een probleem op voor de CWI en een bioscoopbedrijf in de al eerder aangehaalde oordelen 2006-208 en 209. De aanbidding van de functie geschiedde op de website van de CWI. Bij de vacature voor een filmoperateur/kelner in stond vermeld 'I.o.m. Min. SZW is dit een vacature voor <23!!'. De tekst bedoelde te verwijzen naar het beleid van het Ministerie van SZW ter bestrijding van de jeugdwerkloosheid, maar was door plaatsgebrek op de site beknopt gehouden. Omdat alleen werd vermeld dat de vacature in overleg met het ministerie van SZW werd aangeboden aan jongeren onder de 23, en dat met behulp van afkortingen en symbolen, kon de tekst niet als afdoende motivering voor het gemaakte onderscheid gelden.

Veelal wordt in de oordelen van 2006 waar strijd met artikel 9 WGBL wordt aangenomen, ronduit een gewenste leeftijd(sgroep) vermeld, zoals in oordeel 2006-21, waarin gevraagd werd om een 'jonge man van 18-26 jaar', of in oordeel 2006-139, waar gezocht werd naar een administratief medewerkster 'gewenste leeftijd 16-18 jaar'. Vanzelfsprekend dient bij indirect leeftijdsonderscheid eveneens een motivering daarvoor vermeld te worden. Een (ongemotiveerde) indirecte leeftijdsverwijzing volgde bijvoorbeeld uit 'jonge HBO-ers en academici' en 'nieuwe talenten' die 'in 2004 of 2005 waren afgestudeerd'.⁷² Zoals hiervoor ook al aan de orde kwam, is ook een maximumervaringseis een indirecte leeftijdsgrens, waardoor immers met name ouderen worden getroffen. De werkgeefster in oordeel 2006-191 stelde dat zij een maximumervaringseis had gesteld omdat het voor de vacatures gebruikte computerprogramma het invoeren van een maximum aantal ervaringsjaren nodig maakte. Dat verweer mocht niet baten: een werkgeefster heeft immers een eigen verantwoordelijkheid terzake.

3 AANGAAN EN BEËINDIGEN

3.1 Supermarkten

Vergeleken met 2005, stond in 2006 slechts in een beperkt aantal oordelen leeftijdsonderscheid bij het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding (artikel 3c WGBL) centraal. Wel zag in 2006 het al meer aangehaalde advies CGB 2006/02 het licht inzake leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche, door de Commissie uitgebracht op verzoek van de CNV-jongerenorganisatie.⁷³ Dat advies kwam – kort – aan de orde in 'Gelijke behandeling, oordelen en commentaar 2005'.⁷⁴ De mede aan het advies ten grondslag liggende oordelen kwamen in dezelfde uitgave aan de orde. In 2006 had slechts één oordeel nog betrekking op het aanstellingsbeleid jegens jongeren in de supermarktbranche.

De CGB beschouwt het besluit om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet

71 De Commissie verwijst naar de oordelen 2004-13 en 1999-16.

72 Oordeel 2006-134. Zie ook hiervoor.

73 CGB/2006/02.

74 Zie Heemskerk & Dankbaar 2006, p. 147-148.

te verlengen als een besluit geen arbeidsovereenkomst aan te gaan.⁷⁵ Het advies ziet op het niet-verlengen van arbeidsovereenkomsten van hulpkrachten met een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Vast is komen te staan dat jegens die groep werknemers een ander verlengingsbeleid wordt gevoerd dan jegens part-timers en full-timers, terwijl de hulpkrachten voornamelijk scholieren en studenten zijn, met een lage gemiddelde leeftijd.⁷⁶ Dit vormt grond om aan te nemen dat er sprake is van indirecte leeftijdsonderscheid. Afhankelijk van de omstandigheden kan een beroep worden gedaan op de specifieke rechtvaardigingsgrond wegens werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid (artikel 7, eerste lid, onder a, WGBL) dan wel op de algemene rechtvaardigingsgrond (artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL), zo blijkt uit het advies.

Flexibiliteit en loonkostenbeheersing, dat zijn de doelen die met het niet-verlengen van arbeidsovereenkomsten van hulpkrachten worden nagestreefd. Zo ook in oordeel 2006-27. Op een objectieve rechtvaardigingsgrond kon de betrokken supermarktexploitant echter geen succesvol beroep doen.⁷⁷ Het doel van een flexibel personeelsbestand is in het algemeen legitiem⁷⁸, maar er dient wel sprake te zijn van een werkelijke behoefte van de onderneming. Daarvan was geen sprake in deze zaak. De werkgeefster volstond met de algemene opmerking dat het bedrijfsbelang het flexibel inzetten van personeel vorderde, wat mede zou blijken uit de supermarktoorlog. Dat is volgens vaste oordelenlijn van de Commissie een te algemeen argument en kan geen rechtvaardiging opleveren.⁷⁹ Voorts is het kostenbeheersingsaspect op zichzelf onvoldoende om onderscheid objectief te rechtvaardigen.⁸⁰ Alleen een disproportionele kostenstijging kan daar eventueel verandering in brengen⁸¹, aldus de CGB. Dat was echter niet aangevoerd door deze werkgeefster.

Regelingen die de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën bevorderen, worden – op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL – geaccepteerd als objectieve rechtvaardiging van het gemaakte leeftijdsonderscheid.⁸² Het Besluit minimumjeugdloonregelingen is een voorbeeld waarin het gemaakte verschil in loon op grond van leeftijd, objectief gerechtvaardigd wordt geacht⁸³, omdat het doel van dat besluit immers de bevordering van de arbeidsparticipatie van een specifieke leeftijdsgroep (jongeren tot 23 jaar), is. De supermarkt stelde van de minimumjeugdloonregeling gebruik te maken, en deed daarmee een beroep op de specifieke objectieve rechtvaardigingsgrond. Dat mocht de supermarkt uiteindelijk niet baten. De verzoekster is negentien jaar, constateert de CGB. Zij behoort dus tot de doelgroep van wie men de arbeidsparticipatie tracht te verhogen met behulp van het Besluit minimumjeugdloonregelingen. Echter, met haar is juist geen (nieuwe) arbeidsovereenkomst aangegaan, dat sluit dan ook in het geheel niet aan bij de doelstelling van voornoemd Besluit.

75 Oordeel 2004-130 en CGB/2006/02, p. 12.

76 CGB/2006/02, p. 21.

77 De supermarkt voerde ook aan dat zij slechts gebruik maakte van de mogelijkheden die artikel 7:668a BW haar biedt (zie overweging 4.7 van het oordeel), een argument waar de CGB niet expliciet op in gaat.

78 Zie onder meer oordeel 2005-179.

79 Dat in overeenstemming met de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie, zie bijvoorbeeld HvJ EG, 13 juli 1989, 171/88 (*Rimmer-Kühn*).

80 Zie onder meer: HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92 (*Roks e.a.*), Jur. 1994, p. I-587-604, HR 24 april 1992, NJ 1992, 689 en oordeel 2002-165 en 2005-83. Zie ook: CGB/2006/02, p. 21-22.

81 CGB/2006/02, p. 22.

82 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 4, p. 20.

83 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 34.

Het kostenbeheersingsdoel werd voor de supermarktketen in oordeel 2006-86 wel legitiem bevonden, nu zij door middel van een met de bonden overeengekomen sociaal plan kon aantonen dat het in dienst houden van dure uitzendkrachten een disproportioneel beslag legde op haar middelen, wat het voortbestaan van het bedrijf in gevaar zou brengen. De beëindiging van de arbeidsverhouding met de uitzendkrachten – gezien hun gemiddelde leeftijd ouder dan de groep hulpkrachten die vervolgens voor dezelfde werkzaamheden werd aangesteld – was daarom gerechtvaardigd.

3.2 *Tachtigplus: gerechtvaardigde beëindiging?*

Volgens de vaste oordelenlijn van de CGB heeft het begrip ‘arbeidsverhouding’ in de gelijke behandelingswetgeving een ruimere betekenis dan het begrip ‘arbeids-overeenkomst’. Daaronder valt ook vrijwilligerswerk indien onder gezag arbeid wordt verricht.⁸⁴ Gelet op de geldende instructies voor een 82-jarige chauffeur was er in oordeel 2006-246 sprake van een gezagsverhouding. De opzegging van de vrijwilligersovereenkomst wegens het bereiken van de 80-jarige leeftijd betekende dan ook leeftijdsonderscheid. Kon een beroep worden gedaan op de specifieke objectieve rechtvaardigingsgrond wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (artikel 7, eerste lid, onderdeel b, WGBL), nu tussen de chauffeur en de vrijwilligersvereniging een leeftijdsgrens van tachtig jaar was overeengekomen? Nee, aldus de Commissie. De vereniging had de vrijwilliger nog twee jaar laten doorwerken, dus hem nog in staat geacht ledenvervoer te bieden en daarmee een individuele afwijking van de collectieve grens mogelijk geacht. Dat betekende rechtsverwerking. Een gemotiveerd beroep op de *algemene* rechtvaardigingsgrond van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL staat desalniettemin vrij, maar dat was achterwege gebleven.⁸⁵

4 ARBEIDSVOORWAARDEN

4.1 *Seniorenregelingen: de spanning tussen wenselijkheid en juridisch kader*

Vanaf de inwerkingtreding van de WGBL is de verhouding tussen seniorenregelingen en de WGBL moeizaam. De seniorenregelingen – extra verlof of vakantiedagen voor oudere werknemers, afbouw van arbeidsduur e.d. – zijn maatschappelijk aanvaard. Werknemers die te jong zijn om van de regeling te profiteren, hebben doorgaans geen moeite met de seniorenregelingen, niet in de laatste plaats omdat zij zelf bij het bereiken van die leeftijd gebruik hopen te maken van soortgelijke faciliteiten. Zo gezegd zijn seniorenregelingen een vorm van geaccepteerde solidariteit tussen jong en oud. De logische vraag is dan waarom een regeling waartegen (vrijwel) niemand bezwaar heeft, onder vuur ligt. Het antwoord is eenvoudig: de wet levert hier een praktisch bezwaar op. De gunstigere voorwaarden voor ouderen vereisen ingevolge de WGBL een objectieve rechtvaardiging. Sociale partners kunnen

84 Zie bijvoorbeeld de oordelen 2003-23 tot en met 35 en 2006-77.

85 Zie voorts onder meer: W.L. Roozendaal, ‘Plaats maken of bezet houden? Over rechtvaardiging van leeftijdsontslag’, *PP* 2005/4, p. 116-123.

niet bij CAO afwijken omdat de WGBL geen driekwartdwingend recht bevat.⁸⁶ De opmerking in oordeel 2006-179 dat de WGBL van driekwartdwingend recht zou zijn, moet gezien worden als een ‘slip of the pen’.⁸⁷ HvJ EG en CGB maken korte metten met het argument dat partijen zelf met het onderscheid instemmen – in casu met de seniorenregeling – omdat het in de CAO staat.⁸⁸ Het feit dat werkgevers en werknemers hun handtekening hebben gezet onder een discriminatoire bepaling, maakt de regeling niet acceptabel. Aanvaarde discriminatie is nog steeds discriminatie. Het komt dan aan op de objectieve rechtvaardiging voor de seniorenregeling en die is – mede gelet op de hieronder te bespreken eerdere oordelen – niet altijd eenvoudig.

Eerste oordelen en kritiek

De kloof tussen juridisch kader en de breed gedragen seniorendagen werd goed zichtbaar toen de Commissie in 2004 tweemaal oordeelde dat extra vakantiedagen voor oudere werknemers niet waren toegestaan.⁸⁹ Dat leidde tot de nodige onrust en de suggestie dat alle seniorenregelingen in strijd zouden zijn met de WGBL. Die gedachte werd versterkt doordat de Commissie in haar oordelen teruggreep naar onderzoek van TNO-arbeid (in opdracht van de Taskforce ouderen en arbeid), waarin werd geconcludeerd dat oudere werknemers niet per se minder belastbaar zijn.⁹⁰ Onderbouwing van een verminderde belastbaarheid van oudere werknemers en voorkoming van ziekteverzuim – de objectieve rechtvaardigingsgrond – was daarmee ver weg. Deze oordelen werden met de nodige scepsis ontvangen.⁹¹ Een meer kritische houding van de CGB jegens de rapportage van TNO Arbeid had niet misstaan. Zo werd bij de belastbaarheid geen rekening gehouden met het ‘healthy worker effect’: degenen die langer doorwerken op hogere leeftijd vormen een selecte groep.⁹² Vergelijking van jongeren met ouderen in de werknemerspopulatie is daarom niet zonder meer een juiste maatstaf voor de relatie tussen leeftijd en belastbaarheid omdat meer oudere werknemers het arbeidsproces (of de organisatie) zullen hebben verlaten. Bovendien betrof het in beide gevallen oordelen omtrent eigen handelen. Zonder oppositie van werknemerszijde was de weg naar afschaffing van seniorenregelingen voor een werkgever die het belang van de regeling niet kon (of niet wilde) aantonen relatief eenvoudig.

- 86 Er wordt in het arbeidsrecht gesproken van driekwartdwingend recht indien afwijking van de wet uitsluitend geldig is indien dat geschiedt bij (in de regel) CAO of bij een regeling door of namens een bevoegd bestuursorgaan.
- 87 Oordeel 2006-179, overweging 3.16: ‘Dit geldt te meer, nu het bij het verbod van onderscheid op grond van leeftijd gaat om zogenoemd driekwart dwingend recht (...)’.
- 88 Oordeel 2003-102; oordeel 2005-109 en oordeel 2006-117, overweging 3.4; HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, NJ 1993, 171 (*Nimz*).
- 89 Oordeel 2004-118, *JAR* 2004, 223 en Oordeel 2004-150.
- 90 A. Nauta, M.R. de Bruin & R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid van oudere medewerkers*, 2004, Hoofddorp, TNO Arbeid 2004.
- 91 M.S.A. Vegter, ‘Extra vakantiedagen voor oudere werknemers’, *SR* 2004-11, p. 379-380; A. Joosten, ‘Seniorendagen onder vuur!’, *AR* 2005, 54; M. Heemskerk, ‘Leeftijdscriminatie bedreigt arbeidsvoorwaarden’, *NJB* 2006, 8.
- 92 M. van den Bogaard, W. de Lange & W. van Poppel, *De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd*, Tilburg: februari 2005, p. 15.

Herbezinning en nader onderzoek

Een en ander vormde voor CGB aanleiding om in 2005 oordelen over seniorenregelingen aan te houden en de Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek (OSA) te vragen een instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies en de relatie tussen leeftijd en belasting op objectieve wijze kon worden gemeten.⁹³ Dat leidde tot een literatuurstudie naar de wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd.⁹⁴ De belangrijkste conclusie van dat literatuuronderzoek is dat het maken van leeftijds onderscheid in de arbeid – gegeven de belasting van werknemers en hun belastbaarheid – wenselijk is. De belastbaarheid vermindert met de jaren omdat de lichamelijke vermogens afnemen terwijl de herstelbehoefte toeneemt. Het maken van specifieke regelingen voor oudere werknemers is daarom wenselijk. In welke gevallen seniorenregelingen wenselijk zijn, kon niet in algemene zin worden beantwoord. Daarvoor waren de verschillen tussen functies, beroepen en sectoren maar ook de individuele verschillen te groot.

Als handreiking aan de praktijk heeft OSA in opdracht van de Commissie vervolgens een checklist ontwikkeld.⁹⁵ De checklist koppelt onderzoek naar leeftijd en belasting aan het stappenmodel van de objectieve rechtvaardigingstoets dat de Commissie hanteert. Maatregelen voor oudere werknemers kunnen zo eenvoudiger onderbouwd en goetst worden.

Het CGB advies

Na het literatuuronderzoek en de checklist werd eind maart 2006 het advies van de Commissie gepubliceerd. Daarin ging zij nader in op de betekenis van het onderzoek en de inbedding daarvan voor het beoordelingskader van de WGBL. De CGB beoordeelt de seniorenregelingen voortaan in de context van een breed leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Indien blijkt dat sociale partners hun regeling niet ten volle inhoudelijk hebben goetst, dan toetst de CGB de regeling niet in dat brede kader maar per onderdeel. Wanneer sociale partners van mening zijn dat bepaalde faciliteiten alleen of in sterkere mate voor oudere werknemers beschikbaar moeten zijn, dienen zij uitdrukkelijk te hebben stilgestaan bij:

- de mate van belasting door functies in kwestie;
- de mate van belastbaarheid van werknemers;
- de wijzen waarop de inzetbaarheid van oudere werknemers kan worden vergroot.

Een werkgever die seniorenregelingen of ouderenbeleid hanteert met als argument dat rekening wordt gehouden met de mogelijke afname van de belastbaarheid van oudere werknemers doet er verstandig aan deze aspecten langs te lopen. De checklist en het literatuuronderzoek geven enig houvast in welke gevallen (zoals functies of sectoren) er – volgens de Commissie – een objectieve rechtvaardiging is voor seniorenregelingen. Omdat de belastende factoren per individu, sector of functie

93 Oordelen 2005-66, 2005-69, 2005-110.

94 M. van den Bogaard, W. de Lange & W. van Poppel, *De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd*, Tilburg, februari 2005. Het rapport en de checklist zijn beiden te vinden op www.cgb.nl.

95 Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek, *Regelingen voor oudere werknemers, checklist voor de Commissie Gelijke Behandeling*, Tilburg: najaar 2005.

kunnen verschillen is in de rapportage een tabel opgenomen die voorziet in een lijst met functiekenmerken die aanleiding kunnen geven om specifieke maatregelen voor ouderen te treffen.

Rekening houden met de afnemende belastbaarheid van oudere werknemers zal doorgaans een legitiem doel zijn. Volgens het deskundigenadvies neemt de belastbaarheid af bij het ouder worden. De verouderingsverschijnselen worden merkbaar tussen de 40 en 50 jaar en nemen daarna toe, al zijn er als gezegd verschillen per sector, beroep, functie en individu. Bij de beoordeling van de werkelijke behoefte van organisaties (een legitimizeitsvereiste binnen de objectieve rechtvaardigings-toets) kent de Commissie weinig gewicht toe aan een verschil in ziekteverzuim tussen leeftijdsgroepen, vanwege het al genoemde healthy workers effect.⁹⁶ Daarmee komt de Commissie terug op de oordelen uit 2004 en het daaraan ten grondslag liggende TNO-onderzoek. De passendheid (leidt de seniorenregeling tot een betere belastbaarheid) en noodzakelijkheid van de maatregel is moeilijk aantoonbaar. Uit het verrichte onderzoek blijkt dat er nauwelijks effectmetingen zijn op dat punt. Volgens de Commissie zijn sociale partners echter bij uitstek in staat om af te wegen welke maatregelen adequaat zijn. Verder onderkent de Commissie dat er individueel grote verschillen zijn omdat de belastbaarheid bij de een groter is dan bij de ander. Tegelijkertijd merkt zij op dat het, uitgaand van de relatie tussen leeftijd en belastbaarheid, gerechtvaardigd kan zijn te werken met algemene maatregelen die gericht zijn op oudere werknemers. Zonder te vervallen in een sjabloonmatig onderscheid tussen zware en lichte functies zal bij werk met een grotere fysieke of mentale belasting eerder een rechtvaardiging voor het maken van onderscheid worden gevonden.

Commentaar

Het valt te prijzen dat de Commissie de onderbouwing van seniorenregelingen heeft laten onderzoeken. De seniorenregelingen (zoals arbeidsduurverkorting) dateren veelal uit de jaren '80 van de vorige eeuw en waren vaak ingegeven door de schaarste aan arbeidsplaatsen, met name onder jongeren.⁹⁷ Met het verstrijken van de tijd werden de seniorenregelingen als verworven recht beschouwd, waaraan men niet wilde tornen. De WGBL noopte tot een herbezinning van de leeftijdsgrenzen. De wet eist immers een goede reden voor het leeftijds onderscheid. Het in opdracht van de Commissie verrichte onderzoek kan bijdragen aan de beoordeling van de aanvaardbaarheid van die regelingen. Een gedegen onderzoek naar de legitimatie van seniorenregelingen ontbrak tot nog toe.

In het advies komt de Commissie tegemoet aan de kritiek op het hanteren van het rapport van TNO-arbeid, door rekening te houden met het healthy workers effect. Duidelijker is ook dat de legitieme doelstelling gevonden kan worden in het rekening houden met een afnemende belastbaarheid van oudere werknemers. De in het advies genoemde criteria en de checklist geven de praktijk een handreiking om de aanvaardbaarheid van seniorenregelingen te beoordelen en te onderbouwen. Daarin schuilt onzes inziens een belangrijke meerwaarde van het advies. Minder duidelijk is hoe uitvoerig of genuanceerd sociale partners moeten zijn om hun seniorenregelingen te rechtvaardigen. Niet ondenkbeeldig is dat sociale partners in hun toelichting op de CAO keurig aangeven dat zij met betrekking tot seniorenregelingen en

96 CGB-advies 2006/4, p. 6.

97 Vergelijk CGB-advies 2006/4, p. 7.

leeftijdsbewust personeelsbeleid hebben stilgestaan bij het advies.⁹⁸ Verwacht mag worden dat nadere nuanceringen en meer duidelijkheid in 2007 volgen als de seniorenregelingen nieuwe stijl voor de Commissie komen. Dan zal ook moeten blijken of de civiele rechter het model van de Commissie en OSA – en de daaruit blijvende genuanceerde toetsing – onderschrijft.

Is de brede toetsing op leeftijdsbewust personeelsbeleid toelaatbaar?

Een interessant punt in het advies is de brede beoordeling van het leeftijdsbewust personeelsbeleid in zijn totaliteit. Dat klinkt mooi, maar het roept ook vragen op over de vergelijking van het leeftijds onderscheid in seniorenregelingen en de rechtvaardiging daarvan. Welk onderscheid gaat de Commissie nu precies beoordelen en waarmee vergelijkt zij dat onderscheid? Zien wij het goed, dan vindt de brede beoordeling niet plaats bij de *vaststelling* van leeftijds onderscheid, maar gaat het om de toetsing van de objectieve rechtvaardiging. Voor het vaststellen van leeftijds onderscheid is elk afzonderlijk beloningsonderdeel van de seniorenregeling (zoals extra vakantiedagen of arbeidsduurverkortingen) bepalend. Elk afzonderlijk leeftijds onderscheid vereist een objectieve rechtvaardiging. Deze regel is afkomstig uit de HvJ EG jurisprudentie inzake onderscheid naar geslacht⁹⁹ en de Commissie verklaart die regel in oordeel 2006-123 van overeenkomstige toepassing op leeftijds onderscheid.

‘De toepassing van het beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd ten aanzien van elk onderdeel en niet slechts door de aan de werknemers toegekende voordelen in hun totaliteit te beoordelen.’ (HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. 1889, r.o. 34-35).

Hoewel in het genoemde arrest onderscheid naar geslacht in het geding was, geldt naar het oordeel van de Commissie ten aanzien van ongelijke beloning op grond van leeftijd eveneens dat verschillende beloningscomponenten afzonderlijk beoordeeld dienen te worden.¹⁰⁰

Hierboven merkten wij op dat wij de brede beoordeling van de Commissie zo interpreteerden, dat die beoordeling niet bij de *vaststelling* van leeftijds onderscheid plaatsvindt, maar bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging. Een andere lezing zou meebrengen dat het hiervoor aangehaalde oordeel niet zou stroken met het advies over de seniorenregeling. Immers, dan zouden (volgens het na het advies gewezen oordeel) de beloningsonderdelen – zoals de extra vakantiedagen – afzonderlijk moeten worden gerechtvaardigd, zonder rekening te (mogen) houden met het brede (flankerende) leeftijdsbewust personeelsbeleid.

Bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging voor dat leeftijds onderscheid mag gekeken worden naar het totale leeftijdsbewuste personeelsbeleid. De Commissie adstrueert de brede beoordeling aan de hand van het voorbeeld van de vakantiedagen: ‘Waar het toekennen van een beperkt aantal vakantiedagen wordt gemotiveerd met een beroep op het verminderen van de belasting en het verhogen van de belastbaarheid, zal de maatregel op zichzelf genomen moeilijk passend en/of noodzakelijk kunnen worden geacht. Indien deze maatregel onderdeel is van een

98 Vergelijk W.G.M. Plessen, ‘Ouderen op de bank; of aan de bak’, *SMA* 2006, 7/8, p. 289-290.

99 HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, *NJ* 1992, 436 (*Barber*), r.o. 35.

100 Oordeel 2006-123, overweging 3.8.

breder leeftijd- of leeftijdsfasebewust personeelsbeleid, dan is er minder snel aanleiding verboden leeftijdsonderscheid aan te nemen, omdat de maatregel dan niet langer op zichzelf staat maar onderdeel is van een aantal maatregelen die bij elkaar wél kunnen bijdragen aan het gestelde doel.¹⁰¹

Het beoordelen van de objectieve rechtvaardigingsgrond aan de hand van een pakket (leeftijdsgelateerde) maatregelen is niet gebruikelijk bij onderscheid naar geslacht. De reden voor afzonderlijke beoordeling is gelegen in doorzichtigheid die een doeltreffende controle van de gelijke behandeling – voorkomen en opheffen van discriminatie – door de rechter mogelijk maakt.¹⁰² Het vergelijken van meerdere beloningsonderdelen bemoeilijkt die controle. Volgens de Commissie bestaat voor de wijze van (brede) beoordeling ruimte, gelet op het bijzondere karakter van leeftijd. Het gaat immers niet om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht. Vanuit verschillende geraadpleegde organisaties werd gevraagd of de voorgestelde lijn zich verdraagt met de Europese regelgeving. De Commissie ziet ruimte voor toetsing in de brede context van het personeelsbeleid in de ruime beoordelingsvrijheid die richtlijn 2000/78¹⁰³ en WGBL de lidstaten laten:

‘Als een seniorenregeling tot stand komt (...) met aandacht voor de context waarin aan oudere werknemers bepaalde arbeidsvoorwaarden worden toegekend die jongere werknemers geheel of gedeeltelijk ontberen, ingekaderd in een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid – dan moet het ervoor worden gehouden dat ook naar Europees recht een toetsing in de context van dit brede beleid kan plaatsvinden.’¹⁰⁴

Die vrijheid om in een brede context te beoordelen leest de Commissie onder meer in artikel 6 van de Richtlijn, zo valt af te leiden uit het advies. Dat artikel is uitgewerkt in artikel 7 WGBL, dat de mogelijkheid om leeftijdsonderscheid te rechtvaardigen reguleert.¹⁰⁵ Ons is niet onmiddellijk duidelijk waarom dit een brede beoordeling mogelijk maakt. Daarnaast kent de Commissie betekenis toe aan het Mangold arrest van het HvJ EG.¹⁰⁶ Zien wij het goed, dan blijkt uit dat arrest niet een *brede* toetsing van leeftijdsonderscheid maar een *terughoudende* toetsing door het Hof omdat een lidstaat beleidsvrijheid heeft. Het ging daar bovendien om leeftijdsgrenzen in wetgeving, en niet om private afspraken tussen sociale partners.¹⁰⁷ Een beter argument om de beoordeling van seniorenregelingen in een leeftijdsbewust pakket te rechtvaardigen is het ook door de Commissie aangehaalde andere (dynamische) karakter van leeftijd. Waar geslacht een statisch karakter heeft – een man wordt geen vrouw¹⁰⁸ – geldt dat niet voor leeftijd. Zoals de Hoge Raad opmerkte: ‘Wie nu oud is, was eens jong’.¹⁰⁹ Een ondersteunend argument is de solidariteit van jong en oud. De aanvaarding van seniorenregelingen vanuit het per-

101 CGB/2006/04 inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid, Utrecht: CGB 2006, p. 8.

102 HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, NJ 1992, 436 (*Barber*), r.o. 33-34.

103 EG-richtlijn 2000/78, *PbEG* 2000, L 303/16.

104 CGB/2006/04, p. 10.

105 *Kamerstukken II* 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 7.

106 HvJ EG 22 november 2005, *JAR* 2005, 289 (*Mangold*).

107 De mogelijkheid om private afspraken terughoudend te toetsen volgt onzes inziens uit HvJ EG 31 mei 1995, C 400/93, *Jur.* I-1275, NJ 1996, 67; *JAR* 1995, 198; *TVVS* 1995/10, p. 287 (M.R.M.); *RN* 1995/5, 509, p. 4 (m.nt. M. Driessen) (*Royal Copenhagen*) r.o. 46.

108 Hierbij abstraherend van de medische mogelijkheden van de genderkliniek van de VU.

109 HR 8 oktober 2004, *PJ* 2004, 124; *JAR* 2004, 258 (*KLM*).

spectief dat jongeren daar te zijner tijd van kunnen profiteren, maakt het onderscheid tijdelijk en relatief. Er is geen sprake van permanente uitsluiting van de seniorenregeling, al dient daarbij te worden gezegd dat niet iedere jongere oud wordt of gebruik zal maken van dezelfde seniorenregeling. De seniorenregeling kan gewijzigd worden of de werknemer kan naar een andere werkgever overstappen met een andere (of geen) seniorenregeling. Ten slotte wijzen wij nog op de juridische ruimte die de HvJ EG-jurisprudentie biedt voor de rechter om rekening te houden met collectieve afspraken. Dat collectieve karakter *kan* aanleiding vormen om de seniorenregeling terughoudend te toetsen. Als gezegd is de collectieve afspraak geen zelfstandige rechtvaardigingsgrond, maar zij kan dienst doen als ondersteunend argument, zo blijkt uit het arrest Royal Copenhagen, waar het Hof overweegt dat:

‘ (...) de omstandigheid dat de bestanddelen van de beloning via collectieve onderhandelingen dan wel via onderhandelingen op plaatselijk vlak zijn bepaald, voor de nationale rechter een gegeven *kan* (cursivering auteurs) zijn waarmee hij rekening houdt bij de beoordeling van de vraag, of de verschillen in gemiddelde beloning tussen twee groepen werknemers al dan niet het gevolg zijn van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.’¹¹⁰

CGB en rechter zijn evenwel niet gehouden de collectieve afspraken marginaal te toetsen, zo blijkt uit het woord ‘kan’. Sociale partners kunnen de terughoudende toets niet afdwingen, dat bepaalt uiteindelijk de rechter.¹¹¹ Voornoemde argumenten samen – het karakter van leeftijd, de solidariteit en collectieve afspraken – kunnen een reden vormen om voor leeftijdsonderscheid een andere lijn te kiezen dan voor onderscheid naar geslacht en beoordeling van verschillende beloningsonderdelen in de vorm van leeftijdsbewust personeelsbeleid toe te staan. Wij achten deze lijn verdedigbaar, al moet de rechter (en uiteindelijk het HvJ EG) nog overtuigd worden. Wij proeven tussen de regels door – zonder dat hard te kunnen maken – dat de Commissie sociale partners enige ruimte wil bieden (bijvoorbeeld door op te merken dat sociale partners bij uitstek in staat om af te wegen welke maatregelen adequaat zijn) om de positieve vruchten van seniorenregelingen voor oudere werknemers te behouden. De Commissie zal klare wijn moeten schenken of en op welke gronden pakketvergelijking bij leeftijdsonderscheid is toegestaan. De aanknopingspunten in het advies en de oordelenlijn zijn (nog) onvoldoende uitgewerkt. Zij geven de (rechts)praktijk geen werkelijk inzicht in wanneer seniorenregelingen – en hun verschillende beloningsonderdelen – zijn toegestaan.

4.2 Ouderenregelingen in een sociaal plan

Veel sociale plannen kennen ouderenregelingen, waarin bij reorganisaties voor boventallige ouderen – anders dan voor jongeren – een specifieke vertrekregeling of vergoeding geldt. Sinds de inwerkingtreding van de WGBL staan ouderenregelingen ter discussie.¹¹² Een ouderenregeling voorziet veelal in aanvulling op de sociale zekerheid (WW), voortzetting van de pensioenopbouw en/of de ziektekos-

110 HvJ EG 31 mei 1995, C 400/93, *Jur.* I-1275, *NJ* 1996, 67; *JAR* 1995,198 (*Royal Copenhagen*) r.o. 46.

111 Vergelijk oordeel 2006-222.

112 Enige literatuur daarover: E.L.J. Bruyninx & C.S. Kehrer-Bot, ‘Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij toepassing sociaal plan’, *AR* 2006, 42; K. van Kranenburg-Hanspians, ‘Leeftijdscdiscriminatie en ontslagrecht’, *AR* 2005, 61.

tenverzekering om inkomenszekerheid te geven. De crux bij ouderenregelingen zit hem erin dat meting in termen van geld vaak nadelig uitpakt voor oudere werknemers. Oudere werkgevers klagen er over dat zij een veel lagere uitkering ontvangen dan hun jongere collega's. Dat leidt tot scheve gezichten bij oudere werknemers, die net als hun jongere collega's de volle mep volgens de kantonrechttersformule willen. In totaal zijn er zeven sociale plannen aan de Commissie voorgelegd.¹¹³ Het leeftijdsonderscheid werd in vier gevallen objectief gerechtvaardigd geacht.¹¹⁴

Discriminatoire ouderenregelingen

Vorig jaar bespraken wij een zaak waarin de Commissie een ouderenregeling in een sociaal plan in strijd met de WGBL oordeelde.¹¹⁵ Dezelfde zaak belandde dit jaar voor de kantonrechter in een kennelijk onredelijke ontslagprocedure (artikel 7:681 BW). De ouderenregeling bestond kort gezegd uit een suppletierегeling tot het zestigste jaar van 75% van het laatstverdiende brutoloon, voortzetting van (pre)pensioenopbouw en deelname aan de ziektekostenverzekering. Werknemers tot 55 jaar kregen een ontslagvergoeding gebaseerd op de kantonrechttersformule met factor C = 1,75. Een werknemer meende dat dit verboden leeftijdsonderscheid vormde. Bij de Commissie voerde de werkgever als objectieve rechtvaardiging aan de bescherming van de inkomenspositie van de oudere werknemer, mede gelet op zijn arbeidsmarktpositie. De Commissie vond dat een legitiem doel, dat normaliter passend was. Het middel was in het specifieke geval van deze werknemer echter niet passend, omdat de werkgever onbetwist geen enkele poging had ondernomen om de werknemer aan het werk te houden. Daarnaast was het middel niet noodzakelijk nu de oudere werknemer als alternatief de keus kon worden geboden tussen de ouderenregeling of de reguliere vertrekregeling, aldus de CGB.

Met het oordeel van de Commissie in de hand stapte de werknemer vervolgens naar de kantonrechter en voerde hij aan dat zijn ontslag kennelijk onredelijk was. De kantonrechter onderschrijft het oordeel van CGB 'slechts zeer ten dele'.¹¹⁶ Curieus is de volgende constatering: 'De uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling gaat er eveneens vanuit dat de ouderenregeling geen verboden onderscheid op leeftijd oplevert.' Dat is een regelrechte misser, omdat de Commissie wél verboden onderscheid vaststelde. Ten aanzien van de passendheid komt de kantonrechter op basis van zijn processtukken tot een andere conclusie dan de Commissie. Hij meent dat de werkgever voldoende pogingen heeft ondernomen om met de werknemer in gesprek te komen en hem weer aan het werk te krijgen. Dat is een feitelijk oordeel. Niettemin is de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk omdat de werkgever ten onrechte geen outplacementtraject heeft aangeboden. De werknemer krijgt daarop een vergoeding toegekend.

Wat er ook zij van de feitelijke beoordeling – de kantonrechter kan op goede gronden van mening zijn dat de ouderenregeling niet strijdig is met de WGBL – de kan-

113 Oordelen 2005-128 t/m 130; oordelen 2006-37 t/m 40 en 45/46; oordelen 2006-103 t/m 105; oordeel 2006-117; oordelen 2006-172 t/m 174; oordeel 2006-179; oordeel 2006-210. Vaak ging het om gevoegde oordelen tegen de OR of vakorganisatie of om meerdere personen die hetzelfde sociaal plan aan de Commissie voorlegden.

114 Oordeel 2006-103; oordeel 2006-117; oordeel 2006-179 en oordeel 2006-210.

115 Oordelen 2005-128, 129 en 130.

116 Ktr. Amsterdam 18 april 2006 (nog niet gepubliceerd). Volledigheidshalve vermelden wij dat een kantoorgeenoot van een van de auteurs (M. Heemskerk) als raadsman van werkgever is opgetreden in deze zaak.

tonrechter slaat de plank mis waar hij zonder motivering voorbijgaat aan de (noodzakelijkheids)toets van de WGBL.¹¹⁷

Saillant detail is dat de Commissie in oordeel 2006-172 haar eerdere oordeel (2005-128) bevestigt.¹¹⁸ Zij overweegt dat het sociaal plan in belangrijke mate overeenkomt met het sociaal plan uit oordeel 2005-128. Vervolgens stelt zij dat inkomensbescherming van oudere werknemers op grond van hun slechte arbeidsmarktpositie weliswaar legitiem en passend is, maar niet noodzakelijk: ‘Het is niet aan verweerster, maar aan de oudere werknemer zelf om te beoordelen of hij behoefte heeft aan de bescherming die het sociaal plan hem als 57,5-jarige beoogt te bieden.’

Polaroid

In oordeel 2006-37 gaat het om het sociaal plan van Polaroid dat onderscheid maakt tussen werknemers van 58 jaar en ouder en werknemers jonger dan 58 jaar.¹¹⁹ Werknemers onder de 58 krijgen twee jaar lang outplacementbegeleiding. Mocht dat niet leiden tot ander werk, dan start Polaroid een ontbindingsprocedure zodat het einde van de arbeidsovereenkomst samenvalt met het einde van de outplacementperiode. De werknemer ontvangt een vergoeding op basis van $C = 0,8$ onder aftrek van de maandinkomens in de outplacementperiode. De arbeidsovereenkomst van oudere werknemers wordt meteen beëindigd met aanvulling op WW-uitkering en voortzetting van de pensioenopbouw. Een aantal oudere werknemers stelt dat de ouderenregeling voor boventallige werknemers van 58 jaar en ouder in strijd is met de WGBL en ageren tegen werkgever, vakbond en OR.

De Commissie acht het doel van Polaroid om de inkomenspositie van oudere werknemers te beschermen legitiem. In de regeling voor werknemers van 58 jaar en ouder is echter niet primair aangesloten bij de arbeidsmarktpositie van de werknemers – de werknemers hebben al vanaf hun vijftigste een slechte arbeidsmarktpositie, zo gaven de werkgever en de vakbonden ook aan – maar bij de duur van de WW-uitkering. Daarom kan het doel van de regeling, te weten het bieden van een inkomensgarantie aan werknemers met een slechte arbeidsmarktpositie, niet worden bereikt. Het onderscheid is dan ook niet objectief gerechtvaardigd en in strijd met de WGBL. Ten overvloede oordeelt de Commissie dat het middel ook niet noodzakelijk is. Een beroep op kostenoverwegingen kan slechts in uitzonderingsgevallen leiden tot een objectieve rechtvaardiging. Polaroid heeft onvoldoende gemotiveerd waarom een andere regeling binnen het beschikbare budget, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt, niet mogelijk is. Ook hier ging de werknemer met het oordeel in de hand naar de kantonrechter om aanspraak te maken op de ‘gunstigere’ regeling voor jongeren.

De kantonrechter te Enschede bevestigt het oordeel van de Commissie, dat het sociaal plan een verboden onderscheid naar leeftijd maakt.¹²⁰ De door de werkgever aangevoerde argumenten, te weten dat al ten aanzien van een groot aantal werknemers uitvoering is gegeven aan het sociaal plan en dat er niet voldoende financiële middelen voorhanden zijn om het plan (alsnog) anders in te richten, kunnen

117 Over de verhouding tussen oordeel en uitspraak van de rechter, zie de conclusie van A-G bij HR 5 januari 2007, LJN AY 8871, overweging 2.19. Zie voorts de bijdrage van K. Wentholt, ‘De door- en wisselwerking van CGB-oordelen in c.q. met rechterlijke uitspraken’, elders in deze uitgave.

118 Oordeel 2006-172. Vergelijk ook oordeel 2006-173, dat gericht was tegen de vakorganisatie.

119 Oordeel 2006-79, *JAR* 2006, 85

120 Kantonrechter Enschede 9 juni 2006, *JAR* 2006, 161 (*Polaroid*).

niet meebrengen dat het plan moet worden toegepast. Het sociaal plan moet ook daarom buiten toepassing worden gelaten, omdat bij de 58+-regeling op geen enkele wijze rekening wordt gehouden met de duur van het dienstverband, hetgeen in het algemeen een voorwaarde is om de redelijkheidstoets te kunnen doorstaan, aldus nog steeds de kantonrechter. Aan de werknemer komt een vergoeding toe op basis van de kantonrechtersformule, waarbij de kantonrechter aansluit bij factor $C = 0,8$, nu die factor ook wordt gehanteerd ten aanzien van de 58-minners. Die vergoeding (€ 233.500,-) zou echter hoger uitvallen dan de totaal door de werknemer te lijden inkomensschade tot aan zijn pensioenleeftijd. Daarom stelt de kantonrechter, conform het bepaalde in punt 3.5 van de Aanbevelingen,¹²¹ de vergoeding op € 190.000,-.

Geoorloofde ouderenregelingen

Een aantal ouderenregelingen werd door de Commissie 'goedgekeurd'. In oordeel 2006-117 bevat het sociaal plan voor werknemers die langer in dienst zijn (vaak oudere werknemers) een langere periode tussen boventalligverklaring en aanvang van de ontslagprocedure. Daardoor eindigt de arbeidsovereenkomst ook later. Daarnaast is de ontslagvergoeding afhankelijk van een combinatie van leeftijd en diensttijd. De Commissie overweegt, met verwijzing naar kamerstukken en CPB-documentatie, dat in de praktijk een groot gedeelte van de werknemers meer moeite heeft een andere baan te vinden naarmate zij ouder worden.¹²² Daarom is het doel om oudere werknemers meer tijd te gunnen voor het zoeken van een nieuwe baan, langer bescherming te bieden tegen werkloosheid en trouwe dienst te belonen, vrij van discriminatie. Voor de organisatie van verweerster gold, op basis van een – onweersproken – brief van de manager mobiliteitsshop dat werknemers geboren voor 1956 bijna driemaal zo lang nodig hadden om een baan te vinden. Het onderscheid bij de berekening van de hoogte van de uitkering is op basis van dezelfde overwegingen gerechtvaardigd.

In een andere zaak (oordeel 2006-179) ging het om de vertrekregeling bij onvrijwillige werkloosheid in het sociaal plan van een onderneming uit Friesland. Werknemers jonger dan 55 jaar kregen een ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule. De seniorenregeling voor 55-plussers bestond uit aanvulling op de Werkloosheidswet (WW) en de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW) tot 82,5% van het maandinkomen tot aan de prepensioendatum van 62 jaar. Daarnaast werd onder meer de (pre)pensioenopbouw voortgezet, evenals de ziektekostenverzekering en ontving de senior een eenmalige uitkering. Een 55-plusser achtte de seniorenregeling ongunstiger dan de vertrekregeling voor jongeren. Hij stelde met het geld uit de vertrekregeling een flinke inkomensverzekering te kunnen inkopen. De werkgever voerde als objectieve rechtvaardiging aan dat de nadruk bij jongere werknemers op werkbemiddeling lag en bij oudere werknemers op inkomenszekerheid, in verband met hun slechte arbeidsmarktpositie, zeker nu de werkloosheid in Friesland twee tot drie maal zo hoog was als het landelijk gemiddelde. De Commissie merkt op dat dit

121 De aanbeveling maakt deel uit van de door de Kring van kantonrechters in 1996 vastgestelde en sindsdien herhaalde gewijzigde aanbevelingen die (onder meer) zien op de ontbindingsvergoeding die de kantonrechter kan toekennen in op basis van artikel 7:685, achtste lid, BW. Op grond van aanbeveling 3.5 bedraagt een ontbindingsvergoeding maximaal de verwachte inkomstenderving van de betrokken werknemer tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. De aanbevelingen zijn onder meer te vinden op www.rechtspraak.nl.

122 *Kamerstukken II 1998-00, 26 202, nrs. 1-2, p. 54-55; CPB, Werkdocument Arbeidsbemiddeling en –reïntegratie van werklozen*, Den Haag: februari 2000, p. 62.

legitieme doel (inkomenszekerheid) verschilt met het doel uit het sociaal plan in oordeel 2005-128 (het aan het werk houden van ouderen). De seniorenregeling is passend omdat zij inkomenszekerheid oplevert in de vorm van gegarandeerd pensioen en pensioen op life-timebasis. Anders dan verzoeker stelt, kan de ontslagvergoeding uit de vertrekregeling niet zonder meer worden afgezet tegen het bedrag van de seniorenregeling. Werkloze 55-minners hebben maximaal vijf jaar een WW-uitkering, geen recht op prepensioen en hun pensioenopbouw stopt. Senioren krijgen zeven jaar een aanvulling tot 82,5% en vanaf 62 jaar is er de prepensioenuitkering op minimaal WW-niveau. De Commissie acht het hoogst onwaarschijnlijk dat de senior met de vertrekregeling een vergelijkbare lifetime-inkomenspositie kan bereiken. De uitkering is geen deugdelijk alternatief en de seniorenregeling is toegestaan.

Een andere ouderenregeling met het OK-stempel van de Commissie is die van KLM.¹²³ In hoofdstuk 5 van het sociaal plan van KLM is bepaald dat de leeftijd van de medewerker op het moment van beëindiging van het dienstverband bepalend is voor de financiële regeling waarvoor de werknemer in aanmerking komt. Indien de werkneemster, net als de werknemers onder de vijftig jaar, een vergoeding op basis van de kantonrechtersformule zou hebben gekregen, dan was zij in aanmerking gekomen voor ca. € 41.000,- bruto. Omdat zij ouder is dan vijftig jaar ontvangt ze, als suppletie, een bedrag van ca. € 7.000,- bruto. Met de voortzetting van de pensioenopbouw daarbij opgeteld komt zij (volgens verweerders) uit op € 23.093,- hetgeen iets boven de berekening van aanbeveling 3.5 van de Kantonrechtersaanbevelingen ligt. Doel van het leeftijds onderscheid is aan te sluiten bij de verschillende arbeidsmarktposities van de werknemers van wie het dienstverband eindigt. De Commissie oordeelt dat dit oogmerk niet discriminatoir is. Bij de toets of sprake is van passendheid en noodzakelijkheid van het middel is de Commissie niet gehouden het sociaal plan terughoudend te toetsen. De omstandigheid dat een regeling tot stand is gekomen door collectieve onderhandelingen kan wel een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een objectieve rechtvaardiging.¹²⁴ Uit door de werkgever overgelegde gegevens blijkt genoegzaam dat het bieden van inkomensbescherming aansluit bij de arbeidsmarktpositie van werknemers van vijftig jaar en ouder. Uit gegevens van het outplacement center bleek namelijk dat ongeveer 70% van de 50-minners een nieuwe baan had gevonden. Voor werknemers in de categorie 50-55 was dat 7% en voor 55-plussers 2%. Het middel is dan ook passend. De vraag of er andere middelen zijn waarmee geen onderscheid wordt gemaakt, is mede afhankelijk van de inkleuring van het beginsel van (leeftijds)solidariteit. Een iets minder gunstige behandeling in een individueel geval impliceert niet noodzakelijkerwijs dat de regeling discriminerend is. Met betrekking tot de noodzakelijkheid van het middel overweegt de Commissie dat het middel, de suppletie tot 80% en 85% van het laatst genoten salaris, gecombineerd met een volledige pensioenopbouw, in redelijke verhouding staat tot het doel. Er bestaat dan ook een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid op grond van leeftijd in het sociaal plan.

123 Oordeel 2006-210, *JAR* 2006, 268.

124 De CGB verwijst onder meer naar het al genoemde arrest *Royal Copenhagen*, HvJ EG 31 mei 1995, C 400/93, *Jur.* 1-1275, *NJ* 1996, 67; *JAR* 1995,198 (*Royal Copenhagen*) r.o. 46 en oordeel 2006-37.

Commentaar

Een ouderenregeling in een sociaal plan kan gerechtvaardigd zijn omdat zij inkomensbescherming biedt aan oudere werknemers in verband met hun slechtere arbeidsmarktpositie. De werkgever moet dan aantonen dat de oudere werknemers vanaf de gekozen leeftijd een slechtere arbeidsmarktpositie hebben en daarom inkomensbescherming nodig hebben. De ouderenregeling geeft oudere werknemers dan inkomenszekerheid omdat zij – in tegenstelling tot hun jongere collega's – niet meer 'aan de bak komen'. Het rechtvaardigen van de leeftijd kan onderbouwd worden door te wijzen naar algemene stukken over de slechte arbeidsmarktpositie van ouderen (zoals CPB documentatie en kamerstukken) en dat te concretiseren binnen de onderneming of de sector (door gegevens van het outplacementcenter of de mobiliteitsshop). Ten tweede moet de werkgever aantonen waarom voor oudere werknemers andere maatregelen in het sociaal plan staan dan voor jongeren. In plaats van de gangbare (variant op de) kantonrechttersformule kent een ouderenregeling vaak maatregelen als suppletie op de WW en voortzetting van (pre)pensioenopbouw en ziektekostenverzekering om de periode naar pensionering te overbruggen. De werkgever moet de vraag kunnen beantwoorden waarom de ouderenregeling beter past bij de oudere werknemers dan de regeling die voor jongeren geldt. Wij menen met de Commissie – althans in oordeel 2006-179 en impliciet in oordeel 2006-210 – dat de ouderenregeling niet zomaar afgezet kan worden tegen de ontslagvergoeding. Niet alleen de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers is anders, ook hun socialezekerheidspositie en hun pensioenpositie zal verschillen van die van de jongere werknemers. Het lijkt verdedigbaar om daar op enigerlei wijze rekening mee te houden. Het mag echter niet zo zijn dat de ouderenregeling verwordt tot een bezuinigingsmaatregel door 'mee te liften' op de sociale zekerheid. Ouderenregelingen waarbij de leeftijd mede gekozen is vanuit kostenoverwegingen – zoals aansluiting bij de maximale WW-duur – begeven zich op glad ijs omdat financiële argumenten leeftijdsonderscheid in beginsel niet rechtvaardigen.¹²⁵

Enkele oordelen van de CGB¹²⁶ suggereren dat de oudere werknemer zelf kan kiezen welke regeling hij liever heeft. Met de betreffende oordelen van de Commissie zwaaiend, kunnen oudere werknemers massaal toepassing van de kantonrechttersformule claimen, hetgeen tot royale uitkeringen kan leiden, vele malen hoger dan wanneer zij in dienst zouden blijven tot aan hun pensioen(ontslag). Dat gaat te ver. Het gaat niet om formele gelijke behandeling in geld maar om materiële gelijke behandeling. Het is niet juist om de contante waarde van de ouderenregeling te berekenen en te vergelijken met de ontslagvergoeding zonder rekening te houden met de arbeidsmarkt-, socialezekerheids- en pensioenpositie van oudere werknemers. Overigens past de Commissie die keuzemogelijkheid niet consequent toe, in de oordelen 2006-179 en 2006-210 keert dit keuze-element (terecht) niet terug. Niet duidelijk is of dit betekent dat de lijn 'de oudere werknemer kan kiezen welke regeling hij toepast' van oordelen 2005-128 en 2006-172 daarmee bewust is losgelaten.

125 HvJ EG 24 februari 1994, NJ 1995, 1 (*Roks*); HvJ EG 20 maart 2003, C-187/00, JAR 2003, 130, r.o. 59 (*Kutz-Bauer*); HvJ EG 11 september 2003, C-77/02, JAR 2004, 16, r.o. 66 (*Steinicke*); HvJ EG 6 april 2000, C-226/98, Jur. blz. I-2447 (*Jørgensen*) punt 39; HvJ 23 oktober 2003, C-4/02, JAR 2004, 17 r.o.85 (*Schönheit*); oordeel, oordeel 2005-179; oordeel 2006-12.

126 Oordelen 2005-128 en 2006-172.

Een vorig jaar al door ons geopperde gedachte is om in het sociaal plan aansluiting te zoeken bij aanbeveling 3.5 van de kantonrechtर्सformule, dat een plafond stelt aan de maximale inkomstenderving tot de pensioengerechtigde leeftijd.¹²⁷ Ook de kantonrechter te Enschede hanteerde deze correctie. De oudere werknemer kan dan niet zijn dienstjaren aftikken en een hogere vergoeding incasseren dan de inkomensschade tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Wij sluiten dit onderdeel af met de mededeling van de CGB in de digitale nieuwsbrief van 30 januari 2007 dat zij in 2007 het leeftijdsonderscheid in sociale plannen nader gaat onderzoeken.

4.3 *Pensioen*

Pensioen is al vanaf de inwerkingtreding van de WGBL een trouwe leverancier van oordelen over leeftijdsonderscheid. In 2006 leverden vragen over leeftijdsonderscheid in pensioenregelingen dertien oordelen op.¹²⁸ Het vinden of construeren van een rechtvaardiging voor – vaak bij wettelijke leeftijdsgrenzen aansluitend – leeftijdsonderscheid blijkt in de praktijk moeilijk.¹²⁹

ANW-hiaatpensioen

Een stichting die uitvoering geeft aan een ANW¹³⁰-hiaatregeling behorend bij de CAO voor de agrarische sector werd door de Commissie op de vingers getikt omdat de regeling aanhaakte bij de leeftijdsgrenzen van de Algemene weduwen- en wezenwet (AWW), de vroegere regeling van het wettelijke nabestaandenpensioen. In de ANW-hiaatregeling stond dat nabestaanden in aanmerking komen voor een aanvulling op de ANW-uitkering, wanneer zij geen recht hebben op een volledige ANW-uitkering maar wel recht zouden hebben gehad op een (inmiddels afgeschafte) AWW-uitkering. De duur van de uitkering aan nabestaanden en in sommige gevallen het recht op een uitkering was daarmee afhankelijk van de leeftijd van de nabestaanden. Het doel van de regeling – het opvangen van de versobering van het nabestaandenpensioen – kan volgens de Commissie ook worden bereikt op leeftijdsneutrale wijze.¹³¹ Eerder was de regeling tenslotte ook aangepast aan de eisen van gelijke behandeling op grond van geslacht en burgerlijke staat waardoor ook mannelijke nabestaanden en niet-gehuwden in aanmerking kwamen voor een nabestaandenuitkering.

127 Over de verhouding tussen aanbeveling 3.5 en de WGBL, zie M. Heemskerk, 'Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?', *AR* 2006, 23.

128 Oordeel 2006-41, oordeel 2006-62; *PJ* 2006, 67, oordeel 2006-96, *PJ* 2006, 82; oordelen 2006-100 t/m 102; oordeel 2006-123; oordeel 2006-140, *PJ* 2006, 95; oordeel 2006-177; oordeel 2006-187, *PJ* 2006, 110; oordeel 2006-196, *PJ* 2006, 135 en oordelen 2006-233 en 234. Een aantal zaken was gevoegd behandeld en in verschillende oordelen werden meerdere varianten of onderdelen beoordeeld.

129 Naast de te bespreken gevallen valt ook oordeel 2006-177 hieronder te scharen. Het gaat in casu om een wijziging in de Pensioenwet, die een maximumtoetredingsleeftijd van 21 jaar hanteert. De fiscale wetgeving bij de leeftijdsgerelateerde staffel in premieovereenkomsten is daar niet op afgestemd. Zie over die vraag ook het advies van de Adviescommissie fiscale behandeling pensioenen en in reactie daarop de brief van minister Zalm van 5 december 2006, nr. DB06-396.

130 Algemene nabestaandenwet (ANW).

131 Oordeel 2006-96, *PJ* 2006, 82.

VPL overgangsrecht

Veel pensioenregelingen stuiten op leeftijdsproblemen bij de aanpassing aan de fiscale wetgeving inzake VUT, prepensioen en levensloop.¹³² Werkgevers en pensioenuitvoerders willen gebruik maken van het fiscale overgangsrecht door de prepensioenregelingen voor 55-plussers te behouden. Dat is (fiscaal) niet mogelijk voor 55-minners. Om ongelijkheid te voorkomen en het leeftijds onderscheid WGBL-proof te maken, worden veel pensioenregelingen daarom zo ingericht dat per saldo – via een compensatieregeling of anderszins – ‘jong’ en ‘oud’ hetzelfde pensioens resultaat behalen. Dat is geen sinecure en veel pensioenuitvoerders en werkgevers worstelen met het ‘VPL-dossier’ in verhouding tot de WGBL. Dit jaar werd de Commissie in verschillende oordelen gevraagd zich uit te spreken over beoogde pensioenregelingen die aangepast waren aan de wet VPL.¹³³ Hieronder bespreken wij twee gevallen met een verschillende uitkomst.

Handhaving prepensioen en compensatieregeling verboden

In de eerste zaak waren de vakbonden akkoord met de regeling, bestaande uit twee varianten. De eerste variant had bovendien de instemming van alle betrokkenen, alsmede de goedkeuring van het voltallige personeel, aan wie het akkoord was voorgesteld. In die hoofdvariant behouden 55-plussers (werknemers die op 1 januari 2005 55 jaar of ouder zijn) de prepensioenregeling met een pensioenleeftijd van 62 jaar. De werkgever blijft de gebruikelijke actuariële premies voor prepensioen en pensioen betalen. De 55-plussers betalen een werknemersbijdrage van 4,1% van het loon en de werkgever draagt zo’n 1,25% bij.

Voor 55-minners vervalt de prepensioenregeling en daarmee de bijdrageplicht van werknemers (4,1%) en de werkgever (1,25%). Alle werknemers krijgen een aangepaste pensioenregeling, namelijk een middelloonregeling zonder indexering. Voor 55-minners geldt als pensioenleeftijd 65 jaar. De werkgever blijft de gebruikelijke pensioenpremie voor de middelloonregeling betalen en gaat er van uit dat de werknemer zelf 4,1% in de levensloopregeling stort. Door nieuwe voorwaarden (die ook voor 55-plussers gelden) kunnen 55-minners, ook zonder prepensioen, op 62-jarige leeftijd stoppen met werken mits zij deelnemen aan de levensloopregeling en zij indien nodig genoeg nemen met een korting op het ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen bij 65 jaar.

De CGB snijdt eerst de ontsnappingsroute van de toetredingsleeftijd (artikel 8, tweede lid, WGBL) als uitzondering van leeftijdsdiscriminatie af. De leeftijd van 55 jaar kan geen toetredingsleeftijd zijn omdat bij een toetredingsleeftijd elke deelnemer de leeftijd moet kunnen bereiken en aanspraken aan de pensioenregeling moet kunnen ontfangen. Door een geboortjaar te hanteren, kunnen mensen die nadien geboren zijn, nooit toetreden. Hiermee komt de CGB impliciet terug op een vorig jaar gegeven oordeel.¹³⁴ Eerder is in de literatuur al opgemerkt dat een toetredingsleeftijd geen uitsluiting van een leeftijdsgroep mag inhouden.¹³⁵ Zoals zo vaak bij de objectieve rechtvaardigingstoets, vormt de noodzakelijkheid het struikelblok.

132 Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115. In werking getreden op 1 januari 2005.

133 Oordeel 2006-62, *PJ* 2006, 67; oordeel 2006-187, *PJ* 2006, 110; oordeel 2006-177.

134 Oordeel 2005-178, *PJ* 2005, 122.

135 M. Heemskerck, *Leeftijds onderscheid bij pensioen. De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2005, p. 18-19; M. Vis, ‘Discriminatie in overgangsregelingen’, *AR* 2006, 57.

Daar grijpt de CGB naar de maatpersoonvergelijking. Zij stelt vast dat 55-plussers er zonder uitzondering in aanzienlijke mate op vooruitgaan. De 55-minners gaan er minder op vooruit of op achteruit. Vervolgens komt de Commissie met een alternatief: door minder dan 1,25% aan de prepensioenregeling van 55-plussers te betalen had de korting op het pensioen van 55-minners op 65-jarige leeftijd kunnen worden verlaagd. Daarmee was het pensioenresultaat van beide leeftijdsgroepen meer in evenwicht geweest. Het leeftijdsonderscheid in de hoofdvariant is niet noodzakelijk en daarom ook niet geoorloofd, aldus de Commissie.

Bij de nevenvariant gaat het om de toelaatbaarheid van een leeftijdsafhankelijke bijdrage aan de levensloopregeling. De werkgever voerde als eerste verweer dat de levensloopregeling onder de wettelijke uitzondering viel van artikel 8, derde lid, WGBL, dat actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen toestaat. De Commissie oordeelt dat die vlieger niet opgaat nu de levensloopregeling geen pensioenvoorziening is.

Ook het argument van een gelijk pensioenresultaat gaat niet op, juist door het verschillende karakter van levensloop en pensioen. Een vergelijkbaar pensioenresultaat laat zich niet meten met behulp van de levensloop. De werknemer hoeft de levensloop niet aan te wenden voor pensioen, zodat ongewis is of het doel van een gelijk pensioenresultaat wordt bereikt.

Overigens sluipt bij de berekeningen voor de maatmanvergelijking tussen 55-plussers en minners) de levensloopregeling de vergelijking binnen door er van uit te gaan dat de levensloopbijdrage wordt ingezet om ouderdomspensioen in te kopen: 'Hierbij zij aangetekend dat verzoekster in haar berekeningen van de effecten van de regeling uitgaat van de bereidheid van de 55-minners een bijdrage ten belope van 4,1% van het loon te storten in een levensloopregeling.' Dat strookt niet met de opvatting van de CGB in de nevenvariant dat levensloop niet mag worden vergeleken met pensioen.

Handhaving prepensioen en compensatieregeling toegestaan

In een andere zaak oordeelde de Commissie dat handhaving van de prepensioenregeling voor 55-plussers was toegestaan, omdat voor 55-minners een adequate compensatieregeling was getroffen.¹³⁶ De compensatieregeling voor 55-minners onder het zittend personeel kende een toetredingsleeftijd van veertig jaar en bestond uit een werkgeversbijdrage in de levensloopregeling. Zowel de prepensioenregeling als de compensatieregeling stellen medewerkers in de gelegenheid om op 62-jarige leeftijd met pensioen te gaan op hetzelfde inkomensniveau (70% eindloon). De Commissie oordeelt dat er feitelijk geen sprake is van onderscheid tussen de twee leeftijdsgroepen.

Ten aanzien van de toetredingsleeftijd merkt de Commissie terecht op, dat die niet onder de uitzondering van artikel 8, tweede lid, WGBL valt, nu de compensatieregeling geen pensioenvoorziening is. De gerechtvaardigde verwachting van het personeel dat naar verwachting tot hun pensionering in dienst zal zijn (personeel van veertig jaar en ouder) om net als hun collega's van 55 jaar en ouder op 62-jarige leeftijd met pensioen te gaan met 70% van het laatstverdiende loon, vindt de Commissie een objectieve rechtvaardiging voor de leeftijdsgrens. De compensatieregeling met een toetredingsleeftijd van veertig jaar leidt er toe dat de werknemers

op 62-jarige leeftijd kunnen stoppen, hetgeen een legitiem doel is. De regeling is noodzakelijk omdat er geen alternatief is, dat tot hetzelfde doel leidt. Zo is het afschaffen van de toetredingsleeftijd is geen alternatief omdat de groep die een werkgeversbijdrage moet ontvangen dan veel groter wordt (ook veertig-minners), waardoor niet met hetzelfde budget op 62-jarige leeftijd gestopt kan worden met 70% van het eindloon.

Verschillende opbouwpercentages en franchise

Vermeldenswaardig is ook het door de CGB goedgekeurde leeftijdsonderscheid in de middelloonregeling van het ABP bij de opbouw van het ouderdomspensioen. Bij de omzetting van de eindloonregeling naar een middelloonregeling bij het ABP werd voor de opbouw van pensioenrechten gekozen voor drie leeftijdscohorten met verschillende opbouwpercentages en verschillende franchises per groep, afhankelijk van de geboortedatum van de deelnemer. Het doel van dit leeftijdsonderscheid is het streven naar een pensioenresultaat dat voor alle (groepen) deelnemers op een goed niveau ligt en relatief vergelijkbaar is, zonder dat dit binnen de collectieve pensioenregeling voor een bepaalde groep deelnemers leidt tot een gunstiger pensioenresultaat dan onder de eindloonregeling en zonder stijging van de pensioenlasten van het pensioenfonds. Dit doel is mede ingegeven door de solidariteit. De Commissie oordeelt dat het nastreven van een relatief vergelijkbaar pensioenresultaat op een gunstig niveau voor alle deelnemers een objectieve rechtvaardiging vormt.¹³⁷ Handhaving van de eindloonregeling voor de zittende populatie zou leiden tot twee verschillende pensioensystemen, waarbij pensioenverschillen circa tachtig jaar in stand zouden blijven. Relevant is ook dat het ABP uitvoerig verschillende alternatieven heeft onderzocht en op goede gronden heeft vastgesteld dat de doelstelling het beste wordt bereikt met de onderverdeling in drie cohorten. Zo zou een uniforme franchise tot verschillen in pensioenuitkomsten leiden, aldus de Commissie.

Commentaar

Menig leeftijdsprobleem wordt veroorzaakt doordat pensioenregelingen aansluiten bij leeftijdsgrenzen uit wetgeving. Dat zo'n leeftijdsgrens in de pensioenregeling is toegestaan omdat de wetgever dat ook doet, is een hardnekkig misverstand. Een verwijzing naar wetgeving vormt – uitzonderingen daargelaten¹³⁸ – geen objectieve rechtvaardiging. Bij het VPL dossier staat de vraag centraal hoe – rekening houdend met het fiscale overgangsrecht voor 55-plussers (op 31 december 2004) – een gelijke behandeling van de arbeidsvoorwaarde pensioen mogelijk is.¹³⁹

De oordelenlijn van de Commissie staat het toe om verschillende pensioensystemen voor jong en oud te hanteren, zolang maar sprake is van een gelijk(waardig) pensioen. Die lijn werd vorig jaar al ingezet met het pensioenoordeel 2005-219, toen de Commissie concludeerde dat het door de fiscale wetgeving ingegeven leeftijds-

137 Oordeel 19 mei 2006, 2006-100 en 101, *PJ* 2006-83 en 84.

138 Vergelijk de aansluiting bij het Wet minimumloon, CGB 2005-123 en 124. Daarvan was expliciet in de wetsgeschiedenis bepaald dat dit een objectieve rechtvaardiging vormde, *Kamerstukken II* 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 30.

139 Uitgebreid daarover M. Heemskerk 2005; zie ook E. Lutjens, 'Leeftijdsonderscheid bij pensioen: een tikkende tijdbom bij grensmaal 55?', *P&P* 2005, 12.

onderscheid in de ABP-regeling was toegestaan.¹⁴⁰ Inmiddels heeft het Alternatief voor Vakbond (AVV) over deze kwestie een civiele procedure aangespannen tegen het ABP.

De Commissie trekt de ingezette lijn dit jaar verder door. Het streven naar een vergelijkbaar en betaalbaar pensioenresultaat is een legitiem doel voor leeftijdsonderscheid. Dat gelijkwaardige pensioenresultaat dient dan wel gerealiseerd te worden. Zonder gelijkwaardig resultaat is er geen gelijke behandeling en dan zet de Commissie er een streep door, zoals in oordeel 2006-62. Leidt een compensatieregeling tot een gelijk pensioen, dan keurt de Commissie de regeling goed. Ook verschillen in een middelloonregeling – zoals een verschillend opbouwpercentage of verschillende franchise – zijn toegestaan mits het pensioenresultaat voor iedere leeftijdsgroep gelijk is (oordeel 2006-100). Ter verdediging van de oordelenlijn om een gelijk pensioen te beoordelen los van de systematiek en berekening van dat pensioen kan aangevoerd worden dat het gaat om gelijke behandeling *van* het (beloningsonderdeel) pensioen en niet om gelijke behandeling *binnen* de pensioenbeloning. Volgens die redenering maakt het leeftijdsonderscheid voor de berekening van het pensioen (compensatieregeling of handhaving prepensioen, een andere franchise of opbouwpercentage per leeftijdsgroep) niet uit, mits de pensioenbeloning voor elke leeftijd(sgroep) gelijk is. De redenering is wankel omdat bij een verschillende systematiek zelden of nooit sprake zal zijn van een exact gelijk pensioenresultaat. Een extra complicatie is dat het inzetten van een levensloopregeling als compensatie niet tot een gelijk pensioen leidt, omdat levensloop niet als pensioen kan worden aangemerkt. Er is dan sprake van een ander beloningsonderdeel, dat niet te verenigen is met pensioen. De beloningscomponenten zijn zo ongelijk van aard dat vergelijking niet goed mogelijk is. In verschillende oordelen onderkent de Commissie dat ook.¹⁴¹

Er ontstaat een diffuus beeld. Enerzijds biedt de Commissie partijen de ruimte om voor verschillende leeftijdsgroepen een ander pensioensysteem te hanteren, zolang dat maar leidt tot een gelijk(waardig) pensioen. Anderzijds is onduidelijk of ter rechtvaardiging van het leeftijdsonderscheid in de pensioenregeling andere beloningsonderdelen mogen worden meegenomen. Daarin is de Commissie niet consequent. In oordeel 2006-62 kunnen een levensloop- en een pensioenregeling niet vergeleken worden, terwijl de compensatieregeling uit oordeel 2006-187 (een werkgeversbijdrage in de levensloopregeling) ineens wel meegenomen wordt. Als bij leeftijdsbewust personeelsbeleid verschillende beloningsonderdelen mogen worden vergeleken in de objectieve rechtvaardigingstoets, dan zal de Commissie de grenzen tussen vergelijkbare beloningsonderdelen duidelijker moeten afbakenen om een hellend vlak – en rechtsonzekerheid – te voorkomen.

4.4 Loon

De CGB en de kantonrechter te Wageningen bogen zich over de loonaanspraken van een 78-jarige, pensioengerechtigde werknemer van een recreatiepark.¹⁴² Het park betaalde minder dan het door de CAO voorgeschreven loon, en zelfs minder dan het minimumloon. Daarmee werd volgens de werknemer verboden leeftijds-

140 Oordeel 2005-219, oordeel 2006-196, *PJ* 2006, 135 inzake de ingangsdatum van het pensioen bouwt voort op genoemd oordeel.

141 Vergelijk oordeel 2006-62, *PJ* 2006, 67; oordeel 2006-123.

142 Oordeel 2006-26 en Ktr. Wageningen 22 november 2006, *LJN* AZ2882.

onderscheid gemaakt, omdat twee andere werknemers, ieder jonger dan 65, wel conform de CAO-schalen werden beloond. Het leeftijdsonderscheid probeerde de werkgeefster te rechtvaardigen door te stellen dat met haar werknemer een lager loon was overeengekomen, wegens de door zijn leeftijd verminderde productiviteit. Die redenering stuit bij de Commissie af op de legitimiteit van het doel. De toepasselijkheid van de CAO was uitdrukkelijk overeengekomen en productiviteit was daarin geen element aan de hand waarvan het loon werd bepaald. De kantonrechter komt tot hetzelfde eindresultaat als de Commissie – voor de loonaanspraak is de CAO bepalend – maar leunt daarbij niet op leeftijdsonderscheid, of het CGB-oordeel. De rechter merkt wel op, zonder dat nader te motiveren, dat het een werkgever en een pensioengerechtigde werknemer vrij staat een lager loon overeen te komen dan de CAO voorschrijft, wegens door leeftijd verminderde productiviteit, mits dat schriftelijk vastgelegd is. Die opvatting is – mede met het oog op de jurisprudentie van het HvJ EG – onjuist. De losse opmerking dat productiviteit met de leeftijd daalt is te generaliserend en algemeen om als rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid te kunnen gelden.¹⁴³

5 VRIJ BEROEP

Een zaak over de vrije beroepsbeoefenaren die aansluit op de pensioenordelen is die over het arbeidsongeschiktheidspensioen van notarissen.¹⁴⁴ Notarissen die voor hun vijftigste arbeidsongeschikt worden, krijgen een lager arbeidsongeschiktheidspensioen. Nadat de Commissie heeft vastgesteld dat sprake is van een voorwaarde voor het vrije beroep (artikel 4 WGBL), komt zij tot de conclusie dat sprake is van verboden onderscheid. Het argument dat notarissen jonger dan vijftig jaar een algemeen juridische scholing hadden en daardoor ook buiten het notariaat werkzaam konden zijn, slaagde niet. De leeftijd van een notaris vormt geen geschikt criterium om te bepalen of een notaris arbeidsongeschikt is voor notariswerkzaamheden. Dat lijkt ons een juiste redenering, die ook bevestigd werd door de rechtbank Den Haag.¹⁴⁵ De rechtbank oordeelde dat de bepaling in strijd was met de WGBL en daarom nietig.

6 SCHOLING

Eerder is de vraag aan de orde geweest of op enigerlei wijze aansluiten bij leeftijdsgrenzen uit wetgeving tot gevolg heeft dat het daardoor gemaakte leeftijdsonderscheid acceptabel wordt.¹⁴⁶ Dat is niet het geval in oordeel 2006-157, waarin werknemers *geboren in en na 1950* door hun werkgeefster niet werden vrijgesteld van de verplichting een opleiding te volgen. De gewijzigde Wet op de loonbelasting sluit voor werknemers uit die geboortejaren uit dat zij nog gebruik kunnen maken van

143 HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88 *Jur.* 1989, p. I-2743 (*Rinner-Kühn*).

144 Oordeel 2006-41.

145 Rb. Den Haag 18 juli 2006, *PJ* 2007, 16.

146 Bijvoorbeeld in oordeel 2005-179 (zie ook: CGB-advies 2006/02, p. 22), of oordeel 2005-219.

een fiscaal gefaciliteerde VUT- en prepensioenregeling.¹⁴⁷ De werkgeefster stelde de voor 1950 geboren werknemers wel vrij, omdat zij – vanwege hun leeftijd en de wel fiscaal gefaciliteerde VUT-regeling – nog maar zeer kort in dienst zouden zijn, en dus de opleiding minder zinvol. De Commissie kan dat doel billijken,¹⁴⁸ maar het middel niet. Werknemers geboren in of na 1950, hebben weliswaar geen fiscaal gefaciliteerde VUT-rechten, maar de Commissie stelt vast dat het streven van de werkgeefster er wel op gericht was hen tussen hun zestigste en 65^e uit dienst te laten treden, met het oog op het belastende (haven)werk. Een alternatief criterium had voor de hand gelegen, gerelateerd aan het specifieke aantal jaren dat een werknemer nog in dienst zou zijn. Overigens brengt ook deze individuele benadering leeftijdsonderscheid met zich, maar de kans is groter dat daar wel een objectieve rechtvaardiging voor is, aldus de CGB.

7 VICTIMISATIE

Voor het eerst in 2006 heeft de Commissie – tot tweemaal toe – geoordeeld over victimisatie in verband met leeftijdsonderscheid. Artikel 10 WGBL, gebaseerd op artikel 11 van Richtlijn 2000/78/EG, verbiedt benadeling van alle personen betrokken bij een klacht of procedure met betrekking tot leeftijdsonderscheid. De benadeling kan alle mogelijke vormen aannemen.¹⁴⁹ Een eigenaardigheid van victimisatie is, dat het niet mogelijk is met behulp van artikel 12 WGBL de bewijslast op grond van een vermoeden te verschuiven van gevictimiseerde naar verweerder.¹⁵⁰ De hoofdregel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geldt, op grond waarvan de bewijslast ten volle rust op degene die stelt benadeeld te zijn.

In de eerste zaak (2006-34) werd een oproepkracht die solliciteerde naar een vaste baan afgewezen (mede) op grond van leeftijd. Zij werd vervolgens niet meer opgeroepen en haar contract werd niet verlengd.¹⁵¹ Over de gang van zaken klaagde zij meermaals bij haar werkgeefster, onder meer per brief en e-mail. Zij beriep zich daarbij uitdrukkelijk op de WGBL. Ook vorderde zij in kort geding loondoorbetaling. De CGB achtte in deze zaak victimisatie bewezen op grond van een brief waarin namens de werkgeefster het niet-oproepen in verband werd gebracht met de acties van de oproepkracht. In oordeel 2006-124 kon noch de benadeling noch het oorzakelijk verband tussen benadeling en het beroep op de WGBL worden bewezen. De werknemer stelde dat hij werd benadeeld, in verband met zijn klacht over zijn leidinggevende die jegens een sollicitant leeftijdsonderscheid zou hebben gemaakt. Dat kan volgens de vaste oordelenlijn van de Commissie ook victimisatie

147 Gevolg van de wijziging per 1 januari 2006 van de Wet op de loonbelasting terzake van VUT en prepensioen, en de introductie van de levensloopregeling (wet van 24 februari 2005, *Sib.* 2005, 115). Ingevolge de overgangsregeling bij deze wet kan – onder voorwaarden – het voorheen geldende fiscale regime gehandhaafd worden voor werknemers die voor 1 januari 2005 55 jaar of ouder waren. Zie ook: Heemskerk & Dankbaar, 2006, p. 154.

148 Vergelijk oordeel 2005-174.

149 M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 91.

150 Zie bijvoorbeeld oordeel 2006-124, overweging 3.17 en de daar ook aangehaalde oordelen 2006-36, 2005-101 en 2005-68. Zie ook: M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 92.

151 Het is overigens de vaste oordelenlijn van de Commissie dat niet-verlengen ook benadeling is, en daarmee victimisatie kan betekenen. Zie: Asscher-Vonk & Hendriks 2005, p. 360-362.

betekenen.¹⁵² De stelling dat hij werd benadeeld had de werknemer echter op geen enkele wijze met feiten onderbouwd, zodat zijn victimisatieklacht werd afgewezen.

8 SLOTOPMERKINGEN

Er zijn volop ontwikkelingen met betrekking tot gelijke behandeling op grond van leeftijd, zo blijkt uit de oordelen van 2006. Een belangrijke vraag is in welke mate bij de toetsing van leeftijdsonderscheid rekening mag worden gehouden met het bijzondere karakter van leeftijdsonderscheid binnen de gelijkebehandelingsfamilie. Het is – ondanks het voortschrijdend inzicht – op dit moment nog allerminst duidelijk waar de ontwikkelingen op den duur toe zullen leiden. Een goed voorbeeld van die onduidelijkheid vormen de seniorenregelingen. Prijzenswaardig is dat de Commissie in haar advies een kader heeft geschapen om het leeftijdsbewust personeelsbeleid en de seniorenregelingen te (kunnen) beoordelen. Vooralsnog blijft evenwel onzeker of de voorgestelde ‘brede’ toetsing van de verschillende leeftijdsgerelateerde beloningselementen toelaatbaar is. Bovendien is het afwachten of de civiele rechter de Commissie volgt in zowel de brede toetsing als de aangedragen criteria uit het advies. Het lijkt in elk geval verstandig om niet alleen af te gaan op de mededeling van sociale partners, dat is stilgestaan bij de eisen die de Commissie stelt. Dat vormt onvoldoende waarborg dat het leeftijdsonderscheid is toegestaan. Integendeel, in elk geval mag worden geëist dat de aan de in stand gehouden seniorenregelingen ten grondslag gelegde argumenten worden uiteengezet en toegevoegd.

Ook over ouderenregelingen in sociale plannen is het laatste woord naar verwachting niet gesproken. Naar het aangekondigde nadere onderzoek van de Commissie mag met belangstelling worden uitgezien.

De nuancering van de Danfoss-leer van het HvJ EG in het Cadman-arrest kan wellicht tot gevolg hebben dat loonschalen meer door de leeftijdsbril bekeken gaan worden. Nu in vele CAO-loonsystemen beperkt of in het geheel geen verband wordt gelegd tussen loongroei naar anciënniteit en ervaringsgroei,¹⁵³ is het niet ondenkbaar dat in sommige gevallen (toch) ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid aangenomen kan worden.

Heeft de Commissie al vele hoeken en gaten met de leeftijdsbril op verkend, de civiele rechter blijft nog achter. Dat geldt niet alleen in kwantitatief opzicht maar soms ook kwalitatief.

De glazen bol terzijde schuivend en terugkijkend op het oordelenjaar 2006 komt het ons voor dat de scherpste randjes van de WGBL er her en der afgaan. Er is meer aandacht voor de bijzondere positie die leeftijd ten opzichte van andere gelijkebehandelingsgronden inneemt. De uitdaging is het juiste evenwicht te vinden. Daarvoor bestaat in elk geval voor de Commissie voldoende gelegenheid, gezien de nog niet afnemende toevloed van leeftijdszaken.

152 Vergelijk ondermeer de oordelen 2004-42, 2001-24 en 2000-18.

153 M.J.J. Dankbaar, *Anciënniteit en beloning in CAO's*, SMA 2004, p. 36.

Overzicht van relevante oordelen 2006 over de grond leeftijd

2006-1

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid, strijd met de wet

Samenvatting:

Een uitzendbureau heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van leeftijd, door een werkzoekende niet te selecteren voor een functie omdat hij te veel werkervaring zou hebben. Het uitzendbureau heeft tevens in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

Een uitzendbureau heeft functies aangeboden ten aanzien waarvan twee tot maximaal vier jaar relevante werkervaring werd gevraagd van kandidaten. Een 54-jarige werkzoekende heeft gesolliciteerd naar deze functies. Het uitzendbureau heeft hem niet (verder) geselecteerd omdat hij te veel werkervaring had. Het criterium, het aantal jaren relevante werkervaring, verwijst niet rechtstreeks naar leeftijd. Door het stellen van een maximum aan het aantal jaren werkervaring worden evenwel met name ouderen getroffen omdat zij doorgaans de meeste werkervaring hebben. Het uitzendbureau heeft hierdoor dan ook indirect onderscheid op grond van leeftijd gemaakt jegens de werkzoekende. Het uitzendbureau heeft geen argumenten aangevoerd ter eventuele rechtvaardiging van het onderscheid. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd. Het uitzendbureau heeft de maximum ervaringseis in een openlijke vacature gesteld en geen grond gegeven voor het indirecte leeftijds onderscheid. Dit is in strijd met artikel 9 WGBL.

Opmerking:

Door het stellen van een maximum werkervaringseis, worden met name ouderen getroffen.

2006-6

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Objectief gerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd en geslacht bij vaststellen hoogte eenmalige vergoeding in verband met overgang van een bedrijfs onderdeel.

Werknemers die betrokken zijn bij de overgang van een bedrijfs onderdeel naar een nieuwe werkgever, ontvangen een compensatie voor een versoering van hun arbeidsvoorwaarden. Daarbij wordt rekening gehouden met de leeftijd en de anciënniteit van de betrokken werknemer. Een servicemonteur die bij de overgang is betrokken stelt dat leeftijd geen rol mag spelen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Het onderscheid is ingegeven door een tweeledig doel, namelijk rekening houden met de kwetsbare positie van ouderen en belonen van de diensttijd. Dit doel is legitiem en het meewegen van de leeftijd en anciënniteit is passend en noodzakelijk om het doel te bereiken. Het bedrijf maakt derhalve geen verboden onderscheid.

Opmerking:

De Commissie wijst op de bepalingen omtrent de overgang van een onderneming, maar geeft daarover geen oordeel aangezien het niet tot de competentie van de Commissie behoort om te beoordelen of bij de overgang van het bedrijfs onderdeel op een juiste wijze toepassing is gegeven aan de regeling die geldt voor de arbeidsvoorwaarden van de werknemers.

2006-10

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
Stichting actief op het gebied van wonen, zorg en dienstverlening voor ouderen en zorgbehoevenden maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd jegens een vrouw door haar af te wijzen voor de functie van Unithoofd Somatiek op een van haar locaties.

Een vrouw van 58 jaar solliciteerde bij een stichting actief op het gebied van wonen, zorg en dienstverlening voor ouderen en zorgbehoevenden en is afgewezen na een gesprek met de voorzitter van de Raad van Bestuur nadat in het kader van de sollicitatie twee gespreksronden en een arbeidsvoorwaarden gesprek positief waren verlopen. De argumenten van de stichting dat de leeftijd van de vrouw alleen is besproken in het kader van het loopbaanbeleid van de stichting en dat de vrouw niet is afgewezen vanwege haar leeftijd maar om andere redenen, zijn niet voldoende overtuigend om te concluderen dat leeftijd bij de afwijzing niet (mede) een rol heeft gespeeld.

Leeftijdgegevens over recent aangenomen medewerkers in dezelfde soort functies ondersteunden deze conclusie. Geen objectieve rechtvaardiging. Verboden onderscheid op grond van leeftijd. Aanbeveling met betrekking tot een inzichtelijke, systematische en controleerbare sollicitatieprocedure.

2006-16

Grond: leeftijd; handicap en chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Wervings- en selectiebureau maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en handicap bij de afwijzing van verzoeker voor de functie van rayonopzichter.

Een man solliciteert bij een wervings- en selectiebureau naar een vacature. Het wervings- en selectiebureau wijst de man af met een e-mail waarin naar diens leeftijd en handicap wordt verwezen. Zowel de e-mail als de uitleg van het wervings- en selectiebureau geven aanleiding tot het oordeel dat de leeftijd en de handicap een rol spelen bij de selectie. Het wervings- en selectiebureau moet per vacature bekijken of de man een geschikte kandi-

daat is, in plaats van er al op voorhand van uit te gaan dat hij geen of weinig kans maakt aangenomen te worden.

2006-21

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid, strijd met de wet

Samenvatting:
CWI maakt onderscheid op grond van leeftijd bij aanbieden van een betrekking en bij de arbeidsbemiddeling en handelt in strijd met de WGBL doordat op haar vacaturesite een vacature met een (niet-gemotiveerde) leeftijdseis heeft gestaan.

Op de website van de Centrale Organisatie voor Werk een Inkomen (de CWI) heeft een vacature gestaan met een leeftijdsgrens. De leeftijdsgrens was niet nader gemotiveerd. De CWI heeft hiermee onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de aanbieding van een betrekking en bij de arbeidsbemiddeling. Nu in de vacature niet is aangegeven waarom de leeftijdseis werd gesteld, heeft de CWI tevens in strijd met artikel 9 WGBL gehandeld.

Opmerking:

De CWI, een publieke arbeidsvoorziening, dient zich ten aanzien van alle vacatures die op haar website staan, te houden aan het verbod van onderscheid.

2006-22

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid, strijd met de wet

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd door in een vacature een leeftijdsgrens te vermelden en man mee te delen dat hij te oud was voor het team. Strijd met artikel 9 WGBL door het niet motiveren van de leeftijdsgrens in de vacature.

Een filiaal van een bouwmarkt is op zoek naar "een jonge man van 18-26 jaar". Een motivering voor het vermelden van de leeftijd ontbreekt. Een 57-jarige man informeert bij de bouwmarktmanager en krijgt te horen dat hij te oud is. De bouwmarkt distantieert zich van vacaturetekst en uitlatingen manager. De gang van zaken rond de sollicitatie duidt erop dat verboden leeftijdsonderscheid is gemaakt. Het vermelden van leeftijds-

grenzen in vacaturetekst zonder motivering is in strijd met de wet.

Opmerking:

Hoewel wordt gevraagd om “jonge man”, is in de procedure onderscheid op grond van geslacht buiten beschouwing gebleven.

2006-24

Grond: ras; handicap of chronische ziekte; leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: ongegrond

Samenvatting:

Reïntegratie en einde van de arbeidsovereenkomst. Geen verband met ras, handicap of chronische ziekte of leeftijd.

Man vermoedt dat zijn voormalige werkgever hem niet heeft willen laten reïntegreren en de arbeidsovereenkomst heeft laten ontbinden, in verband met zijn afkomst, zijn handicap of chronische ziekte of zijn leeftijd.

Verzoek ongegrond omdat de stellingen op generlei wijze zijn onderbouwd en ook niet eerder naar voren zijn gebracht, bij voorbeeld in een klacht aan de voormalig werkgever of in de procedure bij de kantonrechter.

2006-26

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Onderscheid op grond van leeftijd door man lager te belonen.

Een man die na zijn pensioengerechtigde leeftijd doorwerkt, krijgt van zijn werkgever een lager salaris omdat hij minder productie zou leveren. De werkgever maakt daarmee onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd omdat de man conform de toepasselijke CAO meer zou moeten verdienen. Het doel van het gemaakte onderscheid is daarmee niet legitiem.

Opmerking:

Lagere beloning in strijd met CAO-bepalingen is niet legitiem dus geen objectieve rechtvaardiging.

2006-27

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Supermarktexploitant heeft onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst van een hulpkracht.

Een vrouw is bij supermarkt in dienst getreden op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Na twee verlengingen is de arbeidsovereenkomst van de vrouw niet verlengd dan wel omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vrouw stelt dat haar leeftijd en de daarmee samenhangende loonkosten de reden zijn geweest voor de niet-verlenging. De Commissie heeft geconstateerd dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van leeftijd. Voorts heeft de supermarkt ter objectieve rechtvaardiging aangevoerd dat zij behoefte heeft aan een flexibel werknemersbestand. De supermarktexploitant heeft de daadwerkelijke behoefte hieraan van haar organisatie niet overtuigend onderbouwd. De doelstelling is derhalve niet legitiem. Voorts kunnen financiële redenen in casu evenmin leiden tot een objectieve rechtvaardiging. Verweerder kan ter objectieve rechtvaardiging geen beroep doen op de Wet minimumloon en minimumvakantietoeslag; WML en het Besluit minimumjeugdloonregelingen; BML de handelswijze van de supermarkt is immers in strijd is met de doelstelling van de aangehaalde wet(ten).

Opmerking:

In overeenstemming met het supermarktdadvies.

2006-31

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd bij afwijzing van man voor functie van directeur.

Wervings- en selectiebureau heeft van een Regionaal Opleidingscentrum de opdracht gekregen om de wervings- en selectieprocedure te verzorgen voor de functie van directeur. Een man stelt dat hij vanwege zijn leeftijd is afgewezen voor de functie. Vaststaat dat het bureau aan het begin van het sollicitatiegesprek aan de man diens geboortedatum heeft gevraagd. Het vragen naar de leeftijd van de man kan onderscheid op grond van leeftijd doen vermoeden.

Door een overzicht van de leeftijden van de overige kandidaten die zijn uitgenodigd voor een selectiegesprek (variërend van 45 tot en met 60 jaar) en doordat de kandidaat die uiteindelijk is aangenomen 55 jaar was, heeft het bureau bewezen dat zij geen onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt.

2006-34

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Afwijzing en leeftijd. Victimisatie. Strijd met de wet.

Een vrouw klaagt erover dat zij is afgewezen voor een functie vanwege haar leeftijd en dat zij niet meer is opgeroepen nadat zij had geklaagd over leeftijdsdiscriminatie. De werkgever voert aan dat de vrouw niet voldoet aan de functievereisten. Volgens de werkgever is het seniorenverlof wel aan de orde geweest tijdens de gesprekken, maar is dit niet de reden geweest van de afwijzing.

De Commissie stelt vast dat leeftijd een rol heeft gespeeld bij de afwijzing en dat de werkgever geen gebruik meer heeft willen maken van de diensten van de vrouw, omdat zij een beroep had gedaan op de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Strijd met de wet.

2006-37

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Werkgever maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het Sociaal Plan aan werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling te bieden dan aan werknemers jonger dan 58 jaar. Geen onderscheid op grond van leeftijd bij terugbrengen van opzegtermijn naar 1 maand.

In het Sociaal Plan, dat de werkgever samen met de bonden heeft opgesteld, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door boventallige werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling aan te bieden dan aan boventallige collega's die jonger zijn dan 58 jaar.

De Commissie acht het gekozen middel om het doel (het garanderen van verschillende vormen van inkomenszekerheid naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen, binnen

de financiële ruimte die het Sociaal Plan biedt) niet geschikt. Het middel sluit namelijk niet aan op de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen en het middel voorziet evenmin in een volledige inkomensgarantie. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd.

Ten aanzien van de verkorting van de opzegtermijn naar één maand, oordeelt de Commissie dat hierdoor geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, nu voor alle werknemers, ongeacht leeftijd, eenzelfde opzegtermijn geldt.

2006-38

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Bonden maken verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het Sociaal Plan aan werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling te bieden dan aan werknemers jonger dan 58 jaar. Geen onderscheid op grond van leeftijd bij terugbrengen van de opzegtermijn naar 1 maand.

In het Sociaal Plan, dat de bonden samen met de werkgever hebben opgesteld, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door boventallige werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling aan te bieden dan aan boventallige collega's die jonger zijn dan 58 jaar. De Commissie acht het gekozen middel om het doel (het garanderen van verschillende vormen van inkomenszekerheid naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen, binnen de financiële ruimte die het Sociaal Plan biedt) niet geschikt. Het middel sluit namelijk niet aan op de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen en het middel voorziet evenmin in een volledige inkomensgarantie. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd.

Ten aanzien van de verkorting van de opzegtermijn naar één maand, oordeelt de Commissie dat hierdoor geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, nu voor alle werknemers, ongeacht leeftijd, eenzelfde opzegtermijn geldt.

2006-39

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Werkgever maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het Sociaal Plan aan werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling te bieden dan aan werknemers jonger dan 58 jaar.

In het Sociaal Plan, dat de werkgever samen met de bonden heeft opgesteld, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door boventallige werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling aan te bieden dan aan boventallige collega's die jonger zijn dan 58 jaar.

De Commissie acht het gekozen middel om het doel (het garanderen van verschillende vormen van inkomenszekerheid naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen, binnen de financiële ruimte die het Sociaal Plan biedt) niet geschikt. Het middel sluit namelijk niet aan op de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen en het middel voorziet evenmin in een volledige inkomensgarantie. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd.

2006-40

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Bonden maken verboden onderscheid op grond van leeftijd door in het Sociaal Plan aan werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling te bieden dan aan werknemers jonger dan 58 jaar.

In het Sociaal Plan, dat de bonden samen met de werkgever hebben opgesteld, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door boventallige werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling aan te bieden dan aan boventallige collega's die jonger zijn dan 58 jaar.

De Commissie acht het gekozen middel om het doel (het garanderen van verschillende vormen van inkomenszekerheid naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen, binnen de financiële ruimte die het Sociaal Plan biedt) niet geschikt. Het middel sluit namelijk niet aan op de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen en het middel voorziet evenmin in een volledige inkomensgarantie. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd.

2006-41

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Stichting maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door een ander arbeidsongeschiktheids criterium te hanteren voor notarissen die voor hun vijftigste arbeidsongeschikt zijn geworden.

Een man is arbeidsongeschikt geworden voor de uitoefening van het beroep van notaris. De pensioenvoorziening van de man, waar onder een arbeidsongeschiktheidspensioen, is ondergebracht bij een stichting die de pensioenregeling voor notarissen uitvoert. Aangezien de man voor zijn vijftigste arbeidsongeschikt is geworden, heeft de stichting hem een arbeidsongeschiktheidspensioen toegekend, dat lager is dan wanneer hij op of na de leeftijd van vijftig jaar arbeidsongeschikt zou zijn geworden.

De Commissie is van oordeel dat het verzoek valt binnen de reikwijdte van artikel 4 WGBL. Het verschil in arbeidsongeschiktheids criterium is gebaseerd op het verschil in opleiding tussen beide groepen notarissen. Gebleken is dat alle in Nederland werkzame notarissen, ongeacht hun leeftijd, een algemeen juridische opleiding hebben genoten. De leeftijd op de datum van arbeidsongeschiktheid is dan ook geen geschikt criterium voor de arbeidsongeschiktheidsmaatstaf. Het onderscheid op grond van leeftijd wordt daarom niet-objectief gerechtvaardigd geacht.

2006-42

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:

Leeftijdsonderscheid door overwerk verricht door personeel van 20 jaar en ouder nog slechts in tijd te vergoeden. Geen vermoeden dat onderscheid wordt gemaakt naar leeftijd bij de verlenging van contracten.

Een man vraagt de Commissie te beoordelen of een supermarktexploitant in strijd met de WGBL onderscheid maakt op grond van leeftijd door in de nieuwsbrief aan te kondigen dat overwerk door medewerkers van 20 jaar en ouder, niet langer in geld maar in tijd wordt uitbetaald. Het leeftijdsonderscheid ten aanzien van deze kwestie wordt door de supermarktexploitant niet ontkend en er wordt geen objectieve rechtvaardiging aangevoerd. Onmiddellijk volgend op de mededeling in de

nieuwsbrief inzake het overwerkvergoedingenbeleid, kondigde de filiaalhouder aan contracten niet zo maar meer te verlengen. De man meent dat ook op deze voorgenomen beleidsmaatregel de verwijzing naar leeftijd uit de daaraan voorafgaande zin van toepassing is, en stelt dat hiermee onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. De supermarktexploitant stelt dat de beleidsaankondiging op zichzelf staat en geen verwijzing bevat of impliceert naar de eerder genoemde 20-jarige leeftijd. De Commissie oordeelt dat de man er niet in is geslaagd voldoende feiten aan te voeren voor een vermoeden van onderscheid.

2006-45

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Werkgever maakt onderscheid op grond van leeftijd door in het Sociaal Plan voor werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling op te nemen dan voor werknemers jonger dan 58 jaar.

In een Sociaal Plan wordt leeftijdsonderscheid gemaakt doordat aan oudere werknemers een andere regeling wordt geboden dan aan jongere werknemers. Het doel van het onderscheid wordt legitiem geacht. Het middel is echter niet geschikt, nu het niet aansluit op de verschillende arbeidsmarkt-posities van de leeftijdsgroepen en niet voorziet in volledige inkomensgarantie. Het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd. De verkorting van de opzegtermijn tot één maand leidt niet tot leeftijdsonderscheid.

Opmerking:

De Commissie oordeelt ten overvloede nog dat het middel ook niet noodzakelijk is, nu niet is aangetoond dat het onmogelijk is een Sociaal Plan op te stellen waarin geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt en waarbij tevens binnen het beschikbare budget wordt gebleven.

2006-46

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Bonden maken onderscheid op grond van leeftijd door in het Sociaal Plan voor werknemers van 58 jaar en ouder een andere regeling op te nemen dan voor werknemers jonger dan 58 jaar.

In een Sociaal Plan wordt leeftijdsonderscheid gemaakt doordat aan oudere werknemers een andere regeling wordt geboden dan aan jongere werknemers. Het doel van het onderscheid wordt legitiem geacht. Het middel is echter niet geschikt, nu het niet aansluit op de verschillende arbeidsmarkt-posities van de leeftijdsgroepen en niet voorziet in volledige inkomensgarantie. Het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd. De verkorting van de opzegtermijn tot één maand leidt niet tot leeftijdsonderscheid.

Opmerking:

Vaste oordelenlijst. Zie ook oordeel 2006-45 tegen de bij het Sociaal Plan betrokken werkgever. De Commissie oordeelt ten overvloede nog dat het middel ook niet noodzakelijk is, nu niet is aangetoond dat het onmogelijk is een Sociaal Plan op te stellen waarin geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt en waarbij tevens binnen het beschikbare budget wordt gebleven.

2006-62

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Ongelijke behandeling op grond van leeftijd bij voorgenomen pensioenregelingen.

Een werkgever legt een nieuwe pensioenregeling voor. Werknemers die op 1 januari 2005 55 jaar of ouder waren behouden de huidige prepensioenregeling, met pensioenleeftijd 62 jaar. De werkgever draagt 1,25% van het loon bij aan de premie voor het prepensioen. Voor de 55-minners is de pensioenleeftijd gesteld op 65 jaar. Door nieuwe voorwaarden - die ook voor de 55-plussers gelden - groeit de aanspraak zo snel, dat 55-minners het zich al op 62-jarige leeftijd kunnen permitteren te stoppen met werken. De werkgever betaalt de pensioenpremie voor zowel 55-plussers als 55-minners. De 55-minners ontberen een werkgeversbijdrage ten belope van 1,25%. Dit levert direct leeftijdsonderscheid op. De vraag is of hiervoor een objectieve rechtvaardiging is. Hoewel het begrijpelijk is dat in verband met fiscale regelgeving de VPL, de prepensioenregeling voor 55-minners, is afgeschaft, heeft de werkgever niet duidelijk kunnen maken waarom zij alleen 55-plussers een extra bijdrage van 1,25% betaalt. In het bijzonder is niet gebleken dat dit nodig is voor de positie van de 55-plussers. Het middel is dan ook niet noodzakelijk. Verboden onderscheid op grond van leeftijd. Als variant legt de werkgever de mogelijkheid voor dat de werkgever voor 55-minners een bijdrage stort in een levensloopregeling, vast te stellen aan de hand van leeftijdsafhankelijke

staffels. Dit levert leeftijdonderscheid op. Werkgever meent dat het gemaakte leeftijds onderscheid valt onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL, omdat de levensloopregeling neerkomt op een pensioenregeling. Die bepaling is echter niet van toepassing, vanwege het karakter van de levensloopregeling. Voor het onderscheid is geen objectieve rechtvaardiging.

2006-79

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van leeftijd bij aanbidding en bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

Een vrouw heeft de Commissie gevraagd om een oordeel over de vraag of een supermarktexploitant onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de werving en selectie voor een medewerker op de kaas- en vleeswarenafdeling. De vrouw stelt dat zij heeft gereageerd op een advertentie van de supermarkt. De supermarktexploitant betwist dat er een wervingsadvertentie is geplaatst. Aldus de vrouw is haar door een medewerker aan de balie van de supermarkt meegedeeld dat zij weinig kans maakte omdat de exploitant haar te oud zou vinden. De supermarkt betwist dit. Nu door vrouw uitsluitend stellingen naar voren zijn gebracht, die zijn weersproken door de supermarktexploitant, is geen sprake van feiten die onderscheid op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden. De supermarktexploitant heeft geen onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de aanbidding en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

2006-80

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid, strijd met de wet

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd bij de werving en selectie door het hanteren van een leeftijdsgrens van 18 tot en met 25 jaar. Strijd met de wet door de leeftijdsgrens niet te motiveren in de advertentie.

Een makelaarskantoor heeft een advertentie geplaatst met een leeftijdsgrens van 18 tot en met 25 jaar. Een vrouw heeft naar aanleiding van de

advertentie telefonisch contact opgenomen. Haar werd verteld dat zij vanwege haar leeftijd niet in het team zou passen.

Door de plaatsing van de advertentie is onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de aanbidding van de betrekking en bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking. De leeftijdsgrens is niet geschikt of noodzakelijk om het doel (het vinden van een kandidaat die goed in het team past) te bereiken. Het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd.

Nu de leeftijdsgrens niet is gemotiveerd, is in strijd met artikel 9 WGBL gehandeld.

2006-86

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid naar leeftijd bij beëindiging arbeidsverhouding met uitzendkrachten en bij de weigering om een uitzendkracht voor een aldus onstane vacature in aanmerking te laten komen.

Een vrouw werkte sinds 2002 via een uitzendbureau als hulpkracht voor een exploitant van supermarkten. Na overname van de betreffende winkel besloot de supermarktexploitant, in verband met de hogere kosten van inleenovereenkomsten, de arbeidsverhouding met de in de winkel werkzame uitzendkrachten te beëindigen. De vacatures die daardoor ontstonden werden ingevuld met nieuw personeel, met wie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werden aangegaan. De vrouw kwam niet voor deze vacatures in aanmerking. De Commissie oordeelt dat dit personeelsbeleid indirect onderscheid naar leeftijd tot gevolg had. In dit geval wordt het indirecte onderscheid naar leeftijd objectief gerechtvaardigd door bedrijfseconomische omstandigheden welke zijn vastgesteld en vastgelegd in het Sociaal Plan.

2006-88

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Vrouw is ontvankelijk in verzoek. Geen feiten die wijzen op onderscheid vanwege leeftijd bij de arbeidsbemiddeling.

Een vrouw stelt dat een touroperator, die de selectie maakt voor een agentschap in Turkije, leeftijds onderscheid jegens haar heeft gemaakt bij de selec-

tieprocedure voor de functie van standplaatshostess. De touroperator betwist hetgeen de vrouw heeft gesteld en voert aan dat het verzoek van de vrouw niet ontvankelijk is.

De Commissie ziet geen aanleiding tot niet-ontvankelijkheid. De Commissie constateert dat partijen elkaar met betrekking tot de gang van zaken rond de sollicitatie op alle voor de beoordeling van de onderhavige zaak van belang zijnde punten tegenspreken. Bij gebrek aan feiten en omstandigheden die de versie van de vrouw van het gebeuren kunnen ondersteunen, acht de Commissie het door de vrouw naar voren gebrachte onvoldoende om te kunnen concluderen dat zij in haar stelplicht is geslaagd.

2006-96

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid, strijd met de wet

Samenvatting:

Een pensioenfonds maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door uitvoering te geven aan een Anw-hiaatregeling, waarin wordt aangehaakt bij de leeftijdsgrenzen van de AWW.

Op basis van de Anw-hiaatregeling komen nabestaanden van verzekeringnemers in aanmerking voor een, op de Algemene nabestaandenwet (Anw), aanvullende uitkering, indien de nabestaande geen recht heeft op een (volledige) Anw-uitkering en daar wel recht op zou hebben gehad uit hoofde van de Algemene Weduwen en Wezenwet (AWW). De Anw-hiaatregeling haakt aan bij de leeftijdsgrenzen van de AWW. Het doel van het leeftijds-onderscheid is legitiem. Het middel, de Anw-hiaatregeling, is passend. Er is echter geen noodzaak aan te (blijven) haken bij de leeftijds-grenzen van de in 1996 vervallen AWW. Het onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.

2006-100

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid bij de opbouw van pensioenrechten, geen onderscheid bij de uitkering van het nabestaandenpensioen.

Een pensioenfonds heeft per 1 januari 2004 de pensioenregeling omgezet van een eindloonsre-

geling in een middelloonregeling. Voor de opbouw van pensioenrechten is, in plaats van een systeem voor iedereen, gekozen voor drie leeftijdscohorten met verschillende opbouwpercentages en verschillende franchises per groep, afhankelijk van de geboortedatum van de deelnemer. De gekozen leeftijdsgrenzen sluiten aan bij de gebruikelijke carrière van de deelnemers, het voordeel van de eindloonsregeling (tot 1 januari 2006) en de samenstelling van het deelnemersbestand. Het pensioenfonds streeft hiermee naar een relatief vergelijkbaar pensioenresultaat voor alle deelnemers, op een goed niveau, zonder dat dit voor een bepaalde groep deelnemers leidt tot een gunstiger pensioenresultaat dan onder de eindloonsregeling en zonder dat dit leidt tot en algehele stijging van de pensioenlasten. Dit doel is legitiem en het leeftijds-onderscheid in de nieuwe pensioenregeling is een passend en noodzakelijk om het doel te bereiken. Het pensioenfonds maakt derhalve geen verboden onderscheid.

Het uitkeren van verschillende nabestaandenpensioenen bij overlijden van de deelnemer vóór en na zijn 65^e, leidt niet tot leeftijds-onderscheid.

Opmerking:

Bij omzetting van een pensioenregeling van eindloonsregeling in een middelloonregeling mag in bepaalde gevallen onderscheid naar leeftijd worden gemaakt.

2006-101

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid bij de opbouw van pensioenrechten, geen onderscheid bij het nabestaandenpensioen.

Een werkgever heeft een pensioenregeling voor zijn medewerkers dat wordt uitgevoerd door een pensioenfonds. Deze pensioenregeling is omgezet van een eindloonsregeling in een middelloonsregeling waarbij is gekozen voor drie leeftijdscohorten met verschillende opbouwpercentages en verschillende franchises per groep, afhankelijk van de geboortedatum van de deelnemer. Naast het pensioenfonds heeft ook de werkgever volgens de vaste oordelenlijnen van de Commissie een verantwoordelijkheid voor de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving. In de gevoegde zaak tegen het pensioenfonds heeft de Commissie geoordeeld dat geen sprake is van handelen in strijd met de WGBL. Ook ten aanzien van de werkgever geldt derhalve dat niet in strijd met de WGBL is gehandeld.

Opmerking:

De werkgever is naast het pensioenfonds ook zelf verantwoordelijk voor het naleven van de gelijke behandelingswetgeving. De omzetting van de eindloonregeling in een middelloonregeling met leeftijdsgrenzen is in dit geval objectief gerechtvaardigd.

Zie ook 2006-100 voor oordeel met betrekking tot het pensioenfonds.

2006-102

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen onderscheid; niet ontvankelijk

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid bij de opbouw van pensioenrechten, verzoek over de basisuitkering van de FPU-regeling niet ontvankelijk.

Een pensioenfonds heeft per 1 januari 2004 de pensioenregeling omgezet van een eindloonregeling in een middelloonregeling. Voor de opbouw van pensioenrechten is, in plaats van een systeem voor iedereen, gekozen voor drie leeftijdscategorieën met verschillende opbouwpercentages en verschillende franchises per groep, afhankelijk van de geboortedatum van de deelnemer. De basisuitkering bij vervroegd uitreden is vastgesteld als percentage van de franchise die geldt voor de deelnemer. De gekozen leeftijdsgrenzen sluiten aan bij de gebruikelijke carrière van de deelnemers, het voordeel van de eindloonregeling (tot 1 januari 2006) en de samenstelling van het deelnemersbestand. Het pensioenfonds streeft hiermee naar een relatief vergelijkbaar pensioenresultaat voor alle deelnemers, op een goed niveau, zonder dat dit voor een bepaalde groep deelnemers leidt tot een gunstiger pensioenresultaat dan onder de eindloonregeling en zonder dat dit leidt tot een algehele stijging van de pensioenlasten. Dit doel is legitiem en het leeftijdsonderscheid in de nieuwe pensioenregeling is een passend en noodzakelijk om het doel te bereiken. Het pensioenfonds maakt derhalve geen verboden onderscheid. Een man behoort tot de hoogste leeftijdscategorie.

Daarom geldt voor hem de hoogste basisuitkering bij vervroegd uitreden. De man wordt niet benadeeld door het verschil in behandeling bij het vaststellen van de basisuitkering bij vervroegd uitreden. De man is daarom niet ontvankelijk in dit onderdeel van zijn verzoek.

Opmerking:

Bij omzetting van een pensioenregeling van eindloonregeling in een middelloonregeling mag in

bepaalde gevallen onderscheid naar leeftijd worden gemaakt.

2006-103

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid naar leeftijd bij Sociaal Plan.

Wegens de beëindiging van de bekostiging van Onderwijs Allochtoon Levende Talen (OALT), zijn een twaalfstal OALT-leraren ontslagen. In het Sociaal Plan dat de Minister van Onderwijs, Cultuur en Welzijn in dit verband met de vakcentrales heeft gesloten is uitsluitend voor leraren die op 50 jaar of ouder zijn een uitbreiding van de bestaande afkoopregeling van het recht op bovenwettelijke werkloosheidsuitkering opgenomen. De werkgevers van de scholen waren geen partij bij dit Sociaal Plan. Nu de werkgevers geen invloed hebben (gehad) op de totstandkoming, de vaststelling en de uitvoering van de afkoopregeling, hebben zij geen onderscheid op grond van leeftijd jegens de leraren gemaakt.

Opmerking:

Het gaat niet om toepassing van een Collectieve Arbeidsovereenkomst, waarvoor werkgevers in het algemeen wel verantwoordelijkheid dragen (vgl. CGB 14 januari 2003, oordeel 2003-7). In casu stonden de werkgevers geheel buiten spel.

2006-104

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid naar leeftijd bij Sociaal Plan.

Wegens de beëindiging van de bekostiging van Onderwijs Allochtoon Levende Talen (OALT), zijn een twaalfstal OALT-leraren ontslagen. In het Sociaal Plan dat de vakcentrales in dit verband met de Minister van Onderwijs, Cultuur en Welzijn hebben gesloten is uitsluitend voor leraren die op 50 jaar of ouder zijn een uitbreiding van de bestaande afkoopregeling van het recht op bovenwettelijke werkloosheidsuitkering opgenomen. Dit leeftijdsonderscheid is objectief te rechtvaardigen. Het doel dat wordt beoogd, bescherming van oudere OALT-leraren vanwege hun relatief zwakkere arbeidsmarktpositie, is legitiem.

Gelet op het uitgangspunt van het Sociaal plan – te bewerkstelligen dat OALT leraren zo snel mogelijk aan de slag kunnen – is het juist dat de voorbereiding is beperkt tot oudere leraren. Voldoende aanneemelijk is dat aan deze groep leraren bij indiensttreding in de Nederlandse onderwijssector minder hoge eisen zijn gesteld ten aanzien van vooropleiding en beheersing van de Nederlandse taal dan aan de jongere OALT-leraren.

2006-105

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid naar leeftijd bij Sociaal Plan.

Wegens de beëindiging van de bekostiging van Onderwijs Allochtoon Levende Talen (OALT), zijn een twaalfstal OALT-leraren ontslagen. In het Sociaal Plan dat de Minister van Onderwijs, Cultuur en Welzijn in dit verband met de vakcentrales heeft gesloten is uitsluitend voor leraren die op 50 jaar of ouder zijn een uitbreiding van de bestaande afkoopregeling van het recht op bovenwettelijke werkloosheidsuitkering opgenomen. Dit leeftijds onderscheid is objectief te rechtvaardigen. Het doel dat wordt beoogd, bescherming van oudere OALT-leraren vanwege hun relatief zwakkere arbeidsmarktpositie, is legitiem. Gelet op het uitgangspunt van het Sociaal plan – te bewerkstelligen dat OALT leraren zo snel mogelijk aan de slag kunnen – is het juist dat de voorbereiding is beperkt tot oudere leraren. Voldoende aanneemelijk is dat aan deze groep leraren bij indiensttreding in de Nederlandse onderwijssector minder hoge eisen zijn gesteld ten aanzien van vooropleiding en beheersing van de Nederlandse taal dan aan de jongere OALT-leraren.

2006-113

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:
Verboden leeftijds onderscheid door supermarkthulpkracht steeds minder in te roosteren.

Een hulpkracht in een supermarkt met een aanstelling voor onbepaalde tijd wordt steeds minder ingeroosterd. Zij meent dat de reden daarvoor is gelegen in de met haar leeftijd stijgende loonkos-

ten. De supermarkt ontkent dat en stelt dat het aantal te verdelen uren is verminderd doordat er meer hulpkrachten in dienst zijn genomen. Dit verweer slaagt niet omdat de procentuele daling in het aantal ingeroosterde uren van de hulpkracht en enkele oudere collega's, een veelvoud is van de procentuele daling in het aantal uren dat gemiddeld door alle hulpkrachten werd gewerkt. Ten aanzien van een tweede verzoeker is geen vergelijkbare afname in het aantal uren geconstateerd.

2006- 116

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van leeftijd bij werving en selectie.

Een man is afgewezen voor de functie van directeur op een van de kantoren van een stichting. Hij meent dat hij vanwege zijn leeftijd is afgewezen, omdat hij in ruime mate voldoet aan de functie-eisen, de overige geselecteerde kandidaten aanmerkelijk jonger waren en de stichting zijn sollicitatie niet zorgvuldig heeft behandeld. Er is geen sprake van feiten die kunnen doen vermoeden dat de man vanwege zijn leeftijd is afgewezen. De stichting heeft geen onderscheid op grond van leeftijd gemaakt.

2006- 117

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Bedrijf dat telecommunicatiediensten aanbiedt maakt objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd door in een Sociaal Plan een (indirect) discriminerend criterium, te weten leeftijd, te hanteren.

Een man, werkzaam bij een bedrijf dat communicatiediensten aanbiedt, wordt bij een reorganisatie boventallig verklaard op grond van een Sociaal Plan. Een aantal artikelen uit het Sociaal Plan die de periode tussen boventalligverklaring en de aanvang van de ontslagprocedure, de periode tussen boventalligverklaring en het eindigen van de arbeidsovereenkomst en eenmalige uitkeringen betreffen, bevatten een (in)direct onderscheidend criterium, te weten leeftijd. Het door het bedrijf gemaakte onderscheid is echter objectief gerechtvaardigd.

2006- 123

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij bepalen salarisverhoging voor werknemers met een eindloonregeling.

Een werkgever heeft zowel werknemers met een eindloonregeling als met een beschikbarepremieregeling. Bij de werknemers met een eindloonregeling wordt de salarisverhoging verrekend met de backserviceverplichtingen die voortvloeien uit de eindloonregeling, waardoor deze werknemers een aanmerkelijk lagere salarisverhoging krijgen dan de overige werknemers. Er is sprake van indirect leeftijdsonderscheid, dat niet objectief gerechtvaardigd is.

De door werkgever aangevoerde doelen, te weten het voorkomen van pensioenpromotie en het bewerkstelligen van een eerlijkere verdeling van het salarisbudget, worden namelijk niet bereikt met de verrekening.

Opmerking:
 Bijzondere vorm van pakketvergelijking (loonstijging en backservicekosten) niet toegestaan.

2006-124

Grond: seksuele gerichtheid; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; geen strijd met de wet; niet ontvankelijk

Samenvatting:
Geen vermoeden van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid bij de bejegening en geen onzorgvuldige klachtenbehandeling. Man niet-ontvankelijk in verzoek of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd jegens een derde. Klacht over victimisatie onvoldoende onderbouwd.

Een homoseksuele man is in dienst bij een universiteit en heeft sinds 2004 niet meer (volledig) gewerkt wegens arbeidsongeschiktheid. De man meent dat hij door de universiteit onbehoorlijk is behandeld op grond van zijn homoseksuele gerichtheid. De universiteit heeft dit gemotiveerd bestwist. De man heeft geen feiten aangedragen die onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden. Niet is gebleken dat de klachten van de man niet zorgvuldig zijn onderzocht of dat onvoldoende passende maatregelen zijn getroffen.

De man is niet ontvankelijk in zijn verzoek om te

beoordelen of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd jegens een derde tijdens een sollicitatieprocedure. Hij heeft niet aangegeven waaruit zijn nadeel bestaat.

De man heeft een klacht ingediend over de genoemde sollicitatieprocedure. Volgens hem heeft dit ertoe geleid dat hij op non-actief is gesteld (victimisatie). Geen strijd met de wet, omdat de man zijn klacht over victimisatie niet voldoende met feiten heeft onderbouwd.

2006-133

Grond: ras; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van ras en/of leeftijd bij afwijzing man voor een functie.

Een man van Surinaamse afkomst is 52 jaar oud. Hij stelt dat een werkgever jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van ras en/of leeftijd bij de afwijzing voor een functie. De Commissie overweegt dat de werkgever voldoende heeft onderbouwd dat uit het curriculum vitae van de man niet blijkt dat hij over de vereiste kennis en ervaring beschikt. Ook wordt overwogen dat algemene cijfers over onder meer de werkloosheid van mensen van niet-Nederlandse afkomst in vergelijking met mensen van Nederlandse afkomst als zodanig onvoldoende zijn voor een vermoeden van onderscheid op grond van ras. Geconcludeerd wordt dat de man er niet in is geslaagd feiten aan te voeren dat in dit concrete geval ras en/of leeftijd een rol hebben gespeeld.

2006-134

Grond: leeftijd
Terrein: arbeidsvoorwaarden
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Strijd met de wet door ongemotiveerde leeftijdseis in een personeelsadvertentie en verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de vervulling van een openstaande betrekking. Geen verboden onderscheid bij het aanbieden van deze betrekking.

De gemeente Amsterdam kent een trainee-pool, waarin elk jaar ongeveer 20 pas afgestudeerde HBO'ers en academici in een trainee-ship van twee jaar worden getraind voor een functie op managementniveau. In strijd met de wet werd in de advertentietekst ongemotiveerd gevraagd naar jonge HBO'ers en academici en naar nieuwe

talenten op HBO of academisch niveau. Bij het aanbieden van het trainee-ship aan kandidaten met weinig ervaring maakte verweerster eveneens onderscheid, dat evenwel objectief gerechtvaardigd is. Het doel om starters een kans te geven is niet discriminatoir en dient een zwaarwegend belang, temeer nu verweerster als lokale overheid een werkgelegenheidsbeleid dient te voeren. Verder is het middel passend, aangezien een trainee-ship een bij uitstek goede vorm is om tegemoet te komen aan een gebrek aan ervaring. Nu niet is gebleken van minder onderscheidmakende manieren waarop dit doel zou kunnen worden bereikt en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel, is het middel ook noodzakelijk. Een man werd echter afgewezen vanwege het teveel aan ervaring, terwijl zijn ervaring naar het oordeel van de Commissie nauwelijks relevant was voor het werk dat hij in de trainee-pool zou gaan verrichten, zodat de gemeente met deze afwijzing verboden onderscheid op grond van leeftijd maakte bij de vervulling van een openstaande betrekking.

2006-135

Grond: leeftijd
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd bij het toelaten tot een beroepsgerichte opleiding.

Een werving- en selectiebureau heeft samen met haar opdrachtgeefster een vrouw afgewezen voor het volgen van een beroepsopleiding. Met de afwijzingsbrief heeft het werving- en selectiebureau (abusievelijk) het interne intakeverslag van het selectiegesprek meegezonden. Onder het kopje bijzonderheden van dit verslag staat onder andere: "Gezien leeftijd etc- weinig kans in deze branche. Advies: afgewezen". Het werving- en selectiebureau betwist de zinsnede in het intakeverslag niet, maar geeft aan dat de leeftijd van de vrouw niet de hoofdreden is geweest om haar af te wijzen. De Commissie overweegt volgens vaste oordelenlijn dat niet alleen sprake is van onderscheid op grond van leeftijd wanneer leeftijd de reden is geweest voor afwijzing, maar ook als leeftijd mede een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Dat leeftijd mogelijk geen doorslaggevend selectie criterium is geweest, doet hier niet aan af. Geen objectieve rechtvaardiging.

2006-136

Grond: Leeftijd
Terrein: Beroepsonderwijs
Dictum: Onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd bij het toelaten tot een beroepsgerichte opleiding.

Een projectbureau, dat beroepsgerichte scholings- trajecten voor met name de autobranche verzorgt, heeft samen met een werving- en selectiebureau een vrouw afgewezen voor het volgen van een beroepsopleiding. Met de afwijzingsbrief heeft het werving- en selectiebureau (abusievelijk) het interne intakeverslag van het selectiegesprek meegezonden. Onder het kopje bijzonderheden van dit verslag staat onder andere: "Gezien leeftijd etc- weinig kans in deze branche. Advies: afgewezen". Het werving- en selectiebureau betwist de zinsnede in het intakeverslag niet, maar geeft aan dat de leeftijd van de vrouw niet de hoofdreden is geweest om haar af te wijzen. De Commissie overweegt volgens vaste oordelenlijn dat niet alleen sprake is van onderscheid op grond van leeftijd wanneer leeftijd de reden is geweest voor afwijzing, maar ook als leeftijd mede een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Dat leeftijd mogelijk geen doorslaggevend selectie criterium is geweest, doet hier niet aan af. Geen objectieve rechtvaardiging.

2006-139

Gronden: leeftijd; geslacht
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:
Verboden onderscheid naar leeftijd en geslacht bij werving en selectie administratief medewerkster.

Een administratiekantoor heeft een vacature geplaatst voor de functie van administratief medewerkster. In de advertentietekst wordt gevraagd naar een kandidaat met een gewenste leeftijd van 16 tot 18 jaar. Een sollicitant van 45 jaar wordt vanwege deze leeftijdsgrens afgewezen. Het bedrijf heeft onvoldoende onderbouwd waarom het in verband met de opleiding binnen het bedrijf van belang is dat de kandidaat tussen de 16 en 18 jaar is. Voorts is bij de afwijzing van verzoekster sprake van verboden onderscheid naar leeftijd. De advertentietekst voor de functie van administratief medewerkster is in strijd met de WGBL en de WGB.

2006- 140

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door salarisingrenzen te hanteren waarbinnen verschillende pensioenopbouwregelingen gelden en door verschillende beschikbare premiepercentages voor verschillende leeftijdsgroepen te hanteren.

Een financieel adviesbureau hanteert bij haar pensioenregelingen salarisingrenzen. Binnen die grenzen wordt het pensioen op een verschillende manier opgebouwd, waarbij zowel de werkgeversbijdrage als de vrijwillige werknemersbijdrage varieert. Nu de hoogte van het salaris samenhangt met leeftijd wordt hierdoor (indirect) onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd.

De staffel die op het laagste salarisgedeelte van toepassing is, is niet in strijd met de wet, omdat deze valt onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL.

Bij de staffel die van toepassing is op het hogere gedeelte van het salaris, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt, omdat niet voor alle leeftijden hetzelfde premiepercentage geldt. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd.

Opmerking:

Een staffel waarbinnen het beschikbare premiepercentage voor iedereen gelijk is, maar waarbij voor de jongste leeftijdsgroep vanwege het fiscaal maximale percentage een iets lager percentage wordt toegezegd, is toegestaan.

2006-151

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid bij afwijzing van 32-jarige sollicitant voor functie van allround reinigingsmedewerker.

Een man solliciteerde naar een vaste baan bij een afvalverwerkingsbedrijf. Hij heeft eerder als uitzendkracht bij dit bedrijf gewerkt. Hij vermoedt dat zijn afwijzing te maken heeft met zijn leeftijd. De stellingen waarop de man zijn vermoeden baseert, zijn door het bedrijf evenwel alle met feiten en (onbetwiste) argumenten weersproken. Geen vermoeden van onderscheid.

2006-155

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd bij de sollicitatie.

Een man geboren in 1943 werkt sinds 1969 bij verschillende organisaties van een vakorganisatie, waaronder zijn laatste werkgever. De man is met pensioen gegaan, maar heeft ingestemd met een tijdelijk dienstverband van drie maanden. De man heeft vervolgens gesolliciteerd naar een identieke functie voor de duur van een jaar bij de vakbond. De vakbond wijst hem hiervoor af, maar doet hem het aanbod zijn tijdelijke dienstverband met drie maanden te verlengen.

De man meent dat sprake is van leeftijds onderscheid. De vakbond heeft dit gemotiveerd betwist. De Commissie oordeelt dat er geen feiten zijn aangevoerd die onderscheid op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden.

2006- 157

Grond: leeftijd
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: verboden onderscheid; geen onderscheid

Samenvatting:

Werkgeefster maakt onderscheid op grond van leeftijd bij bedrijfsvername door een medewerker niet vrij te stellen voor de opleiding tot kernfunctionaris. Werkgeefster maakt geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door de medewerker uit te sluiten voor de functie en de opleiding tot brugkraanmachinist.

Een man, geboren in 1950, klaagt dat zijn werkgeefster onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd door hem na een bedrijfsvername niet vrij te stellen voor de opleiding tot kernfunctionaris. Medewerkers geboren voor 1950 zijn door de werkgeefster met het oog op hun aanstaande vervroegde uitstrooming wel vrijgesteld voor de opleiding. Werkgeefster maakt onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Gebleken is namelijk dat werknemers geboren in of na 1950, zoals de man, weliswaar op 65-jarige leeftijd pensioengerechtigd zijn en geen VUT-rechten hebben, maar dat zij desondanks tussen hun 60^e en 65^e levensjaar uit dienst kunnen treden.

De man heeft geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte kunnen vermoeden, nu zowel volgens de man als

werkgeefster kleurenblindheid niet van belang is voor de uitoefening van de functie van kraanmachinist.

Opmerking:

Voor het bepalen van een leeftijdsgrens aansluitend bij de fiscale wetgeving, die voor werknemers die op 1 januari 2005 55 jaar of ouder zijn de fiscaal gefaciliteerde VUT- en prepensioenregeling in stand houdt, mag niet, indien ook andere oudere werknemers eerder dan de pensioengerechtigde leeftijd uit dienst treden.

2006-160

Grond: ras; handicap en/of chronische ziekte; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

IT-dienstverlener heeft jegens een man afkomstig uit Bosnië geen onderscheid gemaakt op grond van ras, handicap en leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden.

Een man afkomstig uit Bosnië, is in 1998 in dienst getreden van een internationale IT-dienstverlener. De man stelt jaren lang te laag te zijn beloofd. Medewerkers van Nederlandse afkomst die dezelfde werkzaamheden hebben uitgevoerd ontvingen volgens de IT-dienstverlener een hogere beloning. Bovendien is de man van mening dat zijn beperkte gehoor en matige Nederlands door de IT-dienstverlener als belemmering werden gezien voor zijn ontwikkeling. Tevens hebben deze redenen volgens de man een rol gespeeld bij het voornemen hem in 2003 te ontslaan. De Commissie heeft haar functiewaarderingsdeskundige een onderzoek laten uitvoeren. Tevens is er een quickscan uitgevoerd. Uit de onderzoeken blijkt niet dat de IT-dienstverlener jegens de man enig onderscheid heeft gemaakt. Daarnaast heeft de man geen feiten aangevoerd die kunnen duiden op onderscheid bij de overige arbeidsvoorwaarden en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Conform vaste oordelenlijn.

2006-165

Grond: geslacht; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Een zorginstelling heeft ten onrechte in haar wervingsadvertentie gevraagd naar een mannelijke kandidaat. Voorts heeft de instelling onderscheid op grond van geslacht en leeftijd gemaakt om redenen verband houdende met de zwangerschap en hogere leeftijd van een vrouw.

Een zorginstelling werft naar een mannelijke collega. Een vrouw solliciteert desalniettemin maar wordt niet uitgenodigd voor een gesprek ondanks dat zij al geruime tijd de vacante functie uitoefent. Nadat er geen geschikte mannelijke kandidaten zijn gevonden, heeft de zorginstelling de keuze uit twee vrouwelijke collega's. De instelling geeft de voorkeur aan de niet zwangere 10 jaar jongere collega van de vrouw met als motivatie dat zij behoefte heeft aan continuïteit en zij te kampen heeft met een stijgend aantal cliënten in de leeftijdscategorie van 16 tot 22 jarigen. De Commissie constateert onderscheid op grond van geslacht bij de werving en acht geen van de wettelijke uitzonderingen op het onderscheid van toepassing. Voor wat betreft de afwijzingsredenen constateert de Commissie onderscheid op grond van geslacht alsmede leeftijd. Geen uitzondering dan wel objectieve rechtvaardiging is van toepassing op het geconstateerde onderscheid.

2006-167

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Onderscheid op grond van leeftijd bij de afwijzing voor een functie.

Een vrouw van 58 jaar heeft door tussenkomst van een wervings- en selectiebureau gesolliciteerd naar een functie bij de opdrachtgever. Tijdens de bespreking tussen het wervings- en selectiebureau en de opdrachtgever van de geselecteerde kandidaten, waaronder de vrouw, is het bij de opdrachtgever geldende FPU-arrangement voor medewerkers van 57 jaar en ouder aan bod gekomen. Het wervings- en selectiebureau heeft de vrouw telefonisch afgewezen voor de functie, waarbij zij in kennis is gesteld van het bij de opdrachtgever geldende FPU-arrangement. De Commissie oordeelt dat de opdrachtgever er niet in is geslaagd het vermoeden te weerleggen dat hij onderscheid heeft gemaakt op grond van

leeftijd bij de afwijzing, onder meer omdat de opdrachtgever noch het wervings- en selectiebureau bevredigend hebben kunnen verklaren waarom tijdens de bespreking van de geselecteerde kandidaten het FPU-arrangement aan de orde is gekomen.

2006-168

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van leeftijd bij de afwijzing voor een functie.

Een vrouw van 58 jaar heeft door tussenkomst van verweerster, een wervings- en selectiebureau, gesolliciteerd naar een functie bij de opdrachtgever. Tijdens de bespreking tussen het wervings- en selectiebureau en de opdrachtgever van de geselecteerde kandidaten, waaronder de vrouw, is het bij de opdrachtgever geldende FPU-arrangement voor medewerkers van 57 jaar en ouder aan bod gekomen. Het wervings- en selectiebureau heeft de vrouw telefonisch afgewezen voor de functie, waarbij zij in kennis is gesteld van het bij de opdrachtgever geldende FPU-arrangement. De Commissie oordeelt dat het wervings- en selectiebureau er niet in is geslaagd het vermoeden te weerleggen dat zij onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd bij de afwijzing, onder meer omdat het wervings- en selectiebureau noch de opdrachtgever bevredigend hebben kunnen verklaren waarom tijdens de bespreking van de geselecteerde kandidaten het FPU-arrangement aan de orde is gekomen.

2006-172

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:
Werkgeefster heeft onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door in het sociaal plan de leeftijd van een werknemer als onderscheidend criterium te hanteren bij de berekening van de ontslagvergoeding.

Een man is geboren in 1945. Hij is sinds 1969 in dienst bij werkgeefster. Werkgeefster heeft samen met de ondernemingsraad en de vakorganisaties een Sociaal Plan opgesteld in verband met een reorganisatie. Het Sociaal Plan strekt ertoe de gevolgen van beëindiging van het dienstverband van onder andere verzoeker te regelen. In het

Sociaal Plan is een ontslagvergoeding opgenomen. Een werknemer jonger dan 57,5 jaar, krijgt een uitkering op basis van de kantonrechttersformule. Een werknemer ouder dan 57,5 jaar ontvangt tot zijn 65e jaar een aanvulling op de WW-of IOAW-uitkering tot 80% van zijn laatstverdiende loon. Daarnaast betaalt de werkgever de kosten van voortzetting van de pensioenverzekering en het werkgeversdeel in de kosten van de ziektekostenverzekering. De Commissie oordeelt dat er sprake is van direct onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden. Voorts oordeelt de Commissie volgens vaste oordelenlijn dat het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is aangezien het middel niet noodzakelijk was.

2006-173

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Vakorganisatie heeft onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door in het sociaal plan de leeftijd van een werknemer als onderscheidend criterium te hanteren bij de berekening van de ontslagvergoeding.

Een man is geboren in 1945. Hij is sinds 1969 in dienst bij zijn werkgever. Een vakorganisatie heeft samen met een andere vakorganisaties en een werkgever een Sociaal Plan opgesteld in verband met een reorganisatie. Het Sociaal Plan strekt ertoe de gevolgen van beëindiging van het dienstverband van onder andere verzoeker te regelen. In het Sociaal Plan is een ontslagvergoeding opgenomen. Een werknemer jonger dan 57,5 jaar, krijgt een uitkering op basis van de kantonrechttersformule. Een werknemer ouder dan 57,5 jaar ontvangt tot zijn 65e jaar een aanvulling op de WW-of IOAW-uitkering tot 80% van zijn laatstverdiende loon. Daarnaast betaalt de werkgever de kosten van voortzetting van de pensioenverzekering en het werkgeversdeel in de kosten van de ziektekostenverzekering. De Commissie oordeelt dat er sprake is van direct onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden. Voorts oordeelt de Commissie volgens vaste oordelenlijn dat het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is aangezien het middel niet noodzakelijk was.

2006-174

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Verweerder heeft onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door in het sociaal plan de leeftijd van een werknemer als onderscheidend criterium te hanteren bij de berekening van de ontslagvergoeding.

Verzoeker is geboren in 1945. Hij is sinds 1969 in dienst bij zijn werkgever. Verweerder, een vakorganisatie heeft samen met een andere vakorganisaties en een werkgever een Sociaal Plan opgesteld in verband met een reorganisatie. Het Sociaal Plan strekt ertoe de gevolgen van beëindiging van het dienstverband van onder andere verzoeker te regelen. In het Sociaal Plan is een ontslagvergoeding opgenomen. Een werknemer jonger is dan 57,5 jaar, krijgt een uitkering op basis van de kantonrechttersformule. Een werknemer ouder dan 57,5 jaar ontvangt tot zijn 65e jaar een aanvulling op de WW-of IOAW-uitkering tot 80% van zijn laatstverdiende loon. Daarnaast betaalt de werkgever de kosten van voortzetting van de pensioenverzekering en het werkgeversdeel in de kosten van de ziektekostenverzekering. De Commissie oordeelt dat er sprake is van direct onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden. Voorts oordeelt de Commissie volgens vaste oordelenlijnen dat het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is aangezien het middel niet noodzakelijk was.

2006-177

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid met mogelijkheid objectieve rechtvaardiging

Samenvatting:

Pensioenverzekeraar maakt in pensioenregelingen onderscheid naar leeftijd. Uiteindelijk oordeel over al dan niet verboden karakter van onderscheid afhankelijk van definitieve wetstekst en contextuele omstandigheden.

Met het oog op de voorgenomen invoering van de thans voorgestelde Pensioenwet legt een pensioenverzekeraar drie pensioenregelingen ter beoordeling voor aan de Commissie. In twee van de drie regelingen wordt onderscheid gemaakt naar leeftijd. De eventuele objectieve rechtvaardiging hangt af van contextuele omstandigheden en de wijze waarop de wet komt te luiden. Regeling drie omvat een separate regeling voor na invoering van de Pensioenwet. Deze regeling staat op

gespannen voet met de doelstellingen van Pensioenwet en heeft disproportioneel effect. Daarom niet gerechtvaardigd.

Opmerking:

Betreft een voorwaardelijk oordeel. Uiteindelijk oordeel afhankelijk van concrete omstandigheden en invoering Pensioenwet
 Oordeel eigen handelen

2006-179

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Geen verboden onderscheid door in Sociaal Plan een verplichte ouderenregeling op te nemen en uitkering van een man op grond van de ouderenregeling uit het Sociaal Plan te berekenen.

Een man is in verband met een bedrijfssluiting op basis van een Sociaal Plan boventallig verklaard, zijn arbeidsovereenkomst is beëindigd. Het Sociaal Plan bevat een vertrekregeling bij onvrijwillige werkloosheid voor werknemers jonger dan 55 jaar en een verplichte ouderenregeling voor werknemers ouder dan 55 jaar. Dit heeft ertoe geleid dat de man, destijds 56 jaar, na zijn vertrek een lagere uitkering heeft ontvangen dan boventallig verklaarde werknemers jonger dan 55 jaar met hetzelfde aantal dienstjaren als hij. Objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd.

Opmerking:

Dit oordeel verschilt in zoverre van CGB, 14 juli 2005, oordelen 2005-128, 2005-129 en 2005-130, dat in dit geval het middel noodzakelijk wordt geacht, omdat een uitkering volgens de regeling voor werknemers jonger dan 55 jaar geen deugdelijk alternatief blijkt te zijn.

2006-185

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:
Verboden onderscheid bij de aanbidding van een functie en door de leeftijd van een sollicitant een rol te laten spelen bij afwijzing. Strijd met de wet door de vermelding van een ongemotiveerde leeftijdsgrens in de advertentie.

Een man, 54 jaar, solliciteert bij een werkgever tweemaal naar de functie van (aspirant) administrateur. Beide keren ontvangt hij een afwijzingsbrief waarin wordt verwezen naar zijn leeftijd. De werkgever is er niet in geslaagd te bewijzen dat de leeftijd van de man geen rol heeft gespeeld bij de selectie. Voorts heeft de werkgever verboden onderscheid gemaakt en in in strijd met de wet gehandeld door in de advertentietekst een ongemotiveerde leeftijdseis op te nemen.

2006-187

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door handhaven van de prepensioenregeling voor personeel van 55 jaar en ouder en het hanteren van een toetredingsleeftijd bij de regeling die het afschaffen van de prepensioenregeling voor het overige personeel compenseert.

Een internationaal accountantskantoor maakt geen onderscheid op grond van leeftijd door het prepensioen voor personeel van 55 jaar en ouder te handhaven en voor personeel jonger dan 55 jaar een compensatieregeling te treffen, nu met de prepensioenregeling en de compensatieregeling hetzelfde resultaat wordt bereikt.

Door het hanteren van een toetredingsleeftijd van 40 jaar in de (compensatie)regeling voor zowel zittend als toekomstig personeel, wordt direct onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd.

Opmerking:
 Handhaven prepensioenregeling voor 55-plussers is toegestaan nu voor de 55-minners een adequate (compensatie)regeling is ontworpen.

2006-191

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; strijd met wet

Samenvatting:
Geen leeftjidsonderscheid bij bemiddelen en voorgenomen beëindiging arbeidsovereenkomst met 53-jarige werknemer, wiens functie is opgeheven. Ongemotiveerde ervaringseis in vacaturemeldingen is in strijd met wet. Geen oordeel over afvloeiingsregeling in sociaal plan.

In het kader van een reorganisatie wordt de functie van een 53-jarige werknemer opgeheven. De werknemer maakt gebruik van het bemiddelings-traject, zoals voorgeschreven volgens het sociaal plan. Voor geen van de functies waarop hij heeft gesolliciteerd, is hij aangenomen. In de vacaturemeldingen wordt standaard een minimum of maximum aantal ervaringsjaren aangegeven. Een dergelijk ongemotiveerd criterium levert strijd op met de wet. Niet is gebleken van feiten die onderscheid vanwege leeftijd kunnen doen vermoeden bij het aanbieden van een nieuwe betrekking of de voorgenomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De Commissie komt in het kader van deze spoedprocedure niet toe aan een oordeel over de afvloeiingsregeling in het Sociaal Plan.

Opmerking:
 De Commissie laat een aspect van de klacht buiten beschouwing omdat het zich niet leent voor beoordeling in het kader van een spoedprocedure.

2006-192

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:
Geen onderscheid op grond van leeftijd bij het aanbieden van een collectieve ziektekostenverzekering met premiedifferentiatie bij de aanvullende verzekering. Objectieve rechtvaardiging.

Een werkgever biedt zijn medewerkers, via een zorgverzekeraar, een collectieve ziektekostenverzekering aan, bestaande uit een basisziektekostenverzekering en een aanvullende ziektekostenverzekering. Een man klaagt erover dat bij de aanvullende verzekering leeftijdsafhankelijke premies worden geheven. De Commissie komt tot oordeel dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

Opmerking:

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd staat er niet aan in de weg dat een werkgever zijn werknemers een collectieve (aanvullende) ziekte-kostenverzekering aanbiedt waarvoor leeftijdsafhankelijke premies gelden, mits de werkgever erin slaagt te bewijzen dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

2006-194

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid op grond van leeftijd door leeftijd als factor te hanteren bij de toekenning alsmede bij de vaststelling van de hoogte van een toeslag op het loon.

Een werkgever hanteert een bindingstoelage, die is opgebouwd uit een aantal factoren waar punten aan worden toegekend, waaronder de factor leeftijd. Dit resulteert erin dat werknemers boven een bepaalde leeftijd een lagere toeslag krijgen en boven de 56 jaar zelfs helemaal niets. De werkgever heeft betoogd dat deze toeslag nodig is om werknemers aan het bedrijf te binden, omdat met name op bepaalde functies moeilijk mensen te krijgen zijn. De Commissie oordeelt dat de werkgever niet heeft aangetoond dat hier sprake is van een zwaarwegend belang dan wel een werkelijke behoefte van het bedrijf. De cijfers van het CBS over arbeidsmobiliteit die de werkgever heeft overgelegd, zijn te algemeen, nu het een hele specifieke branche betreft. Ook de cijfers van het bedrijf zelf zijn onvoldoende om aan te tonen dat er een continuïteitsprobleem bestaat. Verboden onderscheid.

2006-196

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd bij bepaling ingangsdatum pensioen.

Een vrouw, geboren in december 1950, kwam niet in aanmerking voor aanspraak op een flexibel pensioen. Om hiervoor in aanmerking te komen, diende haar pensioen in te zijn gegaan vóór 1 januari 2006. Daarbij hanteert het pensioenfonds de eerste dag van de maand volgend op de maand waarin de deelnemer, in dit geval verzoekster, 55 jaar werd.

In oordeel 2005-219 heeft de Commissie reeds

geoordeeld dat een scheiding tussen deelnemers geboren vóór en na 1950 wat betreft pensioenrechten op grond van het Hoofdlijnenakkoord objectief was gerechtvaardigd.

Het bepalen dat een pensioen ingaat op de eerste dag van maand volgend op de maand waarin een deelnemer verjaart is in dit geval eveneens objectief gerechtvaardigd.

2006-199

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Een werkgeefster maakt geen onderscheid op grond van leeftijd bij aanbieden van een betrekking en bij de arbeidsbemiddeling.

Werkgeefster heeft een vacature uitgezet voor de functie van advocaat. Een vrouw heeft gesolliciteerd en is afgewezen. De Commissie constateert dat hetgeen door de vrouw naar voren is gebracht, gelet op de gemotiveerde betwisting aan de zijde van de werkgeefster en het ontbreken van een nadere onderbouwing of andere feiten en omstandigheden die de stellingen van de vrouw kunnen onderbouwen, niet het vermoeden oplevert dat er sprake is van leeftijdsonderscheid.

2006-201

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

Samenvatting:

Werkgeefster maakt onderscheid op grond van leeftijd bij aanbieden van een betrekking en handelt in strijd met de WGBL doordat op haar vacaturesite een vacature met een (niet-gemotiveerde) leeftijdseis heeft bestaan.

Werkgeefster heeft een vacature opengesteld met een leeftijdsgrens. Nu in de vacature niet is aangegeven waarom de leeftijdseis werd gesteld, heeft de werkgeefster in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

Ook bij de aanbieding en de behandeling bij de vervulling van een openbare betrekking heeft zij verboden onderscheid op grond van leeftijd jegens een sollicitante gemaakt.

Het feit dat de werkgeefster de vacature alsnog zonder leeftijdsgrens in een dagblad heeft geplaatst doet hier niet aan af aangezien de behandeling van de sollicitante plaats heeft gevonden vóór de correctie.

2006-208

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: strijd met de wet; geen verboden onderscheid; aanbeveling

Samenvatting:
CWI handelt in strijd met de WGBL door op haar vacaturesite een vacature met een ongemotiveerde leeftijdseis te plaatsen. De CWI maakt geen verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbidding van een betrekking en de arbeidsbemiddeling, nu sprake is van de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL.

De CWI heeft op haar vacaturesite een vacature voor een operateur/kelner m/v bij een bioscoop geplaatst met een leeftijdseis. Nu in de vacature niet (voldoende) is aangegeven waarom de leeftijdseis werd gesteld, heeft de werkgever in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

De CWI heeft geen verboden onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de aanbidding van een betrekking en bij de arbeidsbemiddeling, nu sprake is van op de begrotingswetten van 2005 en 2006 gebaseerd beleid ter bevordering van de bestrijding van jeugdwerkloosheid van jongeren onder de 23 jaar en derhalve van de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Aanbeveling.

Opmerking:

Onderscheid op grond van leeftijd is niet verboden indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet.

In de WGBL is gekozen voor een zogenoemd half-open systematiek, waarbij in de onderdelen a en b van artikel 7, eerste lid, WGBL expliciete uitzonderingen zijn opgenomen. Bij onderscheid dat valt onder een van deze uitzonderingen hoeft de toets of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging niet meer plaats te vinden.

2006-209

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

Samenvatting:
Strijd met de WGBL door in een advertentie een ongemotiveerde leeftijdseis te stellen. Geen verboden onderscheid op grond van

leeftijd bij de aanbidding van een betrekking, nu sprake is van de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL (of: van op de wet gebaseerd beleid ter bevordering van de bestrijding van jeugdwerkloosheid van jongeren.)

Werkgever heeft een vacature voor een operateur/kelner m/v bij een bioscoop geplaatst met daarin een leeftijdseis. Nu in de vacature niet (voldoende) is aangegeven waarom de leeftijdseis werd gesteld, heeft de werkgever in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

Werkgever heeft geen verboden onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de aanbidding van een betrekking en bij de arbeidsbemiddeling, nu sprake is van op de begrotingswetten van 2005 en 2006 gebaseerd beleid ter bevordering van de bestrijding van jeugdwerkloosheid van jongeren onder de 23 jaar en derhalve van de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL.

Opmerking:

Onderscheid op grond van leeftijd is niet verboden indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet.

In de WGBL is gekozen voor een zogenoemd half-open systematiek, waarbij in de onderdelen a en b van artikel 7, eerste lid, WGBL expliciete uitzonderingen zijn opgenomen. Bij onderscheid dat valt onder een van deze uitzonderingen hoeft de toets of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging niet meer plaats te vinden.

2006- 210

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Werkgever en werknemerorganisaties hebben geen verboden onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door de regeling in het Sociaal Plan voor werknemers jonger dan 50 jaar niet van toepassing te verklaren op verzoekster die ouder is dan 50 jaar.

In het Sociaal Plan dat werkgever en werknemerorganisaties samen hebben opgesteld, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt door werknemers van

50 jaar en ouder andere financiële regelingen te bieden dan werknemers jonger dan 50 jaar.

De Commissie acht het middel geschikt om het doel (het beschermen van de inkomenspositie van oudere werknemers, vanwege hun aangetoonde

slechtere arbeidsmarktpositie) te bereiken. Het middel is eveneens noodzakelijk, nu het in evenredige verhouding tot het doel staat en de aangedragen alternatieven niet leiden tot geen, of minder bezwaarlijk, onderscheid.

Het onderscheid op grond van leeftijd in het Sociaal Plan is objectief gerechtvaardigd.

2006 -212

Grond: ras; geslacht; leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras, geslacht en/of leeftijd bij de beëindiging van een sollicitatieprocedure.

Een man van 32 jaar is van niet-Nederlandse afkomst. De man heeft bij een werkgever gesolliciteerd naar de functie van medewerker maatschappelijke dienstverlening. De man is uitgenodigd voor de voorlichtingsbijeenkomst en vervolgens voor de sporttest, welke test hij met goed gevolg heeft afgelegd. De werkgever heeft vervolgens de sollicitatieprocedure met de man beëindigd, omdat vanwege de vele reacties voorrang is gegeven aan herplaatsingskandidaten en interne kandidaten. De man was een externe kandidaat.

De man heeft zijn stellingen dat sprake is van onderscheid op grond van ras, geslacht of leeftijd niet onderbouwd met toetsbare feiten. Voorts zijn deze stellingen door verweerder gemotiveerd betwist. Het staat vast dat de gehanteerde prioriteitsvolgorde de reden is van de beëindiging van de sollicitatieprocedure en dat de man is uitgenodigd te solliciteren naar andere bij de werkgever openstaande vacatures, op welke uitnodiging de man is ingegaan.

Geen vermoeden.

2006-223

Grond: leeftijd; ras

Terrein: arbeid

Dictum: niet ontvankelijk; geen verboden onderscheid; geen strijd met de wet

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd en/of ras bij de beloning en bij andere arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. Werknemer niet ontvankelijk in zijn klacht over onderscheid bij het voornemen tot beëindiging van de arbeidsverhouding. Klachtbehandeling niet in strijd met de wet.

Een assistent bij een gemeente, geboren in Pakistan in 1955 en met de Nederlandse nationaliteit, wordt vanwege plichtsverzuim met ontslag bedreigd. Aangezien dit ontslagvoorstel is ingetrokken, is de man niet ontvankelijk in dit deel van zijn verzoek.

Hij stelt voorts dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd en/of ras bij de beloning en noemt een aantal incidenten waarbij sprake zou zijn van onderscheid. Er blijkt in dit verband echter niet van feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden. De gemeente heeft nagelaten een onderzoek in te stellen naar aanleiding van een klacht over ongelijke behandeling.

Gelet op bijzondere omstandigheden van het geval oordeelt de Commissie dat niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.

2006 -224

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Werkgeefster maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de werving en selectie.

Een organisatie voor inkomens- en vermogensbeheer heeft een vrouw afgewezen voor de functie van administratief medewerkster. Volgens de vrouw heeft de werkgeefster gezegd dat haar leeftijd de reden was voor de afwijzing. De vrouw zou niet in het team passen. De werkgeefster heeft gesteld dat leeftijd slechts een beperkte rol heeft gespeeld en dat de kandidaat die zij uiteindelijk heeft aangenomen qua leeftijd, opleiding, ervaring en instelling beter in het team past dan de vrouw. De werkgeefster heeft geen andere rechtvaardiging voor haar keuze en kan niet aangeven of iemand in het team past als hij of zij (min of meer) dezelfde leeftijd heeft als de overige teamleden of juist als hij of zij een afwijkende leeftijd heeft.

De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat de leeftijd van de vrouw in ieder geval heeft meegepeeld bij de afwijzing. Op grond hiervan concludeert de Commissie dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Naar het oordeel van de Commissie heeft de werkgeefster geen redenen aangedragen die een objectieve rechtvaardiging kunnen opleveren voor het gemaakte onderscheid. Verboden onderscheid.

2006-226

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd, door een vacature te reserveren voor starters op de arbeidsmarkt.

Een speelgoedwinkel heeft een potentiële werknemster niet aangenomen vanwege haar leeftijd. Hierdoor heeft de winkel onderscheid gemaakt op grond van leeftijd bij de aanbidding van een openstaande betrekking. De winkel heeft aangevoerd dat de functie een startersfunctie was om mensen de kans te geven in te stromen op de arbeidsmarkt en heeft hiermee met succes een beroep gedaan op de uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, WGBL. Dit betekent dat het gemaakte leeftijds-onderscheid in dit geval niet in strijd is met de WGBL.

2006-231

Grond: ras; leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid; strijd met de wet

Samenvatting:
Internationale medialeverancier heeft geen onderscheid op grond van ras gemaakt bij het geven van een opdracht tot de werving en selectie van een receptioniste.

Een Internationale medialeverancier heeft een administratiekantoor opdracht gegeven tot de werving en selectie van een receptionist. Het administratiekantoor heeft verzoekster tijdens een telefoongesprek naar aanleiding van een vacature gevraagd naar haar afkomst. Tevens heeft het kantoor tegen haar gezegd dat zijn opdrachtgeefster een Hollandse dame zocht en haar afgeraden te solliciteren naar de functie. De opdrachtgeefster heeft slechts functionele taaleisen doorgegeven aan het administratiekantoor. Geen onderscheid.

2006-233

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:
Commissie niet bevoegd te oordelen over beweerd leeftijds-onderscheid van vóór 1 mei 2004.

Een gepensioneerde man verzoekt een oordeel over het achterwege laten van de indexatie van zijn pensioenuitkering over de jaren 2002, 2003 en 2004.

Aangezien het besluit tot het achterwege laten van de indexatie van pensioenuitkeringen dateert van vóór 1 mei 2004, zijnde de datum van inwerking-treding van de WGBL, en deze wet geen terugwerkende kracht kent, is de Commissie niet bevoegd te oordelen over de vraag of het pensioenfonds jegens de man onderscheid heeft gemaakt. Overigens vergelijkt de man het pensioen dat hij zelf ontvangt als uitgesteld loon voor werk dat hij in het verleden heeft verricht, met het loon dat huidige werknemers van de voormalig werkgever ontvangen voor werk dat zij thans verrichten. Hierbij is geen sprake van gelijke gevallen, zodat niet kan worden onderzocht of sprake is van onderscheid in de zin van de WGBL. Een beoordeling van een verzoek als het onderhavige dat betrekking heeft op een periode gelegen na 1 mei 2004, zal derhalve leiden tot het oordeel dat geen sprake is van onderscheid.

Opmerking:

Zie ook oordeel 2006-234 over een voormalig werkgever.

2006-234

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: niet bevoegd

Samenvatting:
Commissie niet bevoegd te oordelen over beweerd leeftijds-onderscheid van vóór 1 mei 2004.

Een gepensioneerde man verzoekt een oordeel over het achterwege laten van de indexatie van zijn pensioenuitkering over de jaren 2002, 2003 en 2004. Aangezien het besluit tot het achterwege laten van de indexatie van pensioenuitkeringen dateert van vóór 1 mei 2004, zijnde de datum van inwerking-treding van de WGBL, en deze wet geen terugwerkende kracht kent, is de Commissie niet bevoegd te oordelen over de vraag of de voormalig werkgever jegens de man onderscheid heeft gemaakt. Overigens vergelijkt de man het pensioen dat hij zelf ontvangt als uitgesteld loon voor werk dat hij in het verleden heeft verricht, met het loon dat huidige werknemers van de voormalig werkgever ontvangen voor werk dat zij thans verrichten. Hierbij is geen sprake van gelijke gevallen, zodat niet kan worden onderzocht of sprake is van onderscheid in de zin van de WGBL. Een beoordeling van een verzoek

als het onderhavige dat betrekking heeft op een periode gelegen na 1 mei 2004, zal derhalve leiden tot het oordeel dat geen sprake is van onderscheid.

Opmerking:

Zie ook oordeel 2006-233 voor oordeel met betrekking tot het pensioenfonds.

2006-240

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid bij de afwijzing van een sollicitante voor de functie van junior projectmanager. Overgewicht op grond van leeftijd.

Een vrouw heeft gesolliciteerd op de functie van junior projectmanager Overgewicht bij een instelling die zich bezighoudt met voedingsvragen. De vrouw is 48 jaar oud, heeft verscheidene opleidingen op het gebied van voeding, diëtetiek en toxicologie doorlopen en heeft vele jaren ervaring opgedaan, laatstelijk als onderzoeksdiëtist en voedingskundig onderzoeker. Zij is te zwaar bevonden voor de functie. Men was op zoek naar een jonge pas afgestudeerde, dan wel onervaren medewerker. De kans dat ervaren medewerkers zich ongevraagd met de strategie van de organisatie zouden bemoeien, kan niet gelden als objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid. Verboden onderscheid op grond van leeftijd.

2006 244

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd. Eis van recente werkervaring.

Een man was ten tijde van zijn sollicitatie naar een callcenterfunctie bij werkgeefster, die mensen in dienst heeft om callcenterwerk te doen voor opdrachtgevers, 44 jaar oud. Twintig jaar geleden heeft hij callcenterwerk verricht. Hij wordt door de werkgeefster afgewezen, vanwege een telefoon-test waarvoor hij niet geslaagd is en bij wijze van aanvulling vanwege een gebrek aan recente werkervaring. Van dat laatste kan niet gezegd worden dat het ouderen in het bijzonder zal treffen, temeer nu de werkgeefster uitvoerig heeft betoogd dat relevante ervaring vanzelfsprekend van belang kan zijn voor het aannemen van een sollicitant,

maar dat zelfs het ontbreken van ervaring aanname niet in de weg staat en dat geschiktheid voor de functie doorslaggevend is. Geen verboden onderscheid.

2006-245

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd. Er is sprake van recente werkervaring.

Een man was ten tijde van zijn sollicitatie naar een functie docent wiskunde eerste graads bij een schoolbestuur 56 jaar oud. In de periode van 1971 tot 1980 was hij leraar wiskunde op scholen voor havo/atheneum. Nadien heeft hij geen functies in of in verband met het onderwijs vervuld. Een scholengemeenschap heeft hem afgewezen op grond van een gebrek aan kennis van en ervaring met het hedendaagse onderwijs, recentelijk in de vorm van ervaring opgedaan, of in de vorm van de eindfase van een studie voor docent. Geen onderscheid op grond van leeftijd.

2006-246

Grond: leeftijd
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de opzegging van een vrijwilligersovereenkomst.

Een man is op basis van een vrijwilligersovereenkomst werkzaam als vervoerder. De vereniging waar de man werk verricht heeft de vrijwilligersovereenkomst met de man opgezegd wegens het bereiken van de leeftijd van tachtig jaar. De man is van oordeel dat de vereniging hiermee verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd. De Commissie is van oordeel dat de uitzondering op het verbod van onderscheid van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, WGBL, een tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd, niet van toepassing is. De vereniging heeft de man namelijk na het bereiken van de leeftijd van tachtig jaar nog ruim twee jaar laten doorwerken en daarmee zijn recht verwerkt om een beroep te doen op de leeftijdsgrens van tachtig jaar. De vereniging heeft geen rechtvaardiging aangedragen voor het leeftijds onderscheid en meegedeeld dat hij zich conformeert aan het oordeel van de Commissie. Op grond hiervan concludeert

de Commissie dat de vereniging jegens de man onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd dat niet objectief is gerechtvaardigd.

Opmerking:

De uitzondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, WGBL is niet van toepassing wanneer de arbeidsverhouding wordt voortgezet na het bereiken van de overeengekomen hogere leeftijd.

2006-255

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Onduidelijke procedure bij het laten afvloeien van werknemers. Onderscheid op grond van leeftijd.

Werkgever heeft geen algemeen beleid met betrekking tot het laten afvloeien van werknemers. Zij heeft het pensioengat gedicht voor drie van de tien 55-plussers die afvloeien met gebruikmaking van de FPU-regeling. Deze drie werknemers zijn allen 58 jaar en ouder. De anderen zijn jonger dan 58 jaar. Onduidelijke procedure. Werkgever slaagt er niet in te bewijzen dat betrokkenen in een andere situatie verkeren. Onderscheid op grond van leeftijd.

2006-260

Grond: leeftijd

Terrein: arbeid

Dictum: geen onderscheid

Samenvatting:

Geen onderscheid op grond van leeftijd bij de behandeling bij de vervulling van openstaande betrekking.

Een man, geboren in 1948, werkt sinds 2003 naar tevredenheid als parkeercontroleur in een gemeente. Hij is aanvankelijk in dienst van een werkgever gespecialiseerd in parkeerbeheer, later bij een uitzendbureau. Als de gemeente op zoek is naar 5,5 fte voor de functie van parkeercontroleur, wordt de man bij de interne sollicitatieronde afgewezen en wordt hij, hoewel nog in portefeuille, niet uitgenodigd voor de externe ronde. Wel worden twee kandidaten aangetrokken die aanzienlijk jonger zijn dan de man.

De Commissie oordeelt dat hetgeen door de man naar voren is gebracht onvoldoende feiten opleveren om onderscheid naar leeftijd te kunnen doen vermoeden.

Themabijdragen



Werkt de Algemene wet gelijke behandeling? Twee Evaluatieonderzoeken besproken

Dr. ir. T. Havinga

1 INLEIDING

Op 27 oktober 2005 werd de zogenaamde Evaluatiewet AWGB in het Staatsblad gepubliceerd.¹ Deze wet bevat een aantal wijzigingen van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en enkele andere wetten naar aanleiding van de evaluatie van de AWGB vijf jaar na inwerkingtreding. Al in 2004, toen deze wetswijziging nog in behandeling was in het parlement, werd begonnen met de tweede evaluatie van de AWGB. Deze evaluaties zijn een uitvloeisel van de verplichting voor de Commissie om iedere vijf jaar een rapport op te stellen van haar bevindingen ten aanzien van de werking van de AWGB, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en artikel 7:646 van het Burgerlijk Wetboek (BW)².

De tweede evaluatie van de wet is gefaseerd verlopen. De CGB evalueerde haar ervaringen met de toepassing van de wet en de effectiviteit van haar taken en instrumenten. De bevindingen en conclusies hiervan werden in 2005 gepubliceerd onder de titel: 'Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004'³. In aansluiting hierop liet het kabinet extern wetenschappelijk onderzoek verrichten naar de effectiviteit van de AWGB in de praktijk⁴. De resultaten van dit onderzoek verschenen in december 2006 'Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling.' (onder redactie van M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens).⁵ Het kabinet zal op basis van deze beide evaluaties haar bevindingen formuleren en deze voorleggen aan de Tweede Kamer. Deze bijdrage betreft beide evaluatiestudies. Ik begin met een korte bespreking van elk van de evaluaties. Vervolgens zal ik de bevindingen van de evaluaties themagewijs samenvatten en van commentaar voorzien. Hierbij leg ik de nadruk op de effectiviteit en doeltreffendheid van de wet in de praktijk. Deze onderdelen van beide evaluatiestudies hebben mijn speciale belangstelling vanwege mijn rechtssociologische achtergrond en omdat ik betrokken ben geweest bij opzet en uitvoering van het rechtssociologisch onderzoek in het kader van de eerste evaluatie van de AWGB. Ik besluit mijn bijdrage met enkele algemene opmerkingen over de evaluatie van de AWGB.

1 *Stb.* 2005, 516.

2 Deze verplichting staat in artikel 20, tweede lid, AWGB.

3 Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht: CGB 2005, (hierna: CGB 2005 *Het verschil gemaakt*).

4 Brief van de Minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties over de Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling (*Kamerstukken II* 2004/05, 28481, nr. 3).

5 M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

2 HET VERSCHIL GEMAAKT

De Commissie stelt zich in haar evaluatie de volgende twee hoofdvragen.⁶

- In hoeverre heeft de AWGB een bijdrage geleverd aan de bescherming tegen onderscheid? Zijn er verbeteringen nodig in de normstelling en moet de reikwijdte van de wet worden vergroot?
- Wat is de effectiviteit van de CGB? Heeft de CGB bijgedragen aan bescherming tegen onderscheid? Is de CGB voldoende bekend en toegankelijk? Zijn haar bevoegdheden toereikend?

De Commissie concludeert dat met de wettelijke bepalingen in het algemeen goed valt te werken⁷. In het rapport van de CGB worden veel verschillende onderwerpen kort behandeld. Dit maakt het rapport tamelijk verbrokkeld. Het betreft enerzijds beschouwingen of een explicitering van de zienswijze van de Commissie, over juridische beperkingen van de AWGB, over de daarin vervatte uitzonderingen en over de taken van de Commissie. Zo wordt aandacht besteed aan de vraag of de term discriminatie de voorkeur verdient boven de thans gebruikte term onderscheid. De Commissie bepleit handhaving van de term onderscheid omdat de term discriminatie een negatieve lading heeft. Dit zou een debat over de feiten, waarheidsvinding en bemiddeling bemoeilijken en het draagvlak voor gelijkebehandelingsnormen niet ten goede komen.⁸

Ook komt aan de orde of het ‘gesloten systeem’ van de AWGB voldoende ruimte biedt om een afweging te maken tussen verschillende gronden waarop onderscheid kan worden gemaakt. De Commissie stelt dat in de evaluatieperiode de tegenstellingen tussen verschillende bevolkingsgroepen scherp aan het licht zijn gekomen. De grenzen van de tolerantie en gelijke behandeling op grond van geslacht, godsdienst, ras en nationaliteit stonden ter discussie. De toegenomen spanningen tussen de verschillende grondrechten en gelijkheidsrechten maken de afweging door de CGB lastiger, maar volgens de CGB is een wetswijziging niet nodig. De Commissie kan werken met het gesloten systeem en strikte toetsingskader door aan te sluiten bij het algemene rechtsbeginsel dat een regel buiten toepassing kan worden gelaten wanneer de toepassing van die regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen. De CGB wil in voorkomende situaties, indien onverkorte toepassing van de wet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leidt tot onaanvaardbare gevolgen, een gelijkebehandelingsnorm buiten toepassing laten (binnen de grenzen van het Europese recht).⁹ In oordeel 2006-20 heeft de Commissie dit voornemen in praktijk gebracht door te oordelen dat het goedkoop aanbieden van hepatitis vaccinaties aan homoseksuelen kan worden aangemerkt als direct onderscheid op grond van hetero- en homoseksuele gerichtheid, maar dat dit niet in strijd is met de wet omdat een verbod zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Toepassing van de gelijkebehandelingsnorm zou er in dit geval toe leiden dat het onmogelijk is om een vaccinatiebeleid te voeren dat is gericht op personen die een grotere kans lopen dan anderen op besmetting met hepatitis om zo verdere verspreiding te voorkomen.

6 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 9.

7 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 123.

8 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 31-32.

9 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 35-37.

De CGB bepleit verder onderzoek naar het opnemen in de wet van uitdrukkelijk geformuleerde positieve verplichtingen ter bevordering van gelijke kansen en mogelijkheden van minderheidsgroepen, naast het verbod om onderscheid te maken. Werkgevers en aanbieders van goederen en diensten zouden verplicht kunnen worden bepaalde aanpassingen door te voeren om uitsluiting van leden van minderheidsgroepen te voorkomen. Als voorbeeld wordt genoemd de bestaande verplichting een doeltreffende aanpassing te treffen voor een persoon met een handicap of chronische ziekte.¹⁰

Bij de uitzonderingen van de AWGB wordt aandacht besteed aan voorkeursbeleid, overheidshandelen, geslachtsbepaaldheid, verenigingvrijheid en bijzonder onderwijs. De CGB bepleit nader onderzoek naar uitbreiding van de AWGB zodat verenigingen geen verboden onderscheid mogen maken in statutaire bepalingen inzake het (bestuurs)lidmaatschap. Een uitzondering hierop zou dan gemaakt kunnen worden wanneer dit noodzakelijk is met het oog op het statutaire doel of de grondslag van de vereniging.¹¹ De Commissie constateert dat zij niet bevoegd is te oordelen over eenzijdig overheidshandelen. Dit is aan klagers soms moeilijk uit te leggen (geen oordeel over verstrekkingen ziekenfonds, wel over particuliere ziektekostenverzekering; niet over gemeentelijke woonruimteregels, wel over de daarop gebaseerde weigering om iemand deel te laten nemen aan een loting voor een sociale koopwoning). De Commissie is voorstander van uitbreiding van de toetsing van overheidshandelen en stelt voor daarbij aansluiting te zoeken bij artikel 7a AWGB.¹²

Voor de beantwoording van de vraag naar de effectiviteit van de CGB maakt de Commissie gebruik van empirische gegevens. Er worden cijfers gebruikt van de Commissie zelf over informatieverzoeken, ingediende verzoeken, oordelen en de opvolging van oordelen door de Commissie. De CGB heeft in de periode 1994-2004 ruim 11.000 vragen en bijna 2850 verzoeken om een oordeel ontvangen.¹³ In ruim een derde van deze verzoeken was de CGB niet bevoegd te oordelen of was het verzoek kennelijk ongegrond; 46% van de verzoeken leidde tot een oordeel door de CGB.¹⁴ De meeste oordelen zijn gegeven op verzoek van individuele personen. Van de oordelen heeft 44% betrekking op onderscheid naar geslacht, 22% op grond van ras en 7% op grond van nationaliteit. Ongeveer 80% van de oordelen had betrekking op onderscheid bij de arbeid.¹⁵

De CGB heeft door onderzoeksbureau R&M Matrix laten onderzoeken of de CGB bekend is bij de Nederlandse bevolking en wat de omvang is van de doelgroep van de AWGB. Daarnaast is onderzocht wat de verklaring zou kunnen zijn voor het lager dan verwachte aantal verzoeken op grond van handicap en ras. Aan het rap-

10 Artikel 2 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Commissie Gelijke Behandeling 2005, p. 19-22.

11 Commissie Gelijke Behandeling 2005, p. 57-59. Vergelijk oordeel 2006-258, de Commissie oordeelt hier, anders dan in oordeel 2002-155, dat zij bevoegd is te oordelen over statutaire bepalingen van een watersportvereniging. De Commissie oordeelt dat sprake is van direct onderscheid op grond van nationaliteit in strijd met de wet (de beperkingen voor leden die niet de Nederlandse nationaliteit hebben, houden geen verband met het doel van de vereniging).

12 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 53-55.

13 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 25-26.

14 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 27.

15 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 28-29.

port is een CD-rom toegevoegd met de verslagen van alle verrichte onderzoeken.¹⁶ Later in deze bijdrage zal ik nader ingaan op de resultaten van deze onderzoeken. De CGB besluit elke paragraaf met een conclusie (onder het kopje ‘evaluatie’) en aanbevelingen. Sommige aanbevelingen hebben het karakter van een beleidsvoornemen van de CGB. Zo wil de CGB meer voorlichting geven, actief nagaan of oordelen worden opgevolgd, vaker aanbevelingen doen, meer adviezen uitbrengen, vaker onderzoek uit eigen beweging instellen en rechters stimuleren om advies aan de CGB te vragen. Sommige van deze ‘aanbevelingen’ worden door de CGB al in praktijk gebracht. Een voorbeeld hiervan is een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid op grond van postcode en verblijfsstatus bij de verstrekking van hypotheek.¹⁷

De wetgever krijgt de aanbeveling te onderzoeken hoe leden van een dominante groep die in een vergelijkbare achterstandpositie verkeren als leden van een achtergestelde groep, aanspraak kunnen krijgen op gelijke behandeling. De wetgever zou eveneens moeten onderzoeken hoe het bereik van de AWGB kan worden uitgebreid tot meer vormen van overheidsdiensten en de statuten van verenigingen. Wellicht zou (samen)leefvorm/alleenstaande als discriminatiegrond in de AWGB moeten worden opgenomen. Voorkeursbehandeling zou onder voorwaarden moeten zijn toegestaan voor alle discriminatiegronden.

Tenslotte wordt de rijksoverheid aanbevolen om meer voorlichting te geven en onderzoek te doen naar victimisatie. Eveneens wordt nader onderzoek bepleit naar de vraag waarom veel oordelen over onderscheid op grond van geslacht niet worden opgevolgd. De CGB vindt dat geen heffing van griffierechten moet worden ingevoerd omdat dit nauwelijks zal leiden tot besparingen of vermindering van onnodige verzoeken terwijl de laagdrempeligheid van de CGB in gevaar komt.¹⁸ De CGB bepleit een versterking en waarborging van de bestaande infrastructuur voor discriminatiebestrijding.¹⁹

3 GELIJKE BEHANDELING: PRINCIPES EN PRAKTIJKEN

Omdat het tweede kabinet Balkenende veel waarde hecht aan goed werkende wetgeving tegen discriminatie²⁰ heeft het kabinet in aansluiting op de bevindingen van de CGB door onderzoekers van de universiteiten van Tilburg en Groningen wetenschappelijk onderzoek laten verrichten naar de effectiviteit van de AWGB in de praktijk. Het boek waarin verslag wordt gedaan van dit onderzoek bevat drie delen:

16 Het betreft de volgende bijlagen: 1) B. Brounts, W. Nelissen & D. Breijl, ‘Barrières voor het indienen van een klacht bij de Commissie Gelijke Behandeling’. Maastricht: R&M Matrix 2005; 2) W. Nelissen & M. de Groof, ‘Het beoordelingsproces beoordeeld. Evaluatieonderzoek van de CGB oordelen in de periode januari 2003 tot en met juni 2004’ respectievelijk ‘juli 2004 tot juli 2005’, deel 1 tot en met januari 2005. Maastricht: R&M Matrix 2004 respectievelijk 2005; 3) ‘Effecten van de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling’. Maastricht: R&M Matrix 2005; 4) ‘Onderzoek naar effectiviteit van adviezen en onderzoek uit eigen beweging OUEB van de Commissie Gelijke Behandeling’. Maastricht: R&M Matrix 2005; 5) ‘Vergelijkend onderzoek met gelijksoortige instellingen en organisaties in Europa’. Maastricht: R&M Matrix 2005. In bijlage 2 ontbreekt bij sommige onderdelen de tekst, bijvoorbeeld bij deel 2: tabellen op p. 29 resp. 35 en bijlage 1: vragenlijsten op p. 39 resp. 43.

17 Commissie Gelijke Behandeling, *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus. Een onderzoek uit eigen beweging naar hypothecair financiers*, CGB: Utrecht 2006, www.cgb.nl/_media/downloadables/OUEB%20Risicoselectie.pdf

18 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 117.

19 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 119-120.

20 Brief van de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties over de Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling (*Kamerstukken II 2004/05*, 28481, nr. 3).

een juridisch deelonderzoek, een rechtssociologisch deelonderzoek, en een afsluitend deel. In dit laatste deel worden ook de achtergrond en aanpak van het evaluatieonderzoek beschreven. Hier blijkt dat voor dit onderzoek twee hoofdvragen waren geformuleerd: 1) Dienen verbeteringen te worden aangebracht in de normstelling en reikwijdte van de AWGB? 2) Is de AWGB voldoende kenbaar, toegankelijk en effectief?²¹

De vraag betreffende de normstelling en reikwijdte van de AWGB wordt behandeld in het juridische deelonderzoek. Er komen vier vragen aan de orde. In het eerste juridische deelonderzoek behandelt Holtmaat uitputtend de vraag of de huidige terminologie van de AWGB, ‘onderscheid’, gehandhaafd kan blijven. Zij gaat daarbij in op de EG-regelgeving, op de verschillen tussen ‘discriminatie’ en ‘onderscheid’, op de invloed van terminologie op uitzonderingen en toetsingssystematiek, en op juridische, rechtstheoretische en (rechts)politieke overwegingen.²² Holtmaat concludeert dat de keuze tussen de begrippen ‘onderscheid’ of ‘discriminatie’ verbonden is met belangrijke keuzes ten aanzien van welke invulling men aan het gelijkheidsbeginsel wil geven en welk type wetgeving men effectief acht. Op juridische gronden is geen eenduidig antwoord te geven op de vraag welk begrip de voorkeur verdient, dit zal volgens haar op politieke gronden moeten gebeuren.

Het tweede juridische deelonderzoek betreft de vraag of een uitbreiding van de werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving en van de bevoegdheid van de CGB naar eenzijdig overheidshandelen wenselijk en haalbaar is. Deze uitbreiding is wellicht wenselijk, want hoe kan aan burgers worden uitgelegd dat zij wel door de AWGB beperkt worden en de overheid niet. Zoontjens bespreekt dit vraagstuk met name in relatie tot de Algemene wet bestuursrecht.²³ Hij concludeert dat een ongeclausuleerde uitbreiding van de AWGB naar eenzijdig overheidshandelen op juridische gronden is uitgesloten. Dat betekent dat alleen uitbreiding op selectieve basis denkbaar is. Dit is echter niet mogelijk op een manier dat burgers en overheid gelijk worden gesteld zonder afbreuk te doen aan de doelstellingen van de AWGB. Dit maakt een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer niet zinvol.

Zoontjens tekent ook voor het volgende onderdeel waarin wordt onderzocht wat de knelpunten zijn in de reikwijdte en toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving ten opzichte van de verenigingsvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²⁴ De afstemming tussen de gelijkheidsnorm en de verenigingsvrijheid in de AWGB blijkt niet in strijd met EU-regelgeving of internationale verdragen. Ook voor wat betreft de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is niet sprake van strijdigheid met nationaal of internationaal recht omdat de wette-

21 Deze hoofdvragen worden pas vermeld in het derde deel van het boek, deel C, p. 333. Het boek kent geen algemene inleiding, uitsluitend een kort voorwoord. M.L.M. Hertogh, R. Holtmaat, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, ‘Samenvatting, conclusies en vooruitzichten’, in: Hertogh & Zoontjens 2006, p. 333-370. Dit derde deel bevat een samenvatting van de belangrijkste conclusies (antwoord op de 8 onderzoeksvragen), een samenvatting per onderdeel, een beantwoording van de twee hoofdvragen en enkele observaties betreffende kwesties die in de toekomst nadere aandacht behoeven.

22 R. Holtmaat, ‘Discriminatie of onderscheid: Het kleine verschil met grote gevolgen of het grote verschil met kleine gevolgen?’, in: Hertogh & Zoontjens 2006, p. 1-113.

23 P.J.J. Zoontjens, ‘De uitzondering inzake ‘eenzijdig overheidshandelen’, in: Hertogh & Zoontjens 2006, p. 115-174 (2006a). Vergelijk de bijdrage van Zoontjens aan deze bundel ‘Moet de CGB al het eenzijdig overheidshandelen toetsen?’.

24 P.J.J. Zoontjens, ‘Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy’, in: Hertogh & Zoontjens 2006, p. 175-216 (2006b).

lijke bepalingen volop ruimte bieden voor afweging in concreto. Het voorstel van de CGB om ten aanzien van verenigingen alleen onderscheid toe te staan voor zover deze eisen stellen die nodig zijn om de eigen grondslag te verwezenlijken, is volgens Zoontjens niet in overeenstemming met het nationale en internationale recht.²⁵

Het laatste juridische deelonderzoek betreft de knelpunten in reikwijdte en toepassing ten opzichte van rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. Vermeulen onderzoekt of de AWGB, en met name artikel 3 AWGB, een aanvaardbaar evenwicht realiseert tussen enerzijds gelijkheidsnormen en anderzijds de vrijheid van godsdienst. Hij besteedt hierbij aandacht aan de verplichting tot naleving van nationale en internationale normen van hogere orde en de vraag of de AWGB voldoende ruimte laat aan kerken en andere genootschappen op geestelijke grondslag.²⁶ Artikel 3 AWGB is volgens Vermeulen een aanvaardbaar compromis tussen godsdienstvrijheid en gelijkheid. Op een enkel punt is wellicht ten aanzien van EU-richtlijnen sprake van te ruime uitzonderingen. Bij de formulering van het intimidatieverbod van artikel 1a, derde lid, AWGB is nagelaten hierbij artikel 3 AWGB te betrekken. Volgens Vermeulen is de wet op dit punt in strijd met het Europese recht en behoeft deze aanpassing.

De vier juridische deelonderzoeken leiden tot de conclusie dat geen of slechts beperkte aanpassingen nodig zijn van de normstelling en reikwijdte van de AWGB. EG-regelgeving noopt niet tot vervanging van het begrip onderscheid door discriminatie. Holtmaat draagt echter wel argumenten aan om toch aansluiting te zoeken bij het Europees-rechtelijk gedefinieerde begrip discriminatie. Zoontjens ziet juridisch geen mogelijkheden om de reikwijdte van de AWGB uit te breiden met eenzijdig overheidshandelen of om meer handelingen van verenigingen onder de werking van de wet te brengen. In hoeverre Zoontjens de voorstanders van deze uitbreidingen heeft weten te overtuigen, zal de toekomst uitwijzen. Niet-uitbreiding betekent dat ook in de toekomst vergelijkbare situaties in het ene geval wel en in het andere geval niet onder de werking van de AWGB vallen, afhankelijk van de vraag wie de dienst verleent (overheid of particulier, vereniging of bedrijf). Dit is aan niet-juristen soms moeilijk uit te leggen en zou bij burgers en bedrijven kunnen leiden tot het gevoel onrechtvaardig te worden behandeld.

Het rechtssociologische onderzoek

In het tweede deel van het boek wordt verslag gedaan van het rechtssociologische onderzoek naar de kenbaarheid, toegankelijkheid, bruikbaarheid en effectiviteit van de AWGB.²⁷ Er worden vier deelvragen onderzocht:

“In hoeverre biedt de gelijke behandelingswetgeving voor de burger voldoende houvast voor het vernemen en het realiseren van zijn rechten en plichten?

Op welke wijze kan de kenbaarheid van de gelijke behandelingswetgeving bij de burger worden verbeterd?

In hoeverre biedt de gelijke behandelingswetgeving voor professionals voldoende houvast voor een effectieve uitvoering en handhaving van de wet?

25 Zoontjens 2006b, p. 203.

26 B.P.Vermeulen, ‘Kerkgenootschap en geestelijk ambt’, in: Hertogh & Zoontjens 2006, p. 217-248.

27 M.L.M. Hertogh e.a., ‘Kenbaarheid, toegankelijkheid, bruikbaarheid en effectiviteit van de AWGB’, in: Hertogh & Zoontjens 2006, p. 249-330.

In welke mate, en op welke wijze, treden professionals in de praktijk op tegen gevallen van ongelijke behandeling; en wat is hierbij de rol van de gelijke behandelingswetgeving?²⁸

Voor beantwoording van de eerste twee vragen is een enquête afgenomen onder een representatieve groep van de Nederlandse bevolking via een internetpanel. Hertogh noemt dit de ‘burgerenquête’. Dit resulteerde in 1054 ingevulde vragenlijsten. Tevens zijn van zes CGB-dossiers de bij deze oordelen betrokken partijen geïnterviewd en relevante documenten bestudeerd. Voor beantwoording van de laatste twee onderzoeksvragen zijn telefonisch interviews gehouden met professionele gebruikers van de gelijkebehandelingswetgeving, zoals medewerkers van antidiscriminatiebureaus, advocaten, vakbondsmedewerkers, rechters en personeelsfunctionarissen. Ook hier zijn deze gegevens aangevuld met kwalitatieve case-studies rond vijf CGB-dossiers. Later kom ik terug op de resultaten van dit rechtssociologische deel van het onderzoek.

4 ERVARINGEN MET ONGELIJKE BEHANDELING

De CGB veronderstelt terecht dat het aantal gevallen van discriminatie veel groter is dan het aantal verzoeken dat jaarlijks bij de Commissie wordt ingediend.²⁹ Zowel de CGB als Hertogh c.s. hebben daarom laten onderzoeken hoe groot de doelgroep van de AWGB is. In beide onderzoeken is aan een steekproef die een afspiegeling vormt van de Nederlandse bevolking (boven de achttien jaar) in een enquête via internet gevraagd of men persoonlijk is geconfronteerd met discriminatie of ongelijke behandeling.³⁰ Bijna 15% van de ondervraagden in het CGB onderzoek antwoordt op deze vraag bevestigend, terwijl 22% van de respondenten in het onderzoek van Hertogh ongelijke behandeling heeft ervaren. Uit het CGB onderzoek blijkt dat jongeren vaker dan ouderen en vrouwen vaker dan mannen ervaring hebben met ongelijke behandeling.³¹ Hertogh constateert dat allochtonen vaker dan autochtonen (45 resp. 20%) en homoseksuelen vaker dan heteroseksuelen (38 resp. 20%) discriminatie hebben meegemaakt.³² Naar aanleiding hiervan schrijft Hertogh: ‘Het lijkt er (...) op dat de Awgb minder directe effecten heeft voor allochtonen en homoseksuelen dan voor de rest van de bevolking.’³³ Wel plaatst hij hierbij vervolgens nog enkele kanttekeningen (wat mensen noemen valt niet altijd onder reikwijdte AWGB, gegevens uit de periode voor invoering AWGB ontbreken ‘zodat niet met zekerheid is vast te stellen dat de bestaande situatie het gevolg is van de gelijke behandelingswetgeving’, en bij de eerste evaluatie van de AWGB is geen burgerenquête gehouden). Ondanks deze kanttekeningen geeft Hertogh hier een onverdedigbare interpretatie aan de onderzoeksresultaten. homoseksuelen en

28 Hertogh e.a. 2006, p. 259-261.

29 Commissie Gelijke Behandeling 2005, p. 70.

30 In het CGB onderzoek luidt de eerste vraag in de gebruikte webvragenlijst: “Bent u in het afgelopen jaar persoonlijk geconfronteerd met discriminatie c.q. ongelijke behandeling? U kunt daarbij denken aan uw werk- of onderwijssituatie en het verkrijgen van goederen of diensten in winkels en andere openbare gelegenheden.” (Commissie Gelijke Behandeling 2005, Bijlage 1, p. 24). Hertogh c.s. beperken de vraag niet tot het afgelopen jaar en noemen geen voorbeelden: “Hebt u zelf wel eens een situatie meegemaakt waarbij u werd geconfronteerd met een ongelijke behandeling (discriminatie)?” (Hertogh e.a. 2006, tabel 2.1, p. 265).

31 CGB 2005 Het verschil gemaakt, Bijlage 1, p. 24.

32 Hertogh geeft aan de enquête zo in te richten [bedoeld wordt waarschijnlijk de steekproef, TH] dat ook conclusies kunnen worden getrokken over de ervaringen en opvattingen van allochtone Nederlanders (Hertogh e.a. 2006, p. 265 en 373).

33 Hertogh e.a. 2006, p. 295.

allochtonen hebben immers meer kans om gediscrimineerd te worden dan heteroseksuelen en autochtonen en bovendien is volledig onbekend hoe hoog het percentage zou zijn geweest wanneer er geen AWGB zou hebben bestaan.

Aan de respondenten die zeggen ongelijke behandeling te hebben meegemaakt zijn in het CGB onderzoek een aantal vervolgvragen gesteld. Daaruit blijkt dat leeftijd, geslacht en handicap/chronische ziekte de meest genoemde gronden zijn op basis waarvan men gediscrimineerd is. 'Bejegening, intimidatie en pesten' wordt het meest genoemd als 'terrein' waarop men gediscrimineerd is, gevolgd door het aangaan van een arbeidsrelatie/sollicitatie.

Met beide onderzoeken naar de omvang van de doelgroep krijgen we enig zicht op de basis van de klachtenpiramide. Op grond van de steekproefgegevens van het CGB onderzoek wordt geschat dat tussen de 1,6 en 2 miljoen mensen zichzelf ongelijk behandeld voelen in het voorafgaande jaar. De ongeveer driehonderd verzoeken die jaarlijks bij de CGB worden ingediend vormen daarmee slechts een zeer klein topje van een grote ijsberg. Niet alles wat de ondervraagden discriminatie of ongelijke behandeling noemen, zal onderscheid zijn in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving. Wat de respondenten definiëren als ongelijke behandeling is in beide onderzoeken niet nader onderzocht.

5 BEKENDHEID VAN DE CGB EN AWGB

In beide onderzoeken is de bekendheid van de Commissie Gelijke Behandeling bij de Nederlandse bevolking onderzocht. Van de ondervraagden in het CGB onderzoek zegt 79% dat ze wel eens iets gehoord of gelezen hadden over de Commissie Gelijke Behandeling, meestal via televisie of krant. Dit is echter onderzocht met een zogenaamde 'geholpen vraag' aan het einde van een vragenlijst over ervaringen met ongelijke behandeling en mogelijke acties die daartegen zijn ondernomen (waar de CGB als antwoordcategorie is opgenomen). De helft van de respondenten die wel eens van de CGB heeft gehoord zegt niet te weten wat de taak is van de CGB. Degenen die wel weten wat de taak is omschrijven deze vooral als beoordelen of onderzoeken of sprake is van discriminatie en het bewaken en controleren van gelijke behandeling. Het telefonisch juridisch spreekuur van de CGB is slechts bij 7% van de respondenten bekend.

Hertogh c.s. onderzochten eveneens hoe bekend de CGB en de AWGB zijn bij de bevolking. Zij gebruiken overigens de merkwaardige term 'kenbaarheid' waar bekendheid wordt bedoeld. In dit onderzoek heeft ruim de helft van de respondenten wel eens iets gehoord of gelezen over de CGB, van hen zegt 70% niet te weten wat de belangrijkste taken van de CGB zijn.²⁴ Hertogh c.s. hebben ook de kennis van de bevolking onderzocht. Zo weet driekwart dat de CGB niet dezelfde bevoegdheden heeft als de rechter, terwijl 40% weet dat het oordeel van de CGB niet juridisch bindend is (juridisch bindend is hierbij omschreven als 'iedereen is verplicht om het oordeel op te volgen').³⁵

34 Hertogh e.a. 2006, p. 271-272 (tabel 2.7 en 2.8).
35 Hertogh e.a. 2006, p. 272 (tabel 2.9 en 2.10).

De AWGB blijkt bekender dan de CGB, driekwart van de respondenten zegt wel eens te hebben gehoord of gelezen over de Algemene wet gelijke behandeling.³⁶ Van hen vindt desgevraagd bijna de helft het belangrijk om de inhoud van de AWGB te kennen.³⁷ De passieve bekendheid van de AWGB is onderzocht door de ondervraagden een lijst voor te leggen met mogelijke discriminatiegronden. Hieruit blijkt dat tweederde of meer van de ondervraagden denkt dat ras, geslacht, hetero- of homoseksuele geaardheid en godsdienst/levensovertuiging zijn opgenomen in de AWGB.³⁸ Ook nationaliteit, leeftijd en handicap/chronische ziekte zijn redelijk bekende discriminatiegronden (meer dan de helft van de ondervraagden). Dat twee van deze gronden niet in de AWGB zijn opgenomen maar in afzonderlijke wetten lijkt mij irrelevant; belangrijk is dat mensen weten dat onderscheid maken op die grond bij wet is verboden. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen direct en indirect onderscheid. Dit soort meer specialistische kennis kan uiteraard wel relevant zijn voor mensen die in het kader van hun werk te maken hebben met de gelijke behandelingswetgeving, zogenaamde professionele gebruikers.³⁹ Slechts 10% van de ondervraagden denkt dat de AWGB van toepassing is wanneer een computerfirma een medewerker ontslaat, terwijl vrijwel de helft denkt dat de AWGB van toepassing is wanneer een landelijke politieke partij of een sportvereniging weigert iemand in te schrijven als nieuw lid.⁴⁰ Kennelijk associëren mensen gelijke behandeling eerder met de toegang tot een politieke partij of vereniging dan met ontslag.

6 TOEGANKELIJKHEID VAN DE COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING

Aan de respondenten die zeggen ongelijke behandeling te hebben meegemaakt is in het CGB- onderzoek ook gevraagd of zij hiertegen iets hebben ondernomen. Ongeveer een van de drie respondenten zegt te hebben overwogen om iets te ondernemen naar aanleiding van de ervaren discriminatie. Slechts een op de tien heeft daadwerkelijk actie ondernomen. Dat betekent dat ruim tweederde van de respondenten die zeggen discriminatie te hebben ervaren niet heeft overwogen hier iets aan te doen. Gevraagd waarom niet is overwogen iets te doen, antwoorden de meeste van hen 'geen behoefte aan' (als antwoordcategorie opgenomen in vragenlijst) of 'het heeft geen zin/ tijdverspilling'. De in de vragenlijst opgenomen antwoordcategorie 'niet aan gedacht' wordt slechts door weinig respondenten gekozen. Degenen die wel hebben overwogen iets te ondernemen maar dit uiteindelijk toch

36 Hertogh e.a. 2006, p. 266 (tabel 2.2).

37 In het rapport staat dat het hier gaat om de helft van alle ondervraagden (Hertogh e.a. 2006, p. 267). Dit lijkt mij niet juist. Ik vermoed dat deze vraag uitsluitend is gesteld aan de 797 respondenten die eerder zeiden dat ze wel eens van de AWGB hadden gehoord of gelezen. Tabel 2.4 gaat over totaal 797 respondenten, dit is 76% van alle 1054 ondervraagden. 76% is precies het aandeel van de respondenten die wel eens heeft gehoord of gelezen over de AWGB zoals blijkt uit tabel 2.2 (p. 266).

38 Hertogh e.a. 2006, p.269 (tabel 2.5).

39 De kennis van de professionele gebruikers van de wet is in dit onderzoek niet rechtstreeks onderzocht. Wel is aan de professionele gebruikers gevraagd of zij het eens zijn met de stelling 'De tweedeling in direct en indirect onderscheid is in de praktijk niet goed werkbaar'. Van de 28 respondenten zijn twaalf het eens met deze stelling, zeven zijn het er mee oneens (Hertogh e.a. 2006, p.278, tabel 3.4). Uit ander onderzoek is bekend dat bijvoorbeeld personeelsfunctionarissen slechts zeer globale kennis hebben van gelijke behandelingswetgeving (C. Woldringh, 'Arbeidsorganisaties en gelijke-behandelingswetgeving' in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu 1999, p. 348-353 (1999a); Monster e.a. 2002, *Een bepaald geslacht. Een onderzoek naar regelgeving inzake beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2002, p.159-165).

40 Hertogh e.a. 2006, p. 270 (tabel 2.6).

niet hebben gedaan, noemen hiervoor als redenen vooral dat het teveel energie of tijd kost of dat werd geadviseerd niet verder te gaan.

Vooral respondenten die zijn geconfronteerd met ongelijke behandeling op grond van hetero- of homoseksuele geaardheid, arbeidsduur (fulltime/parttime), of vast of tijdelijk arbeidscontract, overwegen relatief vaak actie te ondernemen. Respondenten gediscrimineerd op grond van arbeidsduur ondernemen relatief het vaakst actie (een op de vijf). Bijna de helft van de respondenten die hebben overwogen 'verder te gaan' heeft geen persoon of organisatie ingeschakeld voor advies of hulp.

Van de respondenten die aangaven ongelijk te zijn behandeld is uiteindelijk een op de tien er verder mee gegaan (een zaak van gemaakt, oordeel of advies gevraagd, klacht ingediend). Van deze 35 personen is een kwart bij een advocaat geweest. Op de vraag bij welke instantie men uiteindelijk terecht is gekomen, wordt de CGB weinig genoemd (onbekend hoe vaak). De rechtbank wordt het vaakst genoemd. Ongeveer even vaak komt men 'nergens' terecht.⁴¹ Deze bevinding wordt door de onderzoekers niet nader toegelicht, het betekent vermoedelijk dat de poging er werk van te maken strandt omdat de betrokkene het advies krijgt de zaak te laten rusten (van bijvoorbeeld een advocaat of rechtshulpverlener) of omdat de betrokkene niet weet tot welke instantie hij of zij zich zou kunnen wenden.

De CGB ontving minder verzoeken wegens discriminatie op grond van handicap en ras dan zij had verwacht. Daarom is nader onderzoek gedaan naar de barrières van fysiek gehandicapten en van etnische minderheden om een beroep te doen op de Commissie Gelijke Behandeling. Hiertoe zijn interviews gehouden met functionarissen van belangenorganisaties van etnische minderheden en gehandicapten, met intermediairen⁴² en met personen die zelf slachtoffer zijn geweest van ongelijke behandeling op grond van hun afkomst of handicap.⁴³ Als belangrijkste barrières komen naar voren: onbekendheid met de AWGB en de CGB, onduidelijkheid over wat de CGB voor slachtoffers kan betekenen en emotionele barrières bij slachtoffers. Zo is het voor veel mensen vervelend om te erkennen dat ze een probleem hebben, om te erkennen dat ze hun eigen probleem niet kunnen oplossen, en om de zaak uit handen te geven.

Sinds 1 april 2004 biedt de AWGB slachtoffers van discriminatie die een juridische procedure beginnen bescherming tegen victimisatie.⁴⁴ In eerder onderzoek zei een van de drie werknemers die nog bij de werkgever werkte waartegen een klacht was ingediend, dat zij van het indienen van die klacht negatieve gevolgen hadden ondervonden in hun werk.⁴⁵ Dit is in deze evaluatie niet onderzocht. De CGB concludeert dat het wenselijk is de mate waarin victimisatie voorkomt periodiek te onder-

41 CGB 2005 Het verschil gemaakt, Bijlage 1, p. 34.

42 Het gaat hierbij om personen 'die op de een of andere manier betrokken zijn bij de behandeling van klachten over ongelijke behandeling' zoals vertrouwenspersonen bij grote bedrijven en instellingen, om belangenorganisaties, functionarissen bij politie en OM, advocaten en andere rechtshulpverleners en vakbondsfunctionarissen (Commissie Gelijke Behandeling 2005, Bijlage 1, p. 97).

43 Het is storend en verwarrend dat de suggestie wordt gewekt dat over elk van deze deelonderzoeken afzonderlijk wordt gerapporteerd (Commissie Gelijke Behandeling 2005, Bijlage 1, p.59-118). Een groter of kleiner deel van een deelrapport is echter letterlijk hetzelfde als een ander deelrapport. Hierdoor weet je als lezer niet meer op welke interviews de gegeven informatie betrekking heeft (alleen de tien uit het betreffende deelonderzoek, of ook de tien uit het parallelle onderzoek).

44 Artikel 8a AWGB: "Het is verboden 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."

45 C. Woldringh 1999a, p.420-421. Zie voor een bespreking van het voorkomen van en mogelijke remedies tegen victimisatie: T.Havinga, 'Repercussies van klagen tegen de werkgever. Zaak gewonnen, baan verloren' in: T. Loenen (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, 91-103.

zoeken, te beginnen met een nulmeting.⁴⁶ Het is mij niet duidelijk wat de CGB precies voor ogen staat. Het lijkt mij een goed idee om in enquêtes en interviews met verzoekers en hun gemachtigden telkens te vragen naar mogelijke negatieve consequenties die het indienen van een klacht voor de verzoeker heeft gehad. Daarmee is het effect van de vrees voor victimisatie als barrière voor het indienen van een verzoek bij de CGB echter nog niet onderzocht.

De meeste verzoeken bij de CGB worden nog altijd ingediend door individuele personen en niet door bijvoorbeeld een belangenorganisatie. De CGB stelt dat het aandeel van individuele verzoekers tien jaar geleden lager lag (60%).⁴⁷ dit is volgens mij onjuist, in 1995 was 86% van de oordelen uitgesproken op verzoek van een individu,⁴⁸ in 2004 was dit 73%.⁴⁹

7 ERVARINGEN VAN PROFESSIONELE GEBRUIKERS

Hertogh c.s. hebben onderzocht hoe mensen die in hun dagelijks werk te maken krijgen met gelijke behandeling de AWGB ervaren en waarderen. Er zijn telefonische interviews afgenomen met 28 professionele gebruikers van de AWGB. Het gaat hierbij vooral om intermediairs en hulpverleners zoals medewerkers van anti-discriminatiebureaus, vakbonden en belangenorganisaties, en advocaten. Ook enkele rechters en P&O medewerkers zijn geïnterviewd. Een derde van de ondervraagde professionele gebruikers heeft in het dagelijkse werk overigens (bijna) nooit te maken met de Algemene wet gelijke behandeling en bijna de helft heeft bijna nooit te maken met de Commissie Gelijke Behandeling.⁵⁰ De meeste professionals vinden de normen uit de AWGB en de oordelen van de CGB voldoende duidelijk. In veel interviews worden ondanks dit positieve oordeel toch kanttekeningen geplaatst bij de helderheid van de oordelen van de CGB, het casuïstische karakter van de oordelen, het ontbreken van specifieke expertise en het te beperkte toetsingskader van de CGB waardoor de CGB met sommige relevante omstandigheden onvoldoende rekening kan houden. Sommige professionele gebruikers vinden de tweedeling in direct en indirect onderscheid niet goed werkbaar.⁵¹

8 OPVOLGING VAN EN TEVDENHEID MET OORDELEN

De CGB beschouwt de mate waarin partijen het oordeel van de GCB opvolgen als een belangrijke indicatie voor de effectiviteit.⁵² De Commissie Gelijke Behandeling heeft naar aanleiding van de resultaten van de eerste evaluatie van de AWGB meer aandacht besteed aan de follow-up van oordelen.⁵³ De CGB gaat vanaf 2001 systematisch na of het oordeel van de Commissie door partijen is opgevolgd (dit betreft uitsluitend de oordelen waarin volgens de CGB sprake was van verboden onderscheid of strijd met de wet en oordelen waarin een aanbeveling is gedaan). De

46 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 74.

47 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 27.

48 T. Havinga, 'Opzet van het rechtssociologisch onderzoek', in: Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, tabel 1.4, p. 337.

49 Jaarverslag CGB 2004, tabel 5, p. 78.

50 Hertogh e.a. 2006, p. 275-276.

51 Hertogh e.a. 2006, p. 277-282.

52 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 77.

53 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 69.

Commissie concludeert dat het opvolgingspercentage stijgt van 60% in 2001 naar 76% in de eerste helft van 2004. Dit is een te rooskleurig beeld. In deze percentages worden oordelen waarbij de Commissie niet weet in hoeverre het oordeel is opgevolgd buiten beschouwing gelaten.⁵⁴ Er is echter reden om aan te nemen dat deze oordelen minder vaak zijn opgevolgd.⁵⁵ In ruim de helft van alle oordelen van 2001 t/m half 2004 zijn maatregelen getroffen ter opvolging van het oordeel.⁵⁶ In veel gevallen betreft het structurele maatregelen, dat wil zeggen maatregelen die meer in het algemeen bijdragen aan de naleving van de gelijkebehandelingsnorm.⁵⁷ Het opvolgingspercentage ligt lager bij oordelen over seksdiscriminatie en bij oordelen die betrekking hebben op pensioenfondsen en –verzekeraars. Wanneer de CGB een aanbeveling heeft toegevoegd aan het oordeel vergroot dit de kans dat het oordeel wordt opgevolgd.

Uit een telefonische enquête onder partijen die betrokken zijn bij een oordeel 2003-juli 2005 blijkt dat de helft van de verweerders en hun gemachtigden vindt dat het oordeel van de CGB hen niet dichterbij een oplossing heeft gebracht. Van de verweerders en hun gemachtigden vindt 43% dat het oordeel geen aanknopingspunten biedt om iets aan de situatie of het beleid te veranderen.⁵⁸

In het verleden werd geconstateerd dat rechters niet altijd het oordeel van de CGB volgen. De CGB onderzocht 39 uitspraken van rechters die volgden op een oordeel van de CGB dat sprake was van verboden onderscheid en vier rechterlijke uitspraken nadat de CGB had geoordeeld dat geen sprake was van onderscheid in strijd met de wet. De rechter motiveert meestal expliciet waarom het oordeel van de CGB wel of niet wordt gevolgd. In ruim een op de drie gevallen komt de rechter tot een ander oordeel dan de CGB⁵⁹ omdat de rechter aan andere juridische maatstaven toetst dan de CGB of omdat de rechter de wetgeving of jurisprudentie anders interpreteert dan de CGB.⁶⁰ Het is nog nooit voorgekomen dat een rechterlijke instantie de CGB vraagt om haar oordeel over een specifieke rechtsvraag. Hertogh c.s. hebben vijf rechters telefonisch geïnterviewd. Deze rechters hadden overigens zelf geen ervaring met het toepassen van de AWGB. Drie van hen zijn van mening dat de invloed van een CGB-oordeel op de rechtspraak klein is, een van hen meent dat de invloed groot is.⁶¹ De rechters benadrukken dat ze oordelen van de CGB wel belangrijk vinden maar dat ze hun eigen afweging zullen maken, ook omdat het wettelijke toetsingskader van de rechter ruimer is dan dat van de CGB.

9 EFFECTIVITEIT VAN DE AWGB

Hertogh c.s. gebruiken verschillende indelingen en begrippen bij de bespreking van de effecten van de AWGB. Allereerst wordt onderscheid gemaakt tussen directe, indirecte en symbolische effecten van de AWGB.

54 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 78.

55 Uit onderzoek naar zeven oordelen uit 1997 waarvan bij de CGB in 1999 onbekend was of dit was opgevolgd bleek slechts in één geval de wederpartij maatregelen te hebben genomen naar aanleiding van het oordeel. A.G.M. Böcker, 'Opvolging en doorwerking van oordelen', in: Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 447.

56 Gebaseerd op gegevens Commissie Gelijke Behandeling 2005, Bijlage 3 p. 7-9.

57 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 78-79.

58 CGB 2005 Het verschil gemaakt, Bijlage 3, p. 10 en 24.

59 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 94-96.

60 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 98.

61 Hertogh e.a. 2006, p. 282-284.

Directe en indirecte effecten

Bij directe effecten gaat het om directe naleving of andere rechtstreekse gevolgen van (de bepalingen uit) de wet. Er is aan de ondervraagden gevraagd of de AWGB ertoe heeft geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld en of het werk van de CGB ertoe heeft geleid dat er minder mensen ongelijk worden behandeld.⁶² De antwoorden op dergelijke vragen kunnen informatie opleveren over de beeldvorming bij het publiek over AWGB respectievelijk CGB, het lijkt me echter een zeer slechte indicator voor de daadwerkelijke effecten van AWGB en CGB.

Indirecte effecten 'hebben niet primair te maken met de naleving van een concrete regel uit de Awgb, maar met de maatschappelijke gevolgen hiervan'.⁶³ Er is bijvoorbeeld sprake van een indirect effect wanneer een organisatie de interne regels of routines aanpast naar aanleiding van de wetgeving (en niet in reactie op een oordeel van de CGB). Er is geen systematisch onderzoek gedaan naar de indirecte effecten van de AWGB bij bedrijven. Hertogh wijst op de structurele maatregelen die worden genomen naar aanleiding van oordelen van de CGB.⁶⁴

Symbolische effecten

Als derde vorm van effecten wordt gekeken naar symbolische effecten, dat zijn effecten op het gebied van betekenisverlening en communicatie. Symbolische effecten kunnen, zo lijkt mij, zowel directe of indirecte effecten zijn. Van Klink (de auteur van deze paragrafen) maakt onderscheid tussen positief-symbolische effecten, die de werkzaamheid van de AWGB bevorderen en negatief-symbolische effecten die de werkzaamheid van de AWGB belemmeren.⁶⁵ Hij concludeert op basis van een aantal opinievragen in de enquête onder de bevolking dat mensen gelijke behandeling belangrijk vinden. Ook het maatschappelijk draagvlak voor de AWGB en de CGB blijkt groot. Sommige vragen zijn overigens zo specifiek dat vermoedelijk veel van de ondervraagden niet precies weten waar het om gaat. Zo wordt nogal wat kennis verondersteld om een gefundeerde mening te kunnen geven over de stelling: 'Ik ben onder invloed van de Awgb anders gaan denken over (on)gelijke behandeling'.⁶⁶ Als negatief symbolisch effect ziet Van Klink de beperkte kennis en belangstelling bij de bevolking voor de AWGB.⁶⁷ Is dit niet eerder het ontbreken van effect dan een negatief effect? Van Klink gaat afzonderlijk in op de mogelijke symbolische effecten van het inschakelen van de CGB. Zo ziet Van Klink de volgende positief-symbolische effecten van inschakeling van de Commissie Gelijke Behandeling: verspreiding van het wettelijk vocabulaire, bevestiging van het gelijkheidsideaal, mentaliteitsverandering en erkenning van de eigen positie. Inschakeling van de CGB kan ook negatief-symbolische effecten hebben zoals imagoschade, verscherping van het conflict of het ingraven in de eigen positie. Aan de hand van voorbeelden uit de case studies illustreert Van Klink deze symbolische effecten. Zo

62 Hertogh e.a. 2006, p. 295-298.

63 Hertogh e.a. 2006, p. 298.

64 Hier beschouwt Hertogh structurele maatregelen door de wederpartij naar aanleiding van een oordeel van de CGB kennelijk wel als indirect effect, terwijl eerder in de omschrijving van een indirect effect werd gezegd dat het gaat om maatregelen die worden genomen niet in reactie op een oordeel van de CGB.

65 Hertogh e.a. 2006, p. 301.

66 Hertogh e.a. 2006, p. 304 (tabel 4.8).

67 Hertogh e.a. 2006, p. 307-308.

beschrijft hij bijvoorbeeld dat de procedure bij de CGB iemand aan het denken heeft gezet of het conflict op scherp stelt.⁶⁸

Drie verhalen over recht

Vervolgens komt Hertogh met nog een derde indeling.⁶⁹ De gegevens over de maatschappelijke beleving van de AWGB worden geïnterpreteerd aan de hand van de ideeën van Ewick en Silbey.⁷⁰ Ewick en Silbey onderscheiden drie verschillende verhalen over het recht: ‘before the law’, ‘with the law’ en ‘up against the law’. In ‘Before the law’ wordt recht gezien als objectief en onpartijdig terrein. ‘With the law’ beschrijft recht als een spel met bepaalde regels. In het derde verhaal ‘Up against the law’ wordt recht gezien als product van ongelijke macht, recht is niet objectief en eerlijk, maar juist onvoorspelbaar. Volgens Ewick en Silbey zijn deze verhalen van recht alledrie aanwezig, soms in hetzelfde interview. Het werk van Ewick en Silbey over hoe mensen in hun dagelijks leven omgaan met het recht is zeer interessant. Ewick en Silbey gebruiken daarbij zeer rijk empirisch materiaal en laten zien dat iemand het ene moment het recht kan zien als ‘tegenstander’ en het volgende moment gebruik kan maken van het recht (‘up against the law’ en ‘with the law’). Dit onderscheid zou ook zeker bruikbaar kunnen zijn in een analyse van hoe mensen gelijkebehandelingswetgeving gebruiken en beleven. Het hier besproken onderzoek bevat echter niet de soort van onderzoeksresultaten die hiervoor nodig zijn. Er zijn namelijk vrijwel geen ‘verhalen’ van mensen verzameld. De hier door Hertogh gegeven interpretatie voegt mijns inziens dan ook weinig toe. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Hertogh noemt de constatering dat professionele gebruikers de AWGB beschouwen als een van de mogelijkheden als uiting dat het hier gaat om een verhaal ‘with the law’. Deze interpretatie vind ik niet overtuigend. Als uiting van ‘against the law’ noemt Hertogh de onverschilligheid en desinteresse in de AWGB en de CGB. Dit lijkt mij evenmin een juiste interpretatie. Wanneer iemand geen verhaal heeft over (on)gelijke behandeling is dat zeker niet hetzelfde als dat het recht wordt voorgesteld als partijdig of als iets dat tegen je wordt gebruikt of je belemmert in je leven. Hertogh gebruikt het onderscheid tussen de drie verhalen over recht op een heel andere manier dan Ewick en Silbey, zonder nader in te gaan op de vraag welke consequenties dat heeft: Hertogh omschrijft de drie verhalen anders, gebruikt resultaten van enquêtes in plaats van een narratieve analyse en past het gedeeltelijk toe op de ervaringen van professionele gebruikers (in plaats van recht in het dagelijkse leven van mensen).

Vrijwel alle in het voorgaande besproken onderzoeksresultaten hebben betrekking op de specifieke sociale werking van de gelijkebehandelingswetgeving. Dat wil zeggen de effecten van de wetgeving in situaties waar sprake is van een conflict of meningsverschil over naleving van de wet, waarbij de Commissie Gelijke Behandeling wordt ingeschakeld. Voor een oordeel over de effectiviteit van de AWGB is echter ook inzicht nodig in de werking van de wetgeving zonder dat sprake is van een conflictsituatie. Over deze algemene sociale werking van de AWGB bieden de beide evaluatieonderzoeken echter nauwelijks informatie. Alleen

68 Hertogh e.a. 2006, p. 308-310.

69 Hertogh e.a. 2006, p. 310-314.

70 P. Ewick en S.S. Silbey, ‘Common Knowledge and Ideological Critique: The Significance of Knowing That the “Haves” Come out Ahead’, *Law & Society Review*, Vol. 33, No. 4, Do the “Haves” Still Come Out Ahead?. 1999, p. 1025-1041.

de bekendheid van de wetgeving en van de CGB is onderzocht. Er is geen onderzoek gedaan naar naleving van de AWGB of naar opvattingen bij normadressanten. Onderzoeken rond de procedure bij de CGB leveren nog enige aanvullende informatie over de algemene sociale werking. Zo constateert de CGB een lichte stijging in het aantal verzoeken om een oordeel over eigen handelen. Dit zou erop kunnen duiden dat gelijke behandeling en de normen van de gelijkebehandelingswetgeving in die organisaties onderwerp van gesprek zijn. De meeste oordelen zijn gegeven op verzoek van individuele personen, het aandeel van belangenorganisaties blijft gering. De CGB constateert tevens dat oordelen van de CGB vaak botsen met de visie van pensioenfondsen en –verzekeraars op pensioenvraagstukken. Dit sluit aan bij de conclusie in de eerste evaluatie dat de in de financiële dienstverlening gebruikelijke werkwijze (waarbij risico's worden berekend voor categorieën verzekerden), op gespannen voet staat met het gedachtegoed achter de AWGB.⁷¹ Ook in andere maatschappelijke sectoren zijn andere doeleinden en principes veelal belangrijker dan gelijke behandeling en deze andere doeleinden kunnen in meer of mindere mate op gespannen voet staan met gelijke behandeling.

Opvolging van oordelen van de CGB blijkt vaak te gebeuren in de vorm van structurele maatregelen. Dergelijke maatregelen leiden tot versterking van de algemene sociale werking in de toekomst. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Naar aanleiding van een oordeel is een CAO in de gezondheidszorg aangepast.⁷² Deze gewijzigde CAO zorgt er voor dat op dit punt in de toekomst de AWGB 'vanzelf' wordt nageleefd. De CGB is van plan om oordelen vaker ter kennis te brengen van ministers, werkgeversverenigingen, vakbonden of andere koepelorganisaties.⁷³ Dit kan bijdragen aan de algemene sociale werking omdat dan anderen dan de wederpartij kennis nemen van het standpunt van de CGB en op basis hiervan wellicht hun werkwijze aanpassen. De CGB heeft ook onderzocht in hoeverre adviezen van de CGB over bijvoorbeeld een wetsvoorstel zijn betrokken bij de verdere besluitvorming. De CGB concludeert dat vooral de gevraagde adviezen vaak worden betrokken bij de besluitvorming. Vooral van ongevraagde adviezen is niet altijd duidelijk of ze van invloed zijn geweest op de besluitvorming.⁷⁴ De CGB wil meer aandacht besteden aan advisering en nagaan in hoeverre de adviezen worden opgevolgd.

10 IS DE CGB OMSTREDEN?

Najaar 2006 heeft minister Verdonk de knuppel in het hoenderhok gegooid door naar aanleiding van een omstreden oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling afschaffing van de CGB te bepleiten.⁷⁵ Het ging om het oordeel van de CGB dat een Utrechtse school een islamitische docente niet had mogen schorsen omdat ze weigert mannen een hand te geven.⁷⁶ Ook eerder deden oordelen van de Commissie al veel stof opwaaien. In krantenberichten worden de Commissie de

71 T. Havinga en C.A. Groenendijk, 'De sociale werking van gelijke-behandelingswetgeving', in: Asscher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 508.

72 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 80.

73 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 83.

74 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 100–103.

75 Zie bijvoorbeeld *Trouw*, *NRC Handelsblad*, *de Volkskrant* van 9 november 2006. Overigens beroept de CGB zich in haar 'verdediging' onder andere op het feit dat er bij bijna driekwart van de oordelen sprake is van discriminatie, en dat deze vrijwillig worden opgevolgd.

76 Oordelen 2006–220 en 221.

volgende verwijten gemaakt: onvoldoende aandacht voor de praktijk en wereldvreemdheid,⁷⁷ doen van politieke uitspraken,⁷⁸ inconsistenties in oordelen,⁷⁹ oordelen zijn onbegrijpelijk,⁸⁰ onvoldoende maatschappelijk draagvlak,⁸¹ eenzijdige samenstelling van de Commissie,⁸² eenzijdige en achterhaalde ideologische benadering,⁸³ ongebalanceerde afweging grondrechten,⁸⁴ onhoudbaar cultuurrelativisme,⁸⁵ en ongewenste vermenging van taken (onderzoeken en beoordelen klacht, belangenbehartiger).⁸⁶

In hoeverre blijkt uit de beide evaluatieonderzoeken of de Commissie omstreden is of juist veel vertrouwen geniet? De door Hertogh ondervraagde professionele gebruikers zijn kritisch over de Commissie. Zij vinden de tekst van de AWGB over het algemeen wel duidelijk, de interpretatie daarvan door de CGB leidt volgens hen soms tot problemen. Tijdens een presentatie over dit onderzoek stelde Hertogh dat niet de AWGB maar de interpretatie hiervan door de CGB leidt tot discussie en meningsverschillen. Een van de aanwezige toehoorders, werkzaam bij de Commissie, vatte dit op als aanval op de Commissie en betwiste deze stelling. Misschien is de hierboven vermelde discussie in de media de verklaring voor deze reactie. De conclusie van Hertogh is namelijk weinig verrassend. In de AWGB wordt de norm van gelijke behandeling in algemene termen weergegeven. De idee van gelijke behandeling wordt vrij breed ondersteund door zowel de Nederlandse bevolking als mensen die beroepshalve met de AWGB te maken krijgen.⁸⁷ De discussies en meningsverschillen ontstaan wanneer die abstracte norm van gelijke behandeling wordt toegepast in een concrete situatie. Dan blijkt dat die norm op heel verschillende manier wordt ingevuld. Op sommige punten wordt de interpretatie van de Commissie niet door iedereen gedeeld. Overigens leidt lang niet elk oordeel van de CGB tot een discussie in de media, vermoedelijk is slechts een aantal oordelen van de CGB maatschappelijk omstreden.

Uit het onderzoek van de CGB blijkt dat ongeveer driekwart van de verzoekers, verweerders en hun gemachtigden het oordeel van de CGB in 'hun' zaak overtuigend vindt, terwijl een kwart het oordeel niet overtuigend vindt.⁸⁸

Een van de punten van kritiek is dat de CGB onvoldoende onafhankelijk zou zijn. In haar evaluatierapport gaat de CGB in op de onafhankelijkheid van de Commissie.⁸⁹ Het gaat hierbij om financiële onafhankelijkheid ten opzichte van de

- 77 *De Volkskrant* 10 november 2006, p. 11; directeur Vader Rijncollege in *De Volkskrant* 9 november, p. 4.
 78 Kamerlid Dijsselbloem in *Eindhovens Dagblad*, 10 november 2006 en in *Trouw* 9 november 2006, p. 1.
 79 J. Silversmith, Meldpunt discriminatie Amsterdam, in *Trouw* 10 november 2006, p. 2-3.
 80 Weigeren om mannen een hand te geven is toch duidelijk ongelijke behandeling, dus hoe kan de Commissie Gelijke Behandeling nu tot dit oordeel komen, zo lijkt de redenering in bijvoorbeeld een column in *de Telegraaf* van 9 november 2006, p. 3.
 81 Verdonk in *NRC Handelsblad* 9 november 2006, p. 1, *NRC Handelsblad* 11 november 2006, p. 3, Jan Henk van der Velden in *Het Financieel Dagblad* 23 november 2006, p. 11.
 82 'Zachte sector', 'multicultihoek' (*Algemeen Dagblad* 18 oktober 2006).
 83 Afshin Ellian, Herman Vuijsje en Dick Pels in *Algemeen Dagblad* 18 oktober 2006, p. 3 en 4.
 84 Lindeboom en Brussee noemen eenzijdige nadruk gelijke behandeling, te weinig aandacht voor vrijheid van onderwijs (*NRC Handelsblad* 11 december 2006, p. 6), Jan Henk van der Velden in *Het Financieel Dagblad* 23 november 2006, p. 11.
 85 Henk Middendorp in *NRC Handelsblad* 18 november 2006, p. 16.
 86 Jan Henk van der Velden in *Het Financieel Dagblad* 23 november 2006, p. 11.
 87 Dit blijkt ook uit de enquête onder de bevolking van Hertogh c.s.: een meerderheid vindt gelijke behandeling van mannen en vrouwen (89%), van hetero- en homoseksuelen (86%) belangrijk. Gelijke behandeling van moslims en niet-moslims vindt 69% belangrijk en 10% niet belangrijk. Tabel 4.5. De overgrote meerderheid van de ondervraagden vindt het belangrijk dat er met de AWGB een wet bestaat die toeziet op gelijke behandeling (tabel 4.6).
 88 CGB 2005 Het verschil gemaakt, Bijlage 2, Evaluatie van de CGB oordelen in de periode januari 2003-juni 2004, p. 23-24 resp. juli 2004-dec 2004, p. 27-28.
 89 CGB 2005 Het verschil gemaakt, p. 107-114.

overheid en de vraag in hoeverre verschillende taken met elkaar verenigbaar zijn: kan advisering samengaan met oordelen? Staat bemiddeling op gespannen voet met oordelen? De CGB concludeert dat de combinatie van taken de onafhankelijkheid niet in de weg staat volgens internationale normen. De Commissie gaat niet in op onafhankelijkheid in de betekenis van onpartijdigheid, onbevooroordeeldheid of objectiviteit. Het is deze betekenis van onafhankelijkheid die in kritische berichtgeving in de media vooral naar voren komt.

Uit de in opdracht van de CGB uitgevoerde enquête onder verzoekers, verweerders en hun gemachtigden blijkt dat driekwart van de ondervraagden vindt dat de CGB zorgvuldig te werk is gegaan. Tweederde vindt dat de Commissie objectief was tijdens de zitting. Punt van zorg is dat van de verweerders en hun gemachtigden slechts de helft van oordeel is dat de Commissie objectief is. In hun ogen is de Commissie partijdig ten gunste van de verzoeker.⁹⁰ Bij de vorige evaluatie vond slechts 13% van de verzoekers en 22% van de wederpartijen de Commissie niet onpartijdig.⁹¹ Doorgaans oordelen verzoekers die van de Commissie gelijk hebben gekregen positiever dan degenen die ongelijk hebben gekregen of wiens verzoek niet in behandeling is genomen.

De evaluatieonderzoeken bieden geen steun aan de stelling dat de CGB zeer omstreden is. Wel lijkt er aanleiding het draagvlak te versterken. De Commissie zou er goed aan doen meer pogingen in het werk te stellen om vooral verweerders en hun gemachtigden te overtuigen van de objectiviteit van de CGB en de argumenten waarop het oordeel rust. De bevinding dat aanbevelingen in oordelen waarin de CGB tot het oordeel komt dat niet in strijd met de wet is gehandeld, beter worden opgevolgd dan aanbevelingen in oordelen dat in strijd met de wet onderscheid is gemaakt, zou er op kunnen duiden dat verweerders eerder te overtuigen zijn van de wenselijkheid om hun beleid of gedrag aan te passen wanneer dat niet veroordeeld is. Veroordeling kan bij een verweerder leiden tot het gevoel onrechtvaardig behandeld te zijn en een reactie oproepen van de hakken in het zand zetten. Misschien kan de Commissie, los van verzoeken en concrete oordelen, een gesprek op gang brengen in bijvoorbeeld de onderwijswereld over ontplooiing, gelijke behandeling, ruimte voor eigen beleving van godsdienst en gewenste omgangsvormen op school. Een dergelijk gesprek zou kunnen uitmonden in een advies van de CGB aan de onderwijswereld waarin de gelijke behandelingsnorm op bepaalde punten wordt geconcretiseerd. Het is evengoed denkbaar dat de Commissie geen advies formuleert, maar dat het 'maatschappelijke veld' zelf conclusies verbindt aan de discussie. Een gesprek over de betekenis van gelijkebehandelingsnormen in concrete situaties die zich voordoen in een bepaalde maatschappelijke sector zou kunnen bijdragen aan een versterking van het maatschappelijk draagvlak en de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving.

90 CGB 2005 Het verschil gemaakt, Bijlage 2, p. 10, 21-22 resp. 25-26.

91 C. Woldringh, 'Ervaringen van verzoekers en wederpartijen', in Asscher-Vonk en Groenendijk 1999, p. 426-427 en 431-432 (1999b).

11 **SLOTBESCHOUWING OVER RECHTSSOCIOLOGISCHE EVALUATIE AWGB**

Hertogh maakt op diverse plaatsen een vergelijking tussen zijn onderzoek en het evaluatieonderzoek uit 1999.⁹² Hoewel hij daar veelal aan toevoegt dat voorzichtigheid op zijn plaats is ‘omdat beide evaluaties zijn gebaseerd op een andere onderzoeksopzet’, worden toch conclusies getrokken over veranderingen sinds 1999. Hertogh concludeert bijvoorbeeld dat de bekendheid met de AWGB, met de discriminatiegronden ‘leeftijd’ en ‘handicap’, en met de begrippen ‘indirect’ en ‘direct’ onderscheid ten opzichte van de vorige evaluatie in 1999 is toegenomen.⁹³ Van Klink en Hertogh stellen dat het maatschappelijk draagvlak voor de CGB sinds 1999 kleiner is geworden.⁹⁴ Het is echter niet mogelijk om conclusies te trekken over toe- of afname van bekendheid, kennis of draagvlak op basis van een vergelijking tussen een onderzoek bij arbeidsorganisaties en een onderzoek onder de hele bevolking. Vergelijking tussen de resultaten van de internetenquête in 2005 of 2006 onder de bevolking met bijvoorbeeld de telefonische enquête onder arbeidsorganisaties in 1999 zou wel interessant kunnen zijn voor bijvoorbeeld een vergelijking van de bekendheid of de kennis van ‘gewone burgers’ met die van personeelsfunctionarissen.

De empirische onderdelen van het evaluatieonderzoek van de CGB en het ‘externe’ evaluatieonderzoek overlappen sterk met elkaar. Beide onderzoeken omvatten een internetenquête onder een representatieve steekproef uit de bevolking, interviews met zogenaamde ‘intermediairen’ of professionele gebruikers, en case-studies rond dossiers. Het zou efficiënter zijn geweest wanneer bijvoorbeeld een van beide onderzoeken zich had gericht op het onderzoeken van kennis, meningen en ervaringen van de bevolking. Het andere onderzoeksteam had dan alle aandacht kunnen richten op bijvoorbeeld de kennis, meningen en ervaringen van professionele gebruikers of normadressaten.

In beide onderzoeken wordt nu geen of weinig aandacht besteed aan de vraag hoe normadressanten omgaan met gelijke behandeling. Hoe bekend is de gelijkebehandelingswetgeving en de CGB bij bijvoorbeeld personeelsfunctionarissen, schooldirecteuren of pensioenfondsen? Welke knelpunten of problemen rondom gelijke behandeling doen zich in een sector voor? Welke opvattingen bestaan er binnen zo’n sociaal veld? Gelijke behandelingswetgeving moet worden toegepast binnen vele sociale velden. Wat onder gelijke behandeling wordt begrepen en welke knelpunten worden ervaren, is per sociaal veld anders. De sociale normen die gelden binnen een sociaal veld kunnen de gelijkebehandelingswetgeving ondersteunen, maar ook de naleving daarvan belemmeren.

Hertogh doet de aanbeveling elke volgende evaluatie volgens het stramien van het nu uitgevoerde onderzoek op te zetten zodat vergelijking met voorgaande evaluaties mogelijk wordt. Dit is naar mijn mening geen goed idee. Allereerst omdat er nogal wat is aan te merken op de opzet van dit onderzoek. Zo is sterk de nadruk gelegd op een enquête onder de bevolking, waarbij de formulering van sommige vragen voor verbetering vatbaar is. Daarnaast zijn telefonische interviews gehouden

92 Asscher-Vonk & Groenendijk 1999. Hertogh vergelijkt met het rechtssociologische deel van dit onderzoek (p. 323 e.v.) en met name de kwantitatieve onderdelen van dit onderzoek Woldringh 1999a; Woldringh 1999b en Böcker 1999.

93 Hertogh e.a. 2006, p. 273-274 (punt 2, 7 en 9).

94 Hertogh e.a. 2006, p. 303 en 314.

met zogenaamde professionele gebruikers. Als evaluatie van de AWGB is dit te beperkt omdat onderzoek bij normadressanten of in specifieke maatschappelijke sectoren ontbreekt.

Om vergelijkingen in de tijd te kunnen maken, kan het wel zinvol zijn dezelfde vragen bij herhaling aan een te vergelijken onderzoeksgroep voor te leggen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door bepaalde vragen periodiek op te nemen in de door de CGB uitgevoerde opinieonderzoeken onder verzoekers en onder de bevolking. Bekendheid met en kennis over de AWGB en de CGB bij de Nederlandse bevolking is wat mij betreft niet de kern van de voor een evaluatie van de AWGB benodigde informatie.

In plaats van over vijf jaar dit evaluatieonderzoek te herhalen lijkt het zinvoller om gericht rechtssociologisch onderzoek te doen in bepaalde maatschappelijke sectoren of naar bepaalde knelpunten. Het juridische deel van het externe onderzoek was nu bijvoorbeeld gericht op een viertal actuele knelpunten. Op vergelijkbare wijze zou in het rechtssociologische onderzoek een aantal knelpunten nader kunnen worden onderzocht. Zo zou er aanleiding kunnen zijn geweest om onderzoek te doen in de wereld van pensioenfondsen en pensioenverzekeringen omdat deze sinds kort ook onder de werking van de AWGB zijn gebracht en er redenen zijn om te veronderstellen dat dit tot problemen zou kunnen leiden. Er zou ook specifiek onderzoek kunnen worden gedaan naar een bepaalde discriminatiegrond, bijvoorbeeld godsdienst (vanwege de discussies rondom afweging belangen) of handicap en leeftijd ('nieuwe' discriminatiegronden). Naar aanleiding van de discussies in de media rondom oordelen van de Commissie zou bijvoorbeeld specifiek onderzoek kunnen worden gedaan in het onderwijs. Ook zou onderzoek kunnen worden gedaan naar de meningen en de daarbij horende argumenten van relevante partijen over 'omstreden' oordelen van de Commissie. Nader onderzoek naar de achtergronden en redenen voor het niet opvolgen van een oordeel van de CGB zou naar mijn mening eveneens zinvol zijn geweest.

Het verdient daarbij aanbeveling om de evaluatietrajecten van alle gelijkebehandelingswetten te synchroniseren. Dit betekent voor de CGB en andere betrokkenen dat er niet permanent een evaluatietraject loopt. De meeste (potentiële) gebruikers van de gelijkebehandelingswetgeving zijn niet precies op de hoogte van de verschillende wetten en maken dat onderscheid niet. Dan is bovendien mogelijk om de werking van allerlei wettelijke bepalingen in hun onderlinge samenhang te onderzoeken en te evalueren.

Een gedegen veelomvattend onderzoek ten behoeve van de evaluatie van de gelijkebehandelingswetgeving kan dan eens in de tien of vijftien jaar worden gedaan. In de tussentijd zou onderzoek zich kunnen richten op specifieke vragen of sectoren. Daarbij moet vermeden worden dat door twee instanties gelijksoortig onderzoek wordt geëntameerd.

Inburgeringseisen en het gelijkheidsbeginsel

Mr. K.M. de Vries

1 INLEIDING

Begin 2004 presenteerde de Tijdelijke Commissie Onderzoek Integratiebeleid (Commissie Blok) haar bevindingen.¹ Een van de belangrijkste conclusies luidde dat de integratie van migranten in de Nederlandse samenleving grotendeels was geslaagd, maar dat van overheidswege te weinig nadruk was gelegd op het belang van inburgering en het leren van de Nederlandse taal. De Commissie Blok pleitte voor aanpassing van de inburgeringswetgeving. Slechts enkele maanden later werden de hoofdlijnen van een hervormd inburgeringsbeleid door de regering gepresenteerd in de Contourennota.² Inmiddels zijn twee belangrijke regelingen in werking getreden: de Wet inburgering in het buitenland (Wib)³ en de Wet inburgering (Wi).⁴

Door de genoemde wetten worden nieuwe verplichtingen in het leven geroepen voor vreemdelingen die zich duurzaam in Nederland willen vestigen of die hier reeds gevestigd zijn. Uiteraard is het de bedoeling dat deze verplichtingen alleen zullen gelden voor diegenen die daadwerkelijk een inburgeringsachterstand hebben of dreigen op te lopen. Het is echter zeer moeilijk gebleken om deze groep ‘inburgeringsbehoeftegen’ zorgvuldig af te bakenen. Er bestaat geen eenduidig criterium aan de hand waarvan bij voorbaat kan worden vastgesteld of iemand al dan niet is ingeburgerd. Indien echter de doelgroep van het inburgeringsbeleid niet nauwkeurig wordt vastgesteld, komt het gelijkheidsbeginsel in het gedrang. Aan wie niet voldoet aan de eisen van de nieuwe inburgeringswetgeving kan, afhankelijk van de situatie waarin de betrokkene zich bevindt, de toelating tot Nederland worden ontzegd, een permanent of zelfstandig verblijfsrecht worden geweigerd of een bestuurlijke boete worden opgelegd. Zoals de Commissie al tijdens de parlementaire behandeling van de Wi heeft opgemerkt, moeten dergelijke ingrijpende rechtsgevolgen –die slechts aan bepaalde groepen worden opgelegd– berusten op een deugdelijke rechtvaardiging.⁵

In deze bijdrage zal worden beschreven welke groepen onder de Wet inburgering buitenland en de Wet inburgering vallen, welke verplichtingen aan hen worden opgelegd en welke gronden de regering heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van deze verplichtingen. Deze rechtvaardigingsgronden zullen worden getoetst aan

- 1 Rapport Tijdelijke Commissie Onderzoek Integratiebeleid (Commissie Blok), *Bruggen bouwen*, Kamerstukken II 2003–2004, 28 689, nr. 9.
- 2 *Kamerstukken II 2003–2004*, 29 543, nr. 2.
- 3 *Stb.* 2006, 28, in werking getreden op 15 maart 2006, *Stb.* 2006, 75.
- 4 *Stb.* 2006, 625, in werking getreden op 1 januari 2007, *Stb.* 2006, 645 (Besluit tot uitvoering en vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet inburgering).
- 5 Brief van de Commissie Gelijke Behandeling aan de Tweede Kamer d.d. 23 januari 2006 met kenmerk 2006/0012/AGC/TdW, beschikbaar op www.cgb.nl.

(inter)nationale gelijkheidsnormen, mede aan de hand van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de Nederlandse rechter. Ook zal, met betrekking tot de Wi, aandacht worden besteed aan de adviezen van de Raad van State. Hieronder zal eerst de Wet inburgering buitenland aan de orde komen, daarna wordt ingegaan op de Wet inburgering.

2 HET INBURGERINGSVEREISTE ALS VOORWAARDE VOOR TOELATING

2.1 *Verplichting en doelgroep*

Sinds de inwerkingtreding van de Wet inburgering buitenland (Wib) moeten grote groepen vreemdelingen die zich duurzaam in Nederland willen vestigen, kunnen aantonen dat zij beschikken over kennis op basisoniveau van de Nederlandse taal en de Nederlandse maatschappij. Het behalen van het inburgeringsexamen in het buitenland is aldus een nieuwe voorwaarde geworden voor toelating tot Nederland.⁶ Enerzijds wordt met deze voorwaarde beoogd om de inburgering zo vroeg mogelijk te laten aanvangen, anderzijds is er sprake van een selectiemiddel: alleen wie vooraf kan aantonen dat hij bereid en in staat is om enige kennis van het Nederlands en de Nederlandse samenleving te verwerven, zal tot Nederland worden toegelaten.⁷

Het inburgeringsvereiste in het buitenland geldt niet voor arbeidsmigranten, studenten en asielzoekers. De doelgroep van de Wib bestaat voor het overgrote deel uit vreemdelingen die zich in Nederland willen vestigen met het oog op gezinsvorming of -hereniging. Gezinsleden van arbeidsmigranten zijn echter weer uitgesloten van het inburgeringsvereiste, omdat hun verblijf, evenals dat van de arbeidsmigranten zelf, als tijdelijk wordt aangemerkt. Waar in vervolg van dit artikel over gezinsmigranten wordt gesproken wordt daarmee dus niet bedoeld op de gezinsleden van arbeidsmigranten.

Gezinsmigratie is getalsmatig de belangrijkste vorm van immigratie in Nederland. De Commissie Blok heeft er echter op gewezen dat veel gezinsmigranten, met name van Turkse en Marokkaanse afkomst, laag opgeleid zijn en moeite hebben met de Nederlandse taal.⁸ Door invoering van de eis dat wie naar Nederland komt reeds in het buitenland moet zijn ingeburgerd, wil de regering de nadelige effecten van de voortdurende gezinsmigratie op het integratieproces ondervangen.

Behalve gezinsmigranten moeten ook geestelijk bedienaren het inburgeringsexamen in het buitenland afleggen. De regering heeft erop gewezen dat geestelijk bedienaren – in de praktijk hoofdzakelijk imams – een belangrijke rol vervullen met betrekking tot het integratieproces van migranten in Nederland.⁹ De ratio achter het inburgeringsvereiste voor deze groep is derhalve dat geestelijk bedienaren zelf goed moeten zijn ingeburgerd om anderen te kunnen helpen integreren.

6 Art. 16, lid 1, onderdeel h, Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000); voor een uitgebreide beschrijving van de Wet inburgering buitenland zie J.H. van der Winden, *Wet inburgering in het buitenland*, Den Haag: Sdu 2006.

7 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 700, nr. 3, p. 3-6; 2004-2005, 29 700, nr. 6, p. 1-8, 13-16.

8 *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 689, nr. 9, p. 528.

9 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 700, nr. 6, p. 34; 2003-2004, 29 543, nr. 2, p. 10; 1999-2000, 27 000, nr. 3.

Een vrijstelling van het inburgeringsvereiste in het buitenland geldt voor gemeenschapsonderdanen,¹⁰ alsmede voor de onderdanen van een beperkt aantal westerse landen.¹¹ Deze groepen vreemdelingen waren eerder al vrijgesteld van de verplichting om, voorafgaand aan de toelating tot Nederland een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv)¹² aan te vragen.

2.2 Ongelijke behandeling 'buiten' en 'binnen'

Het vereiste in het buitenland voor het inburgeringsexamen te slagen houdt een belangrijke verzwaaring in van de eisen waaraan vreemdelingen moeten voldoen om tot Nederland te worden toegelaten. De plicht om in het buitenland in te burgeren geldt echter niet voor alle vreemdelingen die naar Nederland willen komen maar, kort gezegd, enkel voor gezinsmigranten en geestelijk bedienaren uit niet-westerse landen. Er is dus sprake van een onderscheid dat in belangrijke mate afhankelijk is van het verblijfsdoel en de nationaliteit van de vreemdeling. Dit onderscheid heeft niet alleen gevolgen voor de inburgeringsplichtigen die zich *buiten* Nederland bevinden, maar ook voor hun (toekomstige) familieleden die al in Nederland zijn. Indien een vreemdeling niet slaagt voor het basisexamen inburgering en daardoor (voorlopig) niet tot Nederland wordt toegelaten, wordt immers ook de in Nederland verblijvende partner belemmerd in de uitoefening van zijn of haar gezinsleven. Aldus is er ook sprake van een onderscheid *binnen* Nederland, tussen de gezinsleden van vreemdelingen die het inburgeringsexamen moeten afleggen en de gezinsleden van vreemdelingen die dat niet hoeven te doen. Hier doet zich bovendien een complicatie voor die het gevolg is van de werking van het EG-recht: de zogenaamde 'omgekeerde discriminatie'. Het EG-recht bepaalt dat EU-burgers¹³ die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer, recht hebben op gezinshereniging. Zij mogen hun gezinsleden laten meereizen, zonder dat daaraan extra voorwaarden –waaronder inburgeringseisen– mogen worden gesteld.¹⁴ Dit recht op gezinshereniging geldt zowel voor EU-burgers uit andere lidstaten die zich in Nederland hebben gevestigd, als voor Nederlanders die in een andere lidstaat hebben gewoond en naar Nederland zijn teruggekeerd. Het geldt echter niet voor Nederlanders die geen gebruik hebben gemaakt van hun recht van vrij verkeer.¹⁵ Omdat zij de binnengrenzen van de EU niet hebben overschreden, is het EG-recht niet op hun situatie van toepassing. Als gevolg hiervan bevinden zij zich in een ongunstige positie ten opzichte van Nederlanders en EU-burgers uit andere lidstaten die wel van hun vrije verkeersrecht gebruik hebben gemaakt. Een voorbeeld zal deze ingewikkelde kwestie hopelijk kunnen verduidelijken:

- 10 Zoals in het vervolg van dit artikel zal blijken, is het van belang om duidelijk te onderscheiden tussen 'gemeenschapsonderdanen' en 'EU-burgers'. De term 'gemeenschapsonderdanen' is ontleend aan het Nederlandse vreemdelingenrecht (art. 1, onderdeel e, Vw 2000) en omvat de onderdanen van de lidstaten van de EU, EER en Zwitserland, alsmede hun familieleden (ongeacht hun nationaliteit), voor zover zij een recht van vrij verkeer ontlenen aan het EG-Verdrag, de EER-Overeenkomst of de Overeenkomst EG-Zwitserland over het vrije verkeer van personen. De term 'EU-burger' is een EG-rechtelijke term, die van toepassing is op een ieder die de nationaliteit van een lidstaat van de Europese Unie bezit (art. 17, lid 1 EG).
- 11 Behalve de lidstaten van de EU en de EER zijn dit Australië, Canada, Japan, Nieuw-Zeeland, de Verenigde Staten en Zwitserland.
- 12 De mvv is een visum voor lang verblijf. De mvv-aanvraag stelt de overheid in staat om na te gaan of een vreemdeling aan de voorwaarden voor verblijf voldoet vóórdat hij Nederland binnenkomt.
- 13 Onder de term 'EU-burgers' moeten in dit verband tevens de onderdanen van de lidstaten van de EER en Zwitserland worden verstaan, aangezien op hen een zelfde rechtsregime van toepassing is.
- 14 De voorwaarden die wel mogen worden gesteld aan de gezinshereniging van EU-burgers die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer zijn limitatief opgesomd in Richtlijn 2004/38/EG.
- 15 HvJEG 27 oktober 1982, zaaknr. 35 en 36/82, *Jur.* 1982, p. 3723, *Morson en Jhanjan*, r.o. 15-17.

Neem een Nederlandse mevrouw A, die in Mexico werkt en daar is getrouwd met een Mexicaanse man. Na enkele jaren besluiten mevrouw A en haar man naar Spanje te verhuizen. Mevrouw A ontleent haar recht op verblijf in Spanje aan het feit dat zij EU-burger is en een recht van vrij verkeer heeft. Haar man wordt toegelaten op grond van het Spaanse recht inzake gezinshereniging, hij hoeft geen inburgeringsexamen af te leggen omdat Spanje die eis niet stelt. Weer enkele jaren later verhuist het echtpaar naar Nederland. Ook daar wordt de man van mevrouw A toegelaten zonder dat hij daarvoor een inburgeringsexamen hoeft af te leggen. Het recht van vrij verkeer van mevrouw A brengt immers mee dat haar echtgenoot zich bij haar kan vestigen zonder dat daaraan voorwaarden worden gesteld die niet in het EG-recht zijn voorzien.

Vergelijk deze situatie met die van mevrouw B, die eveneens enkele jaren in Mexico heeft gewerkt en daar ook is getrouwd met een Mexicaanse man. In tegenstelling tot mevrouw A keert mevrouw B, met haar man, direct terug naar Nederland. Deze situatie heeft geen aanknopingspunten met het EG-recht (er is geen verkeer tussen de lidstaten), wat betekent dat de echtgenoot van mevrouw B eerst zal moeten slagen voor het inburgeringsexamen voordat hij tot Nederland wordt toegelaten.

Mevrouw B bevindt zich aldus in een ongunstigere positie dan mevrouw A. Zij bevindt zich bovendien in een ongunstigere positie dan mevrouw C, een Française die zich met haar Algerijnse echtgenoot vanuit Frankrijk in Nederland vestigt. Mevrouw C maakt wel gebruik van haar recht van vrij verkeer en haar echtgenoot hoeft dus evenmin het inburgeringsexamen af te leggen.

De hierboven beschreven situatie wordt aangeduid als ‘omgekeerde discriminatie’ omdat aan staatsburgers, in tegenstelling tot hetgeen gebruikelijk is, minder rechten worden toegekend dan aan vreemdelingen (EU-burgers). Hoewel deze ‘omgekeerde discriminatie’ niet in strijd is met het EG-recht,¹⁶ wil dat nog niet zeggen dat deze vorm van onderscheid ook gerechtvaardigd is vanuit het oogpunt van andere nationale en internationale verplichtingen, met name de plicht tot gelijke behandeling.¹⁷

2.3 *Gelijke behandeling in het immigratiebeleid*

Bij de beoordeling van het inburgeringsvereiste in het buitenland moet vooropgesteld worden dat staten, op grond van het internationale recht, de bevoegdheid hebben om de toegang tot hun grondgebied te reguleren. Dit uitgangspunt werd in 1986 geformuleerd door het VN-Mensenrechtencomité in een ‘general comment’ over de positie van vreemdelingen onder het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).¹⁸ Het maakt tevens deel uit van de vaste jurisprudentie van het EHRM in immigratiezaken.¹⁹ Staten mogen dus voorwaarden stellen aan de toelating en het verblijf van vreemdelingen. Zij dienen daarbij echter binnen de grenzen van hun internationaalrechtelijke verplichtingen te blij-

16 *Idem.*, r.o. 18.

17 Aldus bijv. de Raad van State, in zijn eerste advies over de Wi, *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 308, nr. 4, p. 3.

18 Human Rights Committee, General Comment No. 15, ‘The position of aliens under the Covenant, 4 November 1986’.

19 Zie o.a. EHRM, 28 mei 1985, klachtnrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, *Abdulaziz e.a. t. Verenigd Koninkrijk* RV 1985/105, m.nt. Swart, r.o. 67, EHRM 21 juni 1988, klachtnr. 10730/84, *Berrehab t. Nederland*, RV 1988/17, m.nt. Boeles, r.o. 28-29 en recenter EHRM 1 december 2005, klachtnr. 60665/00, *Tuquabo-Tekle e.a. t. Nederland*, RV 2005/22, m.nt. Den Uyl, r.o. 43.

ven. Dit betekent onder andere dat toelatingseisen niet in strijd mogen komen met internationale non-discriminatiënormen, waaronder artikel 26 IVBPR, artikel 14 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) en artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM. In deze paragraaf wordt gekeken welke betekenis deze normen hebben voor het inburgeringsvereiste in het buitenland. Daarbij wordt uitgebreid ingegaan op de argumenten die de regering heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van het in de Wib gemaakte onderscheid. Ook zal aandacht worden besteed aan de beoordelingsmarge die de rechter toekomt bij de toetsing van toelatingsvereisten aan de genoemde rechtsnormen.

2.3.1 *Rechtvaardigingsgronden*

Zoals hierboven is beschreven, geldt het inburgeringsvereiste voor een beperkte groep vreemdelingen, te weten gezinsmigranten en geestelijk bedienaren uit niet-westerse landen. Vreemdelingen die afkomstig zijn uit westerse landen of die voor een ander verblijfsdoel naar Nederland komen, hoeven niet in te burgeren voorafgaande aan hun toelating. Uit de kamerstukken blijkt dat dit onderscheid is gebaseerd op argumenten die grofweg in twee categorieën kunnen worden onderverdeeld. Ten eerste zijn er argumenten die verband houden met het doel van de Wet inburgering buitenland, namelijk het bevorderen van het integratieproces in Nederland. In de tweede plaats zijn argumenten genoemd die betrekking hebben op belangen, anders dan het belang van een goede integratie, die aan het opleggen van de inburgeringsplicht in de weg staan. Hieronder zullen beide typen argumenten aan de orde komen.

Argumenten die verband houden met het doel van de Wib

Het doel van de inburgeringswetgeving is om het integratieproces in Nederland te bevorderen. De Wib is daarom met name gericht op groepen vreemdelingen waarvan wordt gevreesd dat zij onvoldoende zullen integreren of waarvoor een goede inburgering van bijzonder belang wordt geacht (geestelijk bedienaren).²⁰ Daartegenover zijn andere groepen vreemdelingen juist van de Wib zijn uitgezonderd, op de grond dat ten aanzien van hen geen gevaar bestaat dat zij niet zullen integreren in de Nederlandse samenleving. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de regering aangevoerd dat het in dit laatste geval gaat om vreemdelingen die afkomstig zijn uit landen die geen grootschalige en ongecontroleerde migratiestromen voortbrengen. Deze landen zijn bovendien, aldus de regering, in sociaal-economisch, maatschappelijk en politiek opzicht vergelijkbaar met Nederland.²¹

In de Tweede Kamer heeft een discussie plaatsgevonden over de vraag of er geen andere landen konden worden aangewezen, die zodanig vergelijkbaar zijn met Nederland dat voorafgaande inburgering voor personen uit die landen bij voorbaat onnodig moest worden geacht.²² Naar aanleiding van deze discussie is een vrijstelling opgenomen voor Surinamers die kunnen aantonen dat zij lager onderwijs in de

20 Uiteraard is het van belang dat de regering zich bij de aanwijzing van deze groepen baseert op deugdelijk onderzoeksmateriaal. In de kamerstukken wordt verwezen naar een veelheid aan studies en rapporten waarvan de regering het uitgangspunt ontleent dat de integratie van bepaalde groepen onder druk staat, zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 700, nr. 3-6 en 2004-2005, 29 700, nr. 6, p. 1-8 en 13-16.

21 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 700, nr. 3, p. 19 en 2004-2005, 29 700, nr. 6, p. 32.

22 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 700, nr. 5, p. 7-10, 17-18 en nr. 6, p. 31-32, 38-39.

Nederlandse taal hebben gevolgd.²³ De regering heeft bovendien aangegeven dat in de toekomst ook andere groepen van de inburgeringsplicht in het buitenland kunnen worden vrijgesteld indien de praktijk daartoe aanleiding geeft.²⁴

Uit het bovenstaande blijkt dat is getracht zoveel mogelijk aan te sluiten bij de, door de regering veronderstelde, inburgeringsbehoefte van vreemdelingen die naar Nederland willen komen. Het bevorderen van de integratie kan voorts op het eerste gezicht worden aangemerkt als een legitiem doel. De regering wijst in de memorie van toelichting op de gevolgen van achterblijvende integratie voor het economisch welzijn van Nederland, de openbare orde en de rechten en vrijheden van anderen.²⁵ Over de vraag of hiermee voor het inburgeringsvereiste in het buitenland een toereikende rechtvaardiging is gegeven, bestaat nog geen jurisprudentie. Echter, zoals aangegeven (2.1) waren de vreemdelingen die zijn vrijgesteld van de inburgeringsplicht in het buitenland al langer vrijgesteld van de verplichting om voor toelating tot Nederland een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan te vragen. De vraag of een vrijstelling van bepaalde groepen van de mvv-plicht verenigbaar is met artikel 26 IVBPR is wel voorgelegd aan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). De Afdeling heeft deze vraag bevestigend beantwoord.²⁶ De Afdeling overwoog 'dat het vermelde onderscheid naar nationaliteit [...] wordt gemaakt ter bescherming van de Nederlandse economische orde en dat aldus voor het maken van dit onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat'. Deze uitspraak getuigt van een zeer terughoudende toetsing: op geen enkele wijze blijkt dat de Afdeling zelf is nagegaan of de economische orde inderdaad gediend is met het gevoerde toelatingsbeleid en er worden ter zake ook geen eisen gesteld aan de motivering door de minister.²⁷ Aldus wordt ten aanzien van het mvv-vereiste een zeer ruime marge gelaten aan de wetgever en het bestuur.

Internationale verplichtingen en buitenlandse betrekkingen

Zoals gezegd heeft de regering de vrijstelling van de inburgeringsplicht mede onderbouwd door te wijzen op belangen die zich verzetten tegen het opleggen van deze plicht aan de onderdanen van bepaalde landen. Deze belangen zijn gelegen in het beschermen van de buitenlandse en economische betrekkingen van Nederland en het naleven van internationale verplichtingen (waaronder verplichtingen die voortvloeien uit het Europese gemeenschapsrecht). Dit roept de vraag op of dergelijke belangen inderdaad ongelijke behandeling kunnen rechtvaardigen.

De bovengenoemde vraag is eerder aan de orde geweest in drie zaken waarin een beroep werd gedaan op artikel 14 EVRM. In 1982 besliste de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) dat het Verenigd Koninkrijk niet in strijd handelde met artikel 14 EVRM door onderdanen van 'Commonwealth-landen' meer bescherming te bieden tegen uitzetting dan onderdanen van andere landen.²⁸ Staten hebben het recht om beperkingen te stellen aan het aantal personen dat op hun grondgebied mag verblijven en zij mogen daarbij voorrang geven aan de onder-

23 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 700, nr. 12, *Handelingen II*, 2004-2005, nr. 60, p. 3883-3906, nr. 62, p. 4002-4041 en nr. 68, p. 4283-4285.

24 *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 700, nr. 6, p. 39.

25 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 700, nr. 3, p. 17 en 2004-2005, 29 700, nr. 6, p. 47-48.

26 ABRvS 31 januari 2006, zaaknr. 200508648/1, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2006/277, m.nt. Boeles; zie ook Rb. Den Haag zp Haarlem 29 april 2004, AWB 03/19211, Rb. Den Haag zp Rotterdam 21 juli 2005, AWB 04/49309, Rb. Den Haag zp Rotterdam 12 mei 2006, AWB 05/17780, LJN: AX9246.

27 Zie hierover de -in mijn ogen terecht kritische- noot van Boeles bij de genoemde uitspraak.

28 ECRM 6 juli 1982, klachtnr. 9285/81, X., Y. and Z. v. *Verenigd Koninkrijk*.

danen van die landen waarmee zij de sterkste banden hebben, aldus de ECRM. Het EHRM bevestigde deze uitspraak jaren later in *Moustaquim t. België*²⁹ en *C. tegen België*.³⁰ In deze zaken oordeelde het Hof dat België EG-onderdanen gunstiger mocht behandelen dan andere vreemdelingen, omdat België met de overige EG-lidstaten behoort tot een ‘speciale rechtsorde’. Een objectieve en redelijke rechtvaardiging was daarmee in de ogen van het Hof gegeven. In *C. tegen België* voegde het Hof, kennelijk als extra rechtvaardiging, de overweging toe dat de Europese Unie een eigen burgerschap in het leven had geroepen.

In lijn met de bovengenoemde uitspraken heeft de Nederlandse rechter geoordeeld dat de vrijstelling van het mvv-vereiste voor gemeenschapsonderdanen (zie 2.1) niet strijdig is met artikel 26 IVBPR, omdat deze vrijstelling het gevolg is van het naleven van een EG-rechtelijke verplichting.³¹ In deze uitspraak werd door de eiseres uitdrukkelijk gesteld dat haar in Nederland verblijvende echtgenoot, met de Nederlandse nationaliteit, minder gunstig werd behandeld dan Nederlanders die gebruik hadden gemaakt van hun recht op vrij verkeer en daardoor onder het EG-recht vielen (omgekeerde discriminatie, zie 2.2). Dit gegeven werd door de rechtbank wel in aanmerking genomen maar leidde niet tot een andere conclusie. In een latere uitspraak ging de rechtbank nog verder en overwoog dat niet alleen het EG-recht maar ‘internationale verplichtingen’ in het algemeen en bovendien ook ‘opportunitieoverwegingen’ een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond kunnen vormen om bepaalde vreemdelingen vrij te stellen van het mvv-vereiste.³² Het is de vraag of de laatstgenoemde uitspraak nog wel in overeenstemming is met de Straatsburgse jurisprudentie inzake artikel 14 EVRM. De ECRM formuleerde haar oordeel vrij algemeen door te stellen dat staten in hun toelatingsbeleid voorrang mogen geven aan die landen waarmee zij de sterkste banden hebben, zonder de aard van dergelijke banden nader te definiëren. De uitspraken van het Hof blinken evenmin uit door een uitvoerige motivering. Het EHRM zegt wel dat met het bestaan van de EG als ‘speciale rechtsorde’ een objectieve en redelijke rechtvaardiging gegeven is, maar dit wordt niet nader onderbouwd. Zo blijft bijvoorbeeld onduidelijk welk doel is gediend met het bestaan van een speciale rechtsorde: is het bestaan van een internationale rechtsorde op zichzelf nastrevenswaardig³³ of moet het gaan om een rechtsorde van een bepaalde aard of met specifieke – economische of politieke- doelstellingen? Mogen landen elkaars onderdanen ook gunstiger behandelen op basis van een bilateraal verdrag, of zelfs zonder verdrag, op grond van vriendschappelijke diplomatieke betrekkingen of ‘opportunitieoverwegingen’?³⁴ Dit zijn vragen waarop vooralsnog geen sluitend antwoord kan worden gegeven.

29 EHRM 18 februari 1991, klachtnr. 12313/86, *Moustaquim t. België*, RV 1974-2003, nr. 14, m.nt. Boeles.

30 EHRM 7 augustus 1996, klachtnr. 21794/93, *C. t. België*.

31 Rb. Den Haag zp Roermond 9 september 2004, AWB 03/26987, LJN: AR3411.

32 Rb. Den Haag zp Rotterdam 21 juli 2005, AWB 04/49309.

33 Vgl. EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, klachtnr. 45036/98, *Bosphorus t. Ierland*, r.o. 150.

34 Zie in dit verband het advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *Inburgeringseisen als voorwaarde voor verblijf*, Den Haag: ACVZ 2004, p. 33. De ACVZ stelde voor om met de landen waarvoor geen inburgeringsplicht geldt een verdrag te sluiten teneinde strijdigheid met internationale gelijkheidsnormen te voorkomen.

2.3.2 Rechterlijke toetsing

In de voorgaande paragraaf is iets gezegd over de gronden waarop de door de Wib voorgeschreven ongelijke behandeling gerechtvaardigd zou kunnen worden. Bij de beoordeling van deze ongelijke behandeling speelt echter ook de vraag hoe streng de aangevoerde rechtvaardigingsgronden door de rechter getoetst moeten worden. Een belangrijke factor is in dit verband de grond waarop het onderscheid wordt gemaakt. Waar sprake is van een 'verdachte' grond, zoals ras of geslacht, zal de rechter over het algemeen een strengere toets aanleggen dan bij minder of niet verdachte gronden het geval is.³⁵

Of een vreemdeling wel of niet inburgeringsplichtig is hangt in belangrijke mate af van zijn of haar verblijfsdoel en nationaliteit (zie 2.2). Hoewel niet kan worden uitgesloten dat het verblijfsdoel onder omstandigheden als verdachte grond moet worden aangemerkt (met name waar het de uitoefening van een geestelijke functie betreft), zal dit aspect verder buiten beschouwing blijven en zal hierna enkel worden ingegaan op de nationaliteit.

Nationaliteit is door het EHRM in beginsel aangewezen als een verdachte grond.³⁶ Gerards heeft er echter op gewezen dat deze classificatie door het Hof sterk afhankelijk lijkt te zijn van de context waarin het onderscheid wordt gemaakt, waarbij een onderscheid naar nationaliteit in het kader van immigratiebeleid niet als verdacht wordt beschouwd.³⁷ Deze lezing wordt gesteund door de in de vorige paragraaf aangehaalde uitspraken. Zowel de Europese Commissie als het Hof hanteren daarin de toetsingsmaatstaf dat sprake moet zijn van een 'objective and reasonable justification', in plaats van de zwaardere 'very weighty reasons'-toets.

Dat het EHRM staten een ruime beoordelingsmarge laat op het gebied van immigratiebeleid kan worden uitgelegd vanuit de positie die het Hof inneemt ten opzichte van de staten die partij zijn bij het EVRM. Het voeren van immigratiebeleid is typisch een bevoegdheid die toekomt aan soevereine staten en die zich als zodanig niet leent voor intensieve toetsing door een internationale rechter. Hier komt bij dat het EHRM zich soms terughoudend opstelt in zaken waarin een belangenafweging geboden is, op grond van het argument dat de nationale autoriteiten zich in een betere beoordelingspositie bevinden.³⁸

Het is overigens de vraag of het EHRM steeds dezelfde benadering zal kiezen ten aanzien van onderscheid in immigratiezaken. Mogelijk zal het Hof de verdragsstaten een kleinere beoordelingsmarge gunnen in situaties waarin zwaarwegende belangen van de vreemdeling een rol spelen, bijvoorbeeld het recht op gezinsleven van jonge kinderen. Deze benadering lijkt door het Hof te zijn gehanteerd in een aantal recente zaken waarin de vraag aan de orde was of een recht op toelating kon worden afgeleid uit artikel 8 EVRM (recht op gezinsleven).³⁹ Het is denkbaar dat

35 T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 42.

36 EHRM 16 september 1996, klachtnr. 17371/90, *Gaygusuz t. Oostenrijk*, *NJCM-Bull.* 1997, p. 461 m.nt. Groenendijk en EHRM 30 september 2003, klachtnr. 40892/98, *Koua Poirrez t. Frankrijk*, EHRC 2003, 89 m.nt. A. Woltjer.

37 J. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?', in *NJCM-Bull.* 2004, nr. 2, p. 185.

38 N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation. De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', te verschijnen in *NJCM-Bull.* 2007, nr. 2.

39 EHRM 21 december 2001, klachtnr. 31465/96, *Sen t. Nederland*, *RV* 2001, 24, m.nt. Boeles, EHRM 1 december 2005, klachtnr. 60665/00, *Tuquabo-Tekle e.a. t. Nederland*, *RV* 2005/22, m.nt. Den Uyl en EHRM 31 januari 2006, klachtnr. 50435/99, *Rodrigues da Silva & Hoogkamer t. Nederland*, *JV* 2006, 90, m.nt. Boeles. Met dank aan S. van Walsum, die mij hierop attent heeft gemaakt.

het EHRM eenzelfde lijn zal hanteren bij de toetsing aan artikel 14 EVRM, daar waar onderscheid wordt gemaakt tussen gezinnen met jonge kinderen. Het gegeven dat het EHRM in immigratiezaken in beginsel marginaal toetst betekent voorts niet zonder meer dat de nationale rechter dat ook dient te doen.⁴⁰ Uit de voorhanden zijnde jurisprudentie (zie 2.3.1) blijkt echter dat ook de Nederlandse rechter zeer terughoudend toetst: het door de regering gevoerde beleid met betrekking tot het mvv-vereiste werd door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State goedgekeurd zonder dat daar enige vorm van rechterlijke belangenafweging aan vooraf was gegaan.⁴¹ Mogelijk is ook voor de toetsing door de nationale rechter van belang dat het gaat om voorwaarden met betrekking tot de toelating. Zoals gezegd wordt het voeren van immigratiebeleid bij uitstek beschouwd als een bevoegdheid van de soevereine staat, waarbij er in beginsel geen verplichting tot toelating bestaat. Dit betekent dat aan de staat, wanneer deze ervoor kiest om wel vreemdelingen toe te laten, een grote beleidsvrijheid toekomt bij het vaststellen van de voorwaarden waaronder immigratie mag plaatsvinden. Het invullen van deze beleidsvrijheid en het afwegen van de verschillende betrokken belangen is in de eerste plaats een taak voor de democratisch gelegitimeerde wetgever, alsmede voor het op basis van wetgeving handelende en onder controle van het parlement staande bestuur. Dit primaat van de wetgever staat aan een intensieve toetsing door de rechter in de weg, wat overigens niet betekent dat de rechter niet hoeft na te gaan of er een zorgvuldige besluitvorming heeft plaatsgevonden. Of deze redenering ook wordt gedeeld door de Afdeling blijkt niet uit de hierboven aangehaalde uitspraak.⁴²

2.4 *Tussenconclusie*

In het bovenstaande is de vraag aan de orde geweest of het in de Wib gemaakte onderscheid verenigbaar is met internationale gelijkheidsnormen, in het bijzonder artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM. Daarbij is aangegeven welke gronden door de regering zijn aangevoerd ter rechtvaardiging van dit onderscheid. Gelet op de aangehaalde jurisprudentie is het waarschijnlijk dat de rechter deze rechtvaardigingsgronden zal accepteren, daar zowel de Afdeling Bestuursrechtspraak als het EHRM er blijk van hebben gegeven terughoudend te toetsen in immigratiezaken. Het is onzeker of het EHRM deze terughoudende benadering onverkort zal blijven hanteren. De verwachting is voorlopig echter dat de Wib, voor wat betreft de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel, bij de rechter in stand zal blijven.

3 **DE INBURGERINGSPLICHT IN NEDERLAND**

3.1 *Verplichting en doelgroep*

De Wet inburgering (Wi) scheidt een inburgeringsplicht voor alle vreemdelingen die duurzaam in Nederland verblijven, behoudens hierna te noemen uitzonderingen. Wie inburgeringsplichtig is volgens de Wi moet binnen de in de wet gestelde termijn kunnen aantonen dat hij of zij beschikt over voldoende kennis van het

40 Zie Jak & Vermont 2007, noot 38 *supra*.

41 ABRvS 31 januari 2006, *supra* noot 26.

42 Zie wel ABRvS 27 januari 2003, *JV* 2003/103, m.nt. Olivier, waarin de Afdeling onderbouwt waarom de rechter in asielzaken (deels) marginaal moet toetsen. In r.o. 2.4.2 van deze uitspraak gaat de Afdeling in op de taakverdeling tussen de rechter, het bestuur en het parlement.

Nederlands en de Nederlandse maatschappij.⁴³ Deze kennis wordt gemeten door middel van het inburgeringsexamen, dat in Nederland wordt afgelegd. Het niveau van dit examen is hoger dan dat van het basisexamen inburgering dat in het buitenland wordt afgenomen. Wie niet binnen de gestelde termijn voor het inburgeringsexamen slaagt kan een bestuurlijke boete van maximaal € 1000 opgelegd krijgen. Bovendien zullen vreemdelingen zonder zelfstandig of duurzaam verblijfsrecht⁴⁴ dit recht voortaan pas krijgen nadat zij voor het inburgeringsexamen zijn geslaagd, tenzij zij onder een van de hierna te noemen uitzonderingsgronden vallen.

In de praktijk zal de doelgroep van de Wet inburgering voornamelijk bestaan uit gezinsmigranten en asielgerechtigden. Andere migranten, waaronder arbeidsmigranten, kunnen ook onder de inburgeringsplicht vallen indien zij een duurzaam verblijfsrecht hebben. Geestelijk bedienaren vallen onder de inburgeringswet ongeacht de aard van hun verblijfsrecht.

Vreemdelingen die tijdens de leerplichtige leeftijd ten minste acht jaar in Nederland hebben verbleven worden geacht reeds voldoende te zijn ingeburgerd. Verder is een uitzondering voorzien voor vreemdelingen die volledig leerplichtig zijn, die in het bezit zijn van een diploma waaruit blijkt dat zij over de nodige inburgeringskennis beschikken of die een opleiding volgen die leidt tot uitreiking van een dergelijk diploma. Vreemdelingen die menen dat zij voldoende zijn ingeburgerd, maar dat niet door middel van een diploma kunnen aantonen, hebben de mogelijkheid om een 'quick scan' toets af te leggen. Bij een positief resultaat worden zij vrijgesteld van de inburgeringsplicht.

De Wet inburgering is niet van toepassing op EU-burgers.⁴⁵ Derdelanders (vreemdelingen van buiten de EU) zijn uitgezonderd van de Wi voor zover zij door de Vreemdelingenwet 2000 als gemeenschapsonderdaan worden aangemerkt.⁴⁶ De Wi voorziet voorts in uitzonderingen voor vreemdelingen die in een andere EU-lidstaat aan inburgeringseisen hebben voldaan om aldaar de status van langdurig ingezetene derdeler te verkrijgen, of die anderszins vanwege internationale verplichtingen niet tot inburgering kunnen worden gedwongen.

Groenendijk heeft betoogd dat de laatstgenoemde uitzonderingsgrond van toepassing is op vreemdelingen die in Nederland de status van langdurig ingezetene hebben verkregen, alsmede op Turkse werknemers en hun gezinsleden die een verblijfsrecht ontlenen aan het Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije.⁴⁷ Het betreft hier twee groepen derdelanders die bepaalde verblijfsrechten ontlenen aan het EG-recht. De regering heeft zich echter op het standpunt gesteld dat een inburgeringsplicht voor deze groepen niet in strijd is met enige internationale verplichting.⁴⁸ Indien het standpunt van Groenendijk juist zou blijken te zijn, zou het aantal inburgeringsplichtige vreemdelingen beduidend lager uitvallen dan is voorzien.

43 Deze termijn bedraagt drieënhalve jaar voor vreemdelingen die het basisexamen inburgering in het buitenland hebben afgelegd en voor andere vreemdelingen vijf jaar, art. 7, eerste lid, Wi.

44 Onder duurzaam verblijfsrecht wordt in dit artikel verstaan: verblijf op grond van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd of een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd voor een verblijfsdoel dat niet tijdelijk is in de zin van art. 2.1 Besluit inburgering.

45 Behalve EU-burgers zijn ook de onderdanen van de lidstaten van de EER en van Zwitserland uitgesloten van de Wi. Hetgeen hieronder wordt gezegd over EU-burgers is op hen van overeenkomstige toepassing. Korthedshalve zal echter de term 'EU-burgers' worden gebruikt.

46 Art. 1, onderdeel e, Vw 2000, zie ook noot 10 *supra*.

47 Bijlage bij *Kamerstukken I 2006-2007*, 30 308, nr. G, p. 5, zie ook C.A. Groenendijk, 'Nieuw inburgeringsrecht strijdig met Gemeenschapsrecht', *Migrantenrecht* 2006, nr. 10, p. 367.

48 *Kamerstukken I 2006-2007*, 30 308, nr. F, p. 42-48 en H, p. 10-14.

3.2 *Gelijke behandeling in het integratiebeleid*

Door de uitzonderingsgronden die in de Wi zijn opgenomen met betrekking tot de leerplichtigheid en het bezit van diploma's, is de kans klein dat vreemdelingen die reeds over de benodigde kennis beschikken toch verplicht zullen worden om het inburgeringsexamen af te leggen. Door de mogelijkheid van een 'quick scan' wordt deze kans nog verder gereduceerd. De Wi is dus in ieder geval niet 'over-inclusive': er zullen nauwelijks personen tot inburgering worden verplicht die niet daadwerkelijk inburgeringsbehoefstig zijn. Mogelijk is de Wi wel 'under-inclusive': sommige groepen zijn immers van het bereik van de wet uitgezonderd om redenen die niet direct samenhangen met hun inburgeringsbehoefstigheid. Nederlanders, EU-burgers en derdelanders met een recht van vrij verkeer hoeven niet in te burgeren en hoeven evenmin aan te tonen dat zij reeds over de vereiste inburgeringskennis beschikken. Hetzelfde geldt voor vreemdelingen die op grond van internationale verplichtingen niet tot inburgering kunnen worden gedwongen.

In de volgende paragrafen zal nader worden ingegaan op de hierboven genoemde uitzonderingscategorieën. Er zal worden bezien of het bezit van het Nederlandse staatsburgerschap, de hoedanigheid van EU-burger dan wel het bestaan van een internationale verplichting gronden zijn die een uitzondering van de inburgeringsplicht kunnen rechtvaardigen. Vervolgens zal kort worden ingegaan op de vraag naar de beoordelingsmarge die de rechter zou moeten hanteren bij de toetsing van deze rechtvaardigingsgronden.

3.2.1 *Nederlands staatsburgerschap*

Op het eerste gezicht lijkt het misschien vanzelfsprekend dat Nederlanders van de inburgeringsplicht zijn uitgezonderd. Onder de Wet inburgering nieuwkomers (Win) waren Nederlanders echter wél inburgeringsplichtig, namelijk in het geval dat zij buiten Nederland waren geboren en zich na hun achttiende voor het eerst in Nederland vestigden.⁴⁹ Het was aanvankelijk ook de bedoeling van de regering dat bepaalde groepen Nederlanders onder het bereik van de Wi zouden worden gebracht. Het ging daarbij in eerste instantie om Nederlanders die buiten de EU/EER waren geboren,⁵⁰ later werd het wetsvoorstel aangepast zodat alleen bepaalde categorieën genaturaliseerde Nederlanders onder de wet zouden vallen.⁵¹ Uiteindelijk zijn echter alle Nederlanders van het toepassingsbereik van de wet uitgezonderd. Daardoor is een onderscheid gecreëerd tussen Nederlanders en vreemdelingen (derdelanders). Hoe moet dit onderscheid worden beoordeeld?

In zijn tweede advies over de Wet inburgering heeft de Raad van State het standpunt ingenomen dat het in beginsel gerechtvaardigd is om derdelanders tot inburgering te verplichten, omdat zij geen Nederlander of EU-burger zijn en dus niet in een 'bijzondere verhouding' staan tot Nederland en/of de EU.⁵² Bedoelt de Raad hiermee te zeggen dat iemand die het Nederlands staatsburgerschap bezit verondersteld moet worden niet inburgeringsbehoefstig te zijn? De regering heeft deze ver-

49 Art. 1, eerste lid, onderdeel a, onder 2° Win.
 50 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 543, nr. 2, p. 11.
 51 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 308, nr. 2.
 52 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 308, nr. 106, p. 2.

onderstelling echter juist ontkend. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet inburgering heeft zij immers aangevoerd dat 'aanzienlijke aantallen genaturaliseerde Nederlanders' onvoldoende zijn geïntegreerd.⁵³

Aan het internationale recht kan men wel argumenten ontleen voor de stelling dat staatsburgers en vreemdelingen nu eenmaal niet als gelijke gevallen hoeven te worden behandeld. Een voorbeeld biedt artikel 1, tweede lid van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR), dat luidt: 'Dit Verdrag is niet van toepassing op vormen van onderscheid [...] tussen onderdanen en niet-onderdanen'.⁵⁴ Ook het EHRM gaf er, in zijn uitspraak in *Moustaquim*, blijk van staatsburgers en vreemdelingen niet als gelijke gevallen te beschouwen.⁵⁵

In de uitspraken in *Gaygusuz*⁵⁶ en *Koua Poirrez*⁵⁷ koos het EHRM echter voor een andere aanpak. Deze zaken betroffen vreemdelingen die, vanwege hun buitenlandse nationaliteit, niet in aanmerking kwamen voor een socialezekerheidsuitkering. Het Hof kwam in beide gevallen niet alleen tot de conclusie dat er sprake was van onderscheid, maar achtte dit onderscheid bovendien ongerechtvaardigd. Blijkbaar kunnen staatsburgers en vreemdelingen niet onder alle omstandigheden als verschillende gevallen worden aangemerkt en mogen zij ook niet altijd ongelijk worden behandeld. In *Gaygusuz* en *Koua Poirrez* speelde wellicht een rol dat het onderscheid werd gemaakt op het gebied van de sociale zekerheid. Het is aannemelijk dat nationaliteit in die context eerder als een verdachte grond voor onderscheid zal worden beschouwd dan in de context van het immigratiebeleid (zie hierboven, 2.3.2 en verder, 3.2.2). Hoe het EHRM zou oordelen over het in de Wet inburgering gemaakte onderscheid is vooralsnog niet duidelijk.⁵⁸

De Raad van State heeft overigens niet bij voorbaat uitgesloten dat Nederlanders aan een inburgeringsplicht kunnen worden onderworpen. Hij heeft echter aangegeven dat daarvoor een toereikende rechtvaardiging zou moeten bestaan. Het feit dat de betrokkene het Nederlanderschap heeft verkregen door naturalisatie in plaats van door geboorte, is als rechtvaardiging onvoldoende.⁵⁹ Maar ook met toepassing van andere criteria zal het, uitgaande van de adviezen van de Raad van State over de Wi,⁶⁰ niet of nauwelijks mogelijk zijn om een algemene rechtvaardigingsgrond te formuleren die zowel verenigbaar is met het Europese gemeenschapsrecht als met het gelijkheidsbeginsel. De Raad van State lijkt de oplossing voor de inburgeringsachterstand van sommige Nederlanders dan ook eerder te zoeken in een individuele aanpak. Hij wijst erop dat vanuit het oogpunt van gelijke behandeling geen bezwaren zouden bestaan tegen 'een regeling die niet aan nationaliteit is gekoppeld maar die uitsluitend aanknoopt bij de problemen die de regering beoogt op te lossen' en waarbij 'wordt uitgegaan van de individuele situatie van personen, ongeacht

53 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 308, nr. 3, p. 14-15.

54 *Trb.* 1966, 237, Nederlandse vertaling *Trb.* 1967, 48. Zie voor andere voorbeelden R.A. Lawson, 'Taaleisen en discriminatieverboden in het Europese recht. Over het alledaagse leven als maatstaf', in P. Boeles & G.G. Lodder (red.), *Integratie en uitsluiting*, Den Haag: Sdu 2005, p. 127.

55 EHRM 18 februari 1991, klachtnr. 12313/86, *Moustaquim t. België*, RV 1974-2003, nr. 14, m.nt. Boeles, r.o. 49: 'In the instant case the applicant cannot be compared to Belgian juvenile delinquents. The latter have a right of abode in their own country and cannot be expelled from it...'

56 EHRM 16 september 1996, klachtnr. 17371/90, *Gaygusuz t. Oostenrijk*, *NJCM-Bull.* 1997, p. 461 m.nt. Groenendijk.

57 EHRM 30 september 2003, klachtnr. 40892/98, *Koua Poirrez t. Frankrijk*, *EHRC* 2003, 89 m.nt. A. Woltjer.

58 Zie ook Lawson 2005 (noot 54 *supra*), p. 115-134.

59 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 308, nr. 106, p. 3. Zie in deze zin ook de brief van de Commissie Gelijke Behandeling aan de Tweede Kamer, noot 5, *supra*.

60 *Kamerstukken II* 30 308, 2005-2006, 30 308, nrs. 4 en 106.

hun nationaliteit of herkomst'. In zijn advies noemt de Raad de mogelijkheid om inburgeringsverplichtingen op te leggen in het kader van de reïntegratie op de arbeidsmarkt, op grond van bestaande wetgeving inzake sociale verzekeringen en voorzieningen.⁶¹

Europees burgerschap

Naast Nederlanders zijn ook EU-burgers uitgezonderd van de inburgeringsplicht, evenals hun familieleden voor zover zij in Nederland hun recht van vrij verkeer uitoefenen.⁶² Aldus wordt een onderscheid gemaakt tussen EU-burgers en hun familieleden, die niet hoeven in te burgeren, en derdelanders voor wie de inburgeringsplicht wel geldt. Dit onderscheid is door de Raad van State geaccepteerd op grond van de hierboven reeds aangehaalde overweging, dat 'derdelanders niet in een bijzondere verhouding tot Nederland en/of de EU staan'. Dezelfde rechtvaardigingsgrond wordt dus opgevoerd als voor het onderscheid tussen Nederlanders en derdelanders. Nog sterker dan met betrekking tot het Nederlandse staatsburgerschap, dringt zich hier echter de vraag op wat de 'bijzondere verhouding', waar de Raad het over heeft, nu precies inhoudt. Zijn de lidstaten van de Europese Unie volgens de Raad van State zodanig vergelijkbaar, in sociaal-economisch, politiek en maatschappelijk opzicht, dat EU-burgers geen inburgering behoeven om succesvol in de Nederlandse maatschappij te kunnen integreren? Of gaat het toch primair om de (verblijfs)rechten die men aan het EU-burgerschap kan ontleen? Het Nederlandse staatsburgerschap houdt echter meer in dan het onvoorwaardelijke recht om in Nederland te mogen verblijven. Het lijkt vooraan dus wat kort door de bocht om EU-burgers op het gebied van inburgeringsbeleid op één lijn te stellen met Nederlandse staatsburgers.⁶³

Het is dan ook goed mogelijk dat de rechtvaardiging voor het onderscheid tussen EU-burgers en derdelanders toch vooral gezocht moet worden in de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit het EG-recht. Het opleggen van een inburgeringsplicht aan EU-burgers en hun familieleden zou, naar alle waarschijnlijkheid, in strijd zijn met het EG-recht inzake het vrije verkeer van personen en het in artikel 12 EG neergelegde verbod van discriminatie naar nationaliteit.⁶⁴ Ook de Raad van State gaat er van uit dat het EG-recht aan verplichte inburgering voor EU-burgers en hun familieleden in de weg staat.⁶⁵ Hoewel de Raad het niet expliciet zegt, heeft het belang van de naleving van het EG-recht mogelijk toch een grote rol gespeeld bij zijn oordeel dat onderscheid mag worden gemaakt tussen EU-burgers en derdelanders. Deze mogelijkheid wordt hieronder nader besproken onder het kopje 'internationale verplichtingen'.

61 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 308, nr. 106, p. 3.

62 Art. 5, tweede lid, onderdeel a en c, Wi. Men kan zich afvragen waarom de wetgever niet, overeenkomstig de Vreemdelingenwet, de term 'gemeenschapsonderdanen' heeft gebruikt om de uitgezonderde categorieën aan te duiden (zie noot 10). In de praktijk zou dit echter weinig of geen verschil hebben gemaakt: EU-burgers die niet voldoen aan de voorwaarden voor het uitoefenen van het recht van vrij verkeer zullen immers in de regel ook niet in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning op grond van het nationale vreemdelingenrecht en dus geheel buiten het bereik van de Wi vallen.

63 Zoals in 2.3.1 is aangegeven merkte het EHRM in de zaak *C. tegen België* expliciet op dat de Europese Unie een eigen burgerschap in het leven had geroepen, kennelijk als extra rechtvaardiging voor het onderscheid dat werd gemaakt tussen EU-burgers en derdelanders. Het EU-burgerschap werd in die uitspraak echter niet als zelfstandige rechtvaardigingsgrond aangeduid.

64 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de inburgeringsplicht en het EG-recht H. Oosterom-Staples, *Europeesrechtelijke grenzen aan inburgeringsverplichtingen*, Universiteit van Tilburg 2004.

65 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 308, nr. 106, p. 2.

Internationale verplichtingen

Vreemdelingen die vanwege internationale verplichtingen niet tot inburgering kunnen worden gedwongen zijn uitgezonderd van het bereik van de inburgeringswet. Vooral nog gaat het hier enkel om verplichtingen die voortvloeien uit het EG-recht.⁶⁶ Door deze uitzondering ontstaat zowel een onderscheid tussen EU-burgers en derdelanders als tussen derdelanders onderling. Beide vormen van onderscheid zijn door de Raad van State geaccepteerd (zie ook hierboven onder ‘Europees burgerschap’).⁶⁷ Eerder had de Raad echter geoordeeld dat het bestaan van EG-rechtelijke verplichtingen onvoldoende grond opleverde om sommige groepen Nederlanders ongunstiger te behandelen dan andere groepen Nederlanders en EU-burgers.⁶⁸ Naar aanleiding van dit oordeel is het oorspronkelijke voorstel voor de Wet inburgering op belangrijke punten gewijzigd en zijn alle Nederlanders van de werking van het wetsvoorstel uitgesloten. De Raad beschouwt de naleving van het EG-recht dus wel als een rechtvaardigingsgrond waar het een onderscheid tussen derdelanders (of derdelanders en EU-burgers) betreft, maar niet waar het gaat om een onderscheid tussen Nederlanders of tussen Nederlanders en andere EU-burgers. Blijkbaar kan bij de eerstgenoemde vormen van onderscheid met een lichtere rechtvaardigingsgrond worden volstaan, omdat de ‘bijzondere verhouding waarin Nederlanders en EU-burgers staan tot Nederland en/of de EU’, ontbreekt.

3.2.2 *Rechterlijke toetsing*

Op grond van het Twaalfde Protocol bij het EVRM kan een klacht over ongelijke behandeling op grond van de Wet inburgering worden voorgelegd aan het EHRM, ook wanneer er geen ander verdragsrecht in het geding is. Hiervóór is al aan de orde gekomen dat het nog de vraag is of het Hof staatsburgers en vreemdelingen voor de toepassing van integratiebeleid al dan niet als gelijke gevallen zal behandelen. Een gerelateerde vraag is hoe streng het Hof zal toetsen of, met andere woorden, welke ‘margin of appreciation’ het zal gunnen aan de staten die partij zijn bij het EVRM. Zoals in 2.3.1 is aangegeven lijkt het antwoord op deze vraag, in ieder geval met betrekking tot onderscheid op grond van nationaliteit, afhankelijk te zijn van de context waarin het onderscheid wordt gemaakt. Indien deze opvatting juist is, is de vraag welke betekenis moet worden gehecht aan het feit dat het onderscheid op grond van de Wi wordt gemaakt in de context van het integratiebeleid. Mijn verwachting is dat het Hof immigratie- en integratiebeleid in dit verband niet zonder meer op één lijn zal stellen. Bij immigratie speelt de vraag of iemand al dan niet op het grondgebied van een staat mag verblijven. Integratiebeleid moet ervoor zorgen dat personen die reeds een verblijfsrecht hebben ook in sociaal-economisch en cultureel opzicht deel gaan uitmaken van de gemeenschap waarop die staat berust. De positie van minderheden komt hierbij in het spel. Het is niet ondenkbaar dat het EHRM met betrekking tot integratiebeleid een strengere toets zal aanleggen, die mogelijk het midden zal houden tussen de strenge maatstaf (‘very weighty reasons’)

66 De uitzonderingsgrond in de Wi is echter niet beperkt tot EG-rechtelijke verplichtingen, zie art. 5, tweede lid, onder e, Wi.

67 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 308, nr. 106, p. 2.

68 *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 308, nr. 4, p. 3-4.

die werd gehanteerd in *Gaygusuz* en *Koua Poirrez*, en de terughoudende toetsing uit *Moustaquim* en *C. tegen België*.⁶⁹ Zeker is dit echter niet.

De Nederlandse rechter heeft zich nog niet uitgesproken over de verenigbaarheid van de inburgeringsplicht met het gelijkheidsbeginsel. Het is dan ook de vraag hoe de rechter zich op dit punt zal opstellen ten opzichte van de wetgever en het bestuur. Op grond van hetgeen hierboven is aangevoerd lijkt mij echter denkbaar dat ook de nationale rechter zich minder terughoudend zal opstellen dan thans het geval is in zaken betreffende de toelating van vreemdelingen.

4 CONCLUSIE

In dit artikel is gebleken dat zowel de Wet inburgering buitenland (Wib) als de Wet inburgering (Wi) aanleiding geven tot ongelijke behandeling van categorieën vreemdelingen die naar Nederland willen komen of die zich hier reeds hebben gevestigd, ten opzichte van andere categorieën vreemdelingen en Nederlanders. Er is gekeken welke rechtvaardigingsgronden zijn aangevoerd voor deze ongelijke behandeling en hoe deze moeten worden beoordeeld in het licht van internationale gelijkheidsnormen. Daarbij is gebleken dat het EHRM geen hoge eisen stelt waar het gaat om voorwaarden voor toelating tot het grondgebied. Als uitgangspunt geldt dat staten de toelating mogen beperken en mogen selecteren wie ze wel of niet binnen laten, het Hof laat hierbij een ruime beleidsmarge. Ook de Nederlandse rechter stelt zich op dit punt zeer terughoudend op. Het is nog niet duidelijk hoe het EHRM zal oordelen over inburgeringseisen die worden gesteld nádat aan de betrokken vreemdeling rechtmatig verblijf is verleend. Het is echter goed mogelijk dat het Hof in die situatie een strengere toets zal aanleggen, zoals het bijvoorbeeld ook heeft gedaan in zaken betreffende de sociale zekerheid. Heeft iemand eenmaal het staatsburgerschap van het gastland verkregen, dan dient de betrokkene ook op gelijke voet met andere staatsburgers te worden gesteld en mag hij niet worden achtergesteld bij diegenen die het staatsburgerschap niet bezitten. Inburgeringseisen behoeven in dat geval een zware rechtvaardiging vanwege de bijzondere band die geacht wordt in het staatsburgerschap (of EU-burgerschap?) besloten te liggen. Het bovenstaande zou men kunnen samenvatten door te stellen dat het maken van onderscheid op het gebied van inburgeringsbeleid is toegestaan zolang iemand zich 'buiten' bevindt (vóór de toelating), maar niet wanneer hij definitief 'binnen' is (het staatsburgerschap heeft verworven). Tussen deze uitersten ligt een gebied dat vooralsnog als grijs moet worden betiteld, namelijk de periode waarin iemand wel rechtmatig verblijf geniet maar (nog) niet is genaturaliseerd. De 'omgekeerde discriminatie' blijft in dit schema echter een anomalie. Immers, er wordt een onderscheid gemaakt tussen Nederlanders onderling en tussen Nederlanders en (andere) EU-burgers, maar dit onderscheid lijkt, in ieder geval door de Nederlandse rechter en de Raad van State, niet als strijdig te worden beschouwd met het gelijkheidsbeginsel. Kennelijk prevaleert het recht van de staat om de toelating te reguleren boven het recht van de Nederlander om een buitenlandse partner te kiezen en zich daarmee in zijn eigen land te vestigen.

⁶⁹ In *Moustaquim* en *C. t. België* was strikt genomen geen sprake van onderscheid op grond van nationaliteit, maar van onderscheid tussen gemeenschapsonderdanen en niet-gemeenschapsonderdanen. Het EHRM lijkt echter in beide zaken aan dit verschil voorbij te zijn gegaan.

De door- en wisselwerking van CGB-oordelen in c.q. met rechterlijke uitspraken

Mr. K. Wentholt

1 INLEIDING

De effectuering van de gelijke behandelingsnorm is afhankelijk van vele factoren, waaronder de wijze waarop de Commissie haar taken vervult en de doorwerking daarvan op het ‘maatschappelijk veld’. Van de taken die de CGB heeft, komt in deze bijdrage slechts het op verzoek geven van een oordeel over een eventuele schending van de gelijke behandelingsnorm aan de orde. Een volgende beperking is dan weer dat ik me slechts richt op de doorwerking van CGB-oordelen op rechterlijke uitspraken. Uiteraard werken de opvattingen van de CGB ook op andere wijzen door in het recht dan alleen via oordelen. Te denken valt aan algemene adviezen zoals inzake een kledingrichtlijn voor scholen.¹

Zoals bekend zijn oordelen van de CGB niet bindend, niet voor partijen en niet voor de rechter die door de bij de CGB in het gelijk gestelde partij geadieerd kan worden om een wel juridisch bindende uitspraak te verkrijgen. De vraag of en in hoeverre Commissie-oordelen in rechterlijke uitspraken doorwerken is al meermaalen onderwerp van onderzoek geweest. Blom deed hiernaar in 1995 al onderzoek; in het in 1999 door de Katholieke Universiteit Nijmegen verrichte evaluatieonderzoek verder: het KUN-onderzoek² naar de werking van de AWGB citeren de onderzoekers uit dit onderzoek van Blom: “De rechtsvorming op het gebied van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen is het meest gebaat bij rechterlijke uitspraken waarin de uitgangspunten van de Commissie expliciet worden overgenomen, of uitdrukkelijk gemotiveerd worden verworpen. Dan wordt namelijk goed duidelijk welke uitgangspunten de rechter precies hanteert, en deze kunnen dan desgewenst eenvoudiger in hoger beroep/cassatie aan de orde worden gesteld”.³ Hieraan wordt door de onderzoekers toegevoegd dat het onwenselijk zou zijn als er zich onder het gezag van de CGB een apart rechtsgebied op het terrein van de gelijke behandeling ontwikkelt dat geen verbinding heeft met de ‘normale’ rechtspraak omdat dan de Commissie niet aan haar doel voldoet: het leveren van een bijdrage aan de rechtsvorming gelijke behandeling en het bevorderen van de naleving. Met andere woorden, het is van belang dat er een inhoudelijke verbinding is tussen de CGB-oordelen en de rechterlijke uitspraken. Dit zou volgens de conclusies van het KUN-onderzoek kunnen worden versterkt door in de wet een bepaling op te nemen dat de rechter gemotiveerd op een voorliggend oordeel ingaat, indien hij inhoudelijk tot een andere afweging komt.

1 CGB-advies/2003/01 inzake gezichtssluiers en hoofddoeken op scholen.

2 C.E. van Vleuten & L. Willems, ‘Commissie gelijke behandeling’, in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: SDU 1999, hoofdstuk I-7.

3 J.A.H. Blom, *De effectiviteit van de Wet gelijke behandeling m/v: Tweede deelonderzoek*, Den Haag 1995.

Omdat de betekenis van CGB-oordelen in rechterlijke uitspraken al verschillende malen onderwerp van onderzoek is geweest, zal ik eerst daarop ingaan. Vervolgens zal ik voor de meest recente periode nagaan hoe het gesteld is met de doorwerking van Commissie-oordelen in rechterlijke uitspraken en een tussenconclusie trekken over de wenselijkheid van de in het KUN-onderzoek genoemde motiveringsplicht. Voor de wijze van analyse sluit ik aan bij al eerder verricht onderzoek. Het valt op dat de beantwoording van de vraag of er sprake is van de hiervoor genoemde inhoudelijke verbinding tussen CGB-oordelen en rechterlijke uitspraken, wordt gezocht in onderzoek naar de follow-up in rechterlijke uitspraken. Rechterlijke uitspraken in geschillen waarin ook de CGB een oordeel heeft gegeven, worden geanalyseerd op de vraag of de rechter dit oordeel überhaupt noemt en welk gewicht daaraan wordt gegeven. Ik wil in deze bijdrage – ook – een andere vraag aan de orde laten komen. Indien in rechterlijke uitspraken een bepaald oordeel of een bepaalde oordelenlijn niet wordt gevolgd, wordt hieraan door de CGB in haar oordelen aandacht besteed en leidt dit dan tot een gemotiveerd handhaven of wijzigen van de beoordelingslijn van de CGB?

2 REEDS VERRICHT ONDERZOEK NAAR DE DOORWERKING VAN CGB-OORDELEN IN RECHTERLIJKE UITSPRAKEN.

Uit het in 1999 verrichte KUN-onderzoek blijkt dat het algemene beeld weinig coherent is. Er zijn gevallen waarin de rechter het oordeel zonder meer aanvaardt en overneemt, gevallen waarin de rechter een CGB-oordeel in het geheel niet noemt, en gevallen waarin er wel naar wordt verwezen, maar de rechter vervolgens tot een eigen afweging komt, met of zonder nadere motivering. Deze conclusie sluit aan bij het eerder verrichte onderzoek door Blom en bij andere verrichte analyses.⁴ De conclusie van het KUN-onderzoek luidt dat na tien jaar Commissieoordelen justitiabelen nog steeds niet kunnen vertrouwen op het gezag van het Commissieoordeel en hun positie dus ook niet kunnen baseren op dit oordeel. De aanbeveling is dan dat het aan de wetgever is om het gezag van het Commissieoordeel te versterken door in de wet op te nemen dat de rechter alleen gemotiveerd van het Commissieoordeel mag afwijken.

Naar aanleiding van dit evaluatieonderzoek van de KUN deed de CGB de regering de aanbeveling dat de rechter slechts gemotiveerd van het oordeel zou mogen afwijken. In het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de AWGB is deze aanbeveling niet overgenomen. De regering wijst er op dat artikel 121 Grondwet (Gw) een afdoende regeling biedt om te waarborgen dat in rechterlijke uitspraken gemotiveerd wordt waarom in een specifiek geval een oordeel niet wordt gevolgd. Het kabinet ziet geen aanleiding om een oordeel van de CGB in dit opzicht anders te behandelen dan bevindingen van andere organen, zoals de Nationale ombudsman en het College bescherming persoonsgegevens.⁵

4 Vgl. K. Wentholt, 'Gelijke behandeling gelijk behandeld? Analyse van de jurisprudentie van de CGB en de rechter', *Nemesis* 1993, p. 158-165. Zie ook J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003, p. 192-196.

5 Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling; Brief minister met het periodiek verslag aan de Staten-Generaal over de werking van de AWGB en verwante wetgeving (kabinetsstandpunt), *Kamerstukken II* 2001/2002, 28481, nr. 1, p. 25 e.v.

Na het evaluatieonderzoek van de KUN heeft de CGB zelf onderzoek gedaan naar de doorwerking van haar oordelen en daarbij voor de daaropvolgende periode onderzoek gedaan naar rechterlijke uitspraken in zaken waarin ook een oordeel was gegeven. De CGB betreft de periode van 1 januari 2000 tot en met juni 2004 bij haar onderzoek.⁶ Omdat dit het meest recente onderzoek is naar de doorwerking van de oordelen in rechterlijke uitspraken zal ik hier wat uitgebreider bij stilstaan. De vraagstelling die de CGB hanteert is of eventuele afwijkingen van een oordeel worden gemotiveerd. Alleen als dat niet het geval is, is het noodzakelijk om de motiveringsplicht nog eens wettelijk te expliciteren. Hierbij sluit de Commissie aan bij hetgeen de president van de Hoge Raad, Martens, in 1996 opperde, te weten dat een motiveringsplicht slechts nodig is indien 1) de CGB zich het nodige gezag heeft verworven bij een breed juridisch forum en 2) (desondanks?) een niet te verwaarlozen deel van de lagere rechtspraak min of meer systematisch weigert haar oordelen te volgen. De CGB gebruikt deze voorwaarden als toetsingkader waarbij de insteek overigens al lijkt te zijn dat aan de eerste voorwaarde wel en aan de tweede voorwaarde níet wordt voldaan. In een inleiding op het onderzoek laat de CGB zich namelijk kritisch uit over de KUN-evaluatie. Zij vindt de conclusie uit de KUN-evaluatie dat er weinig aanwijzingen zijn dat de rechter enige bijzondere betekenis toekent aan het oordeel van de CGB, te eenzijdig. Hierbij wijst zij er op dat uit de in deze evaluatie beschreven rechterlijke uitspraken juist blijkt dat de rechter vaak expliciet verwijst naar het oordeel van de CGB en het geheel of gedeeltelijk volgt, soms met verwijzing naar het karakter van deskundigenoordeel. Niet geheel verrassend is dan ook de conclusie uit het onderzoek van de CGB dat de rechter over het algemeen veel gewicht toekent aan het oordeel van de Commissie en dat zelden ongemotiveerd naast zich neerlegt. De CGB ziet dan ook geen reden nog langer aan te dringen op een wettelijke bepaling dat de rechter alleen gemotiveerd van haar oordeel mag afwijken.

Langs welke lijnen komt de CGB tot deze conclusie? In de onderzoeksperiode gaat het in totaal om 39 oordelen. In elf gevallen komt de rechter helemaal niet toe aan het oordeel, zodat er nog slechts 28 zaken resteren. In zestien daarvan volgt de rechter het CGB-oordeel en motiveert dat in twee gevallen niet. In twaalf gevallen oordeelt de rechter anders dan de Commissie en motiveert dat in vier gevallen niet. Vervolgens past de CGB een kwalitatieve analyse toe en concludeert dan dat in de meeste gevallen de rechter expliciet en gemotiveerd het oordeel volgt. Ook in de gevallen dat de rechter het CGB-oordeel niet volgt, gebeurt dit gemotiveerd. Een andere waardering van de feiten (soms omdat er bij de rechter andere feiten naar voren zijn gebracht) kan daarbij aan de orde zijn en soms is dat een uitvloeisel van het recht omdat het wettelijke kader waaraan de rechter toetst ruimer kan zijn dan alleen gelijke behandelingswetgeving.

De Commissie concludeert dat, anders dan het evaluatieonderzoek van de KUN, een nadere motiveringsplicht voor de rechter niet nodig is.

6 Commissie Gelijke Behandeling, *'Het verschil gemaakt'. Evaluatie van de AWGB en de werkzaamheden van de CGB 1999-2004*, Utrecht 2005. Vindplaats: www.cgb.nl.

3 PERIODE NA DE CGB-EVALUATIE⁷

De analyse van de CGB sluit, hoewel de conclusie een andere is, aan bij het eerder verrichte KUN-onderzoek. Uit beide analyses komt immers naar voren dat de rechtspraak geen eenduidig beeld te zien geeft. Er zijn rechterlijke uitspraken die een Commissie-oordeel zonder meer overnemen, meer of minder gemotiveerd, maar er zijn ook uitspraken die een Commissie-oordeel, meer of minder gemotiveerd, niet overnemen.

Ik heb gekeken of dit beeld ook in de meest recente jaren, dus na het onderzoek door de CGB opgaat. De conclusie is dat ook de periode erna een wisselend beeld te zien geeft. Daarbij komt dat het aantal gerechtelijke uitspraken waarin voorafgaand aan de procedure een CGB-oordeel is gegeven, zeer gering is, zodat alleen om die reden al niet een verantwoorde analyse valt te maken.

Ondanks deze nuancering durf ik toch de stelling voor mijn rekening te nemen dat niet langer kan worden gezegd dat de rechter geen betekenis toekent aan een CGB-oordeel. Uitspraken waarin de rechter in het geheel niet verwijst naar een voorliggende oordeel zijn, lijken niet representatief te zijn.⁸ In ontbindingszaken zie je nog wel eens dat de kantonrechter niet de door de CGB ingezette beoordelingslijn volgt, maar procespartijen kiezen ook lang niet altijd die insteek bij de rechter en het is niet gezegd dat de beoordeling door de CGB niet via een andere weg toch bij de belangenafweging door de rechter wordt betrokken.

Zo oordeelde de Commissie in een arbeidsgeschil tot onderscheid naar geslacht bij de arbeidsvoorwaarden omdat de werkgever onvoldoende bescherming had geboden tegen seksuele intimidatie. Het conflict tussen werkgever en werknemers leidde, na overplaatsing naar een andere vestigingsplaats, uiteindelijk tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, een beëindiging die de Commissie discriminatoir achtte. Dit omdat, nadat verzoekster voldoende feiten had gesteld waarmee het vermoeden van onderscheid rees, de werkgever niet inzichtelijk had kunnen maken dat het functioneren van verzoekster reden is geweest voor de overplaatsing en nadien beëindiging.⁹ De kantonrechter gaat niet mee met de stelling van eiseres dat de beëindiging van de dienstbetrekking verband houdt met haar klacht over seksuele intimidatie en stelt in dit verband nadrukkelijk dat het CGB-oordeel niet tot een ander oordeel kan leiden, “nu de Commissie haar eigen beoordelingswijze hanteert, terwijl de kantonrechter niet gebonden kan zijn aan haar oordeel”. Niet geconcludeerd kan echter worden dat de kantonrechter hiermee het oordeel links laat liggen. De kantonrechter acht de beëindiging weliswaar niet discriminatoir, maar komt wel tot het oordeel dat de werkgever krachtens artikel 7:611 en 7:658 van het Burgerlijk Wetboek (BW) verwijtbaar tekort is geschoten jegens de werknemers omdat onvoldoende adequaat is gereageerd op de klacht aangaande seksuele intimidatie en dit invloed heeft gehad op de arbeidsongeschiktheid van betrokkene. Aan werknemers wordt dan ook een schadevergoeding toegekend.¹⁰

7 In deze paragraaf ga ik in op verschillende rechterlijke uitspraken in deze periode. Ik wil de lezer er wel op wijzen dat het onmogelijk is om inhoudelijk recht te doen aan de juridische nuances in de verschillende zaken. De beschrijving is dus juridisch erg ‘versimpeld’.

8 Rb. Utrecht, sector Kanton, 17 augustus 2005, verwijst in het geheel niet naar het voorliggende CGB-oordeel.

9 CGB 22 juni 2005, oordeel 2005-112.

10 Rb. 's-Hertogenbosch, sector Kanton, 8 september 2005, zaaknr. 393426.

Daarnaast is een categorie uitspraken te onderscheiden waarin weliswaar de rechter het oordeel van de CGB noemt, maar zonder dat duidelijk wordt in hoeverre de rechter zich ook door dat oordeel laat leiden.

Omdat de kantonrechter een ruimer toetsingskader heeft dan de CGB en de gelijke behandelingsproblematiek een van de aspecten vormt waarmee de rechter rekening houdt, is het lastig uit een uitspraak het belang van de door de CGB aangegeven aspecten te destilleren.

Zo worden de overwegingen van de Commissie over onvoldoende onderzoek door de werkgever naar de door de werknemer geuite klachten, wel door een kantonrechter betrokken bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek omdat het “enig gewicht in de schaal legt”, maar omdat de werknemer zeer ernstige en onterechte beschuldigingen jegens de werkgever had geuit over ‘etnische zuivering’ door de werkgever, zag de kantonrechter geen reden tot vergoeding over te gaan.¹¹

In een uitspraak van een rechtbank, oordelende in kort geding, wordt het CGB-oordeel genoemd in het onderdeel ‘feiten’. De rechter is evenals de Commissie van oordeel dat er sprake is van een verboden onderscheid naar geslacht, maar in het onderdeel ‘beoordeling van het geschil’ wordt verder niet inhoudelijk meer verwezen naar het CGB-oordeel.¹²

Er is een aantal uitspraken waarin de rechter gemotiveerd het oordeel van de CGB volgt. Zo citeert een kantonrechter in het onderdeel ‘feiten’ uitgebreid daaruit.¹³ De kantonrechter moest oordelen over een door de werkgever verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de situatie dat een werknemer weigerde in te stemmen met beëindiging van het dienstverband conform het Sociaal Plan. Niet in geschil was dat de functie van deze werknemer was komen te vervallen en dat er geen passende werkzaamheden voor hem bij de werkgever aanwezig waren. Dat de arbeidsovereenkomst ontbonden werd, was dan ook uitgangspunt voor de rechter. Het CGB-oordeel speelt een rol bij de hoogte van de schadevergoeding. Het ging hier om een reorganisatie-ontslag, waarbij op degenen die ouder zijn dan 58 jaar een andere, meer ongunstige, regeling geldt. Dit onderscheid naar leeftijd vond zijn rechtvaardiging in het doel verschillende vormen van inkomenszekerheid te garanderen, al naar gelang de verschillende arbeidsmarktposities van leeftijdsgroepen. Dit doel acht de CGB legitiem maar het middel niet passend omdat, kort gezegd, de arbeidsmarktposities van de verschillende leeftijdsgroepen met de weergave in het Sociaal Plan te vereenvoudigd is weergegeven. De kantonrechter stelt het Sociaal Plan voor de betrokkene buiten werking en past de normale kantonrechterformule toe bij het vaststellen van de schadevergoeding.

Ook in een uitspraak van Hof Amsterdam wordt de CGB instemmend aangehaald.¹⁴ Het gaat om de beoordeling van cao-bepalingen waarin in het kader van harmonisatie van arbeidsvoorwaarden voltijders bevoordeeld worden omdat zij, anders dan deeltijders, de facto een verhoging van het uurloon krijgen. Met de Commissie acht het Hof het onvermijdelijk dat bij zo’n harmonisatieactie sommigen meer gebaat zijn dan anderen. Het onderscheid is derhalve objectief gerechtvaardigd.

11 Rb. Leeuwarden, sector Kanton, 6 juli 2005, zaaknr. 160934.

12 Rb. Assen, 1 december 2004, LJN AR8103.

13 Rb. Almelo, sector Kanton locatie Enschede, 9 juni 2006, *JAR* 2006, 39.

14 Hof Amsterdam 9 februari 2006, *RAR* 2006/51.

De CGB wordt in haar de beoordeling van de korting door pensioenfondsen op het nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil, ook door de kantonrechter Heerlen gevolgd.¹⁵ Maar niet alle rechters doen dit. Kantonrechter en Hof Amsterdam wijken gemotiveerd af van de oordelenlijn van de Commissie waarbij het Hof stelt dat het CGB-oordeel weliswaar gewichtig is maar niet bindend.¹⁶

Een kantonrechter formuleert het stelliger en zegt het oordeel van de CGB dat de wijze waarop de werkgever het middel van ontslag heeft ingezet niet passend is en dat de werkgever zich te weinig heeft ingespannen hem aan het werk te houden, slechts zeer ten dele te onderschrijven.¹⁷

Slechts gedeeltelijk instemmend is de uitspraak in kort geding van een rechtbank over het 'ongemengde' danspaar dat mee wil doen aan danswedstrijden. De rechtbank verwijst naar het CGB-oordeel ter ondersteuning van haar eigen oordeel dat er sprake is van direct onderscheid naar geslacht. Anders dan de CGB vindt de rechtbank echter dat (in dit kort geding) niet is komen vast te staan dat dit niet zou kunnen worden gerechtvaardigd door het krachtsverschil tussen mannen en vrouwen en het daarmee gepaard gaande significante verschil in prestaties. Ook anders dan het oordeel, ziet de rechtbank als voorlopig oordeel niet dat sprake is van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid.¹⁸

Bij een lastige rechtsvraag of er bij toepassing van de franchise als onderdeel van de pensioenberekening een verboden onderscheid naar geslacht wordt gemaakt, is het niet verrassend dat het juridisch forum daarover verschilt van mening. De rechter overweegt dat: "Uit vorenstaande volgt dat de door CGB geconstateerde feiten, met name die van de rekenvoorbeelden en de daaraan verboden conclusies op wezenlijke punten niet gevolgd kunnen worden".¹⁹

Een lastige rechtsvraag is ook aan de orde in de zaken waarin de CGB en rechter te oordelen hebben over de particuliere arbeidsongeschiktheidverzekeringen die het risico van afwezigheid in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof niet (volledig) dekken. Nadat de voorzieningenrechter Utrecht de CGB nog wel volgde,²⁰ weken andere rechters af van de door haar ingezette lijn. Ter motivering van haar afwijkende oordeel, stelt de Rechtbank Utrecht dat zij zich onafhankelijk van de Commissie een oordeel dient te vormen en dat er in de genoemde uitspraken van de CGB geen sprake is van dezelfde feiten en omstandigheden. Ten aanzien van de door de CGB aangehaalde EG-jurisprudentie, overweegt de rechtbank dat deze tegen de achtergrond van een arbeidsrelatie tot stand is gekomen, welke in dit geval ontbreekt.²¹

Ook het Hof Amsterdam neemt afstand van de door de Commissie ingezette lijn, waarbij uit de door het Hof gebruikte overwegingen genoegzaam blijkt dat hij het niet eens is met het CGB-oordeel (en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht).²²

15 Ktr Heerlen 24-3-04, *Pensioen Jurisprudentie* 2004,102.

16 Rechtbank Amsterdam, sector kanton 16 juni 2004, rolnr. CV03-6422. Hof Amsterdam 31 augustus 2006, rolnr. 2133/04.

17 Rb Amsterdam sector Kanton 18 april 2006, zaaknr. 664867.

18 Rb 's-Gravenhage 26 juli 2006, KG 06/767.

19 Rb Maastricht, sector Kanton locatie Heerlen, 6 juli 2005, zaaknr. 171590.

20 Rb Utrecht 27 mei 2004, LJN AP0146 en 15 november 2005, LJN AU 6168.

21 Rb. Utrecht 3 mei 2006, LJN AW 7505.

22 Gerechtshof Amsterdam 19 oktober 2006, LJN AZ 0509.

4 **DE DOORWERKING VAN EEN CGB-OORDEEL OP EEN RECHTERLIJKE UITSPRAAK. MOTIVERINGSPLICHT VOOR DE RECHTER?**

Voor zover het gaat om de vraag of het juridisch gezag van de CGB versterkt zou moeten worden door een expliciete motiveringsplicht in de wetgeving op te nemen, ben ik het met de Commissie zelf eens dat de jurisprudentie daarvoor geen aanleiding biedt. De oordelen van de CGB worden niet miskend en afwijkingen door de rechter worden weliswaar niet altijd uitgebreid gemotiveerd, maar men voldoet wel aan het vereiste dat er wordt ingegaan op een eventueel voorliggend oordeel. Meer dan dat valt ook met een motiveringsplicht niet af te dwingen lijkt me.

Waar het gaat om lastige rechtsvragen, is uit het niet door de rechter volgen van een CGB-oordeel naar mijn mening niet af te leiden dat de Commissie geen juridisch gezag zou hebben. Evenmin kwalificeren van de CGB-lijn afwijkende rechterlijke uitspraken de rechter als minder deskundig op het terrein van het gelijke behandelingsrecht dan de Commissie. Anders gezegd, over lastige gelijke behandelingskwesities is het goed mogelijk een ander juridisch oordeel te hebben.

Duidelijk is dat rechters niet voetstoots de oordeelvorming van de CGB overnemen, maar dat zegt natuurlijk nog niet dat de laatste geen enkel gezag zou hebben. Zegt het wel iets over de inbedding van het gelijke behandelingsrecht, zoals dat door de CGB wordt getoetst, in het juridische toetsingskader van de rechter? Het zou tenslotte niet goed zijn als een specifieke gelijke behandelingstoets door de Commissie alleen door de beperktheid van de toetsing tot andere uitkomsten leidt. Ook dat blijkt niet. Met name in arbeidsgeschillen is het rechterlijke toetsingskader ruimer, maar toch werken ook daar de CGB-oordelen wel door in de rechterlijke afweging.

5 **IS ER ANDERSZINS SPRAKE VAN WISSELWERKING TUSSEN CGB-OORDELEN EN RECHTERLIJKE UITSPRAKEN: VOLGT DE CGB DE RECHTER?**

In het KUN-onderzoek werd gewezen op een belangrijk aspect van doorwerking van CGB-oordelen en rechterlijke uitspraken, te weten dat het in het kader van de rechtsvorming en –ontwikkeling niet goed zou zijn als de oordelen een andere benadering uitgaan dan terug te zien is in rechterlijke uitspraken. Op dit punt wil ik hieronder nader ingaan en wel vanuit een iets ander perspectief dan hiervoor is gekozen. De tot nu toe verrichte evaluaties van CGB-oordelen en rechterlijke uitspraken kiezen immers steeds als invalshoek de vraag of de rechter motiveert waarom hij wel of niet een oordeel volgt. Ik wil dit nu anders doen en de vraag stellen of de Commissie een andere rechterlijke lijn wel of niet gemotiveerd volgt. Overigens is dit een aspect waar de CGB alert op is. Het onderzoek dat zij heeft verricht naar de doorwerking van haar oordelen in rechterlijke uitspraken over de periode 1999 tot half 2004 heeft onder meer geleid tot de volgende aanbeveling: “De CGB gaat in de toekomst systematisch(er) na of, en zo ja op welke wijze de rechter haar oordelen in het gerechtelijk besluitvormingsproces betreft, om haar oordelenlijnen zo nodig toe te lichten of bij te stellen”.

In het navolgende wil ik op één deelterrein, en wel op dat van het onderscheid in verband met zwangerschap en bevalling, bezien of in de CGB-oordelen deze wisselwerking is terug te vinden.

De Commissie heeft zich al vaker uitgelaten over de rechtspositie van zwangere

vrouwen en daarbij met name over de vraag of via het gelijke behandelingsrecht is af te dwingen dat er hiermee in positieve zin rekening wordt gehouden. Zo is het een vaste oordelingslijn dat het aanbieden van een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan vrije beroepsbeoefenaren, zonder dat bij zwangerschap en bevalling een uitkering wordt verstrekt of onder strengere voorwaarden, verboden onderscheid op grond van geslacht met zich brengt.

Ook heeft zij al eerder, voortvloeiende uit eenzelfde benadering, gesteld dat een vakantieregeling voor onderwijsgevend personeel waarin niet specifiek met de situatie van zwangere vrouwen werd rekening gehouden, strijd oplevert met het verbod om onderscheid naar geslacht te maken.

Weliswaar zie je de benadering van de CGB een enkele maal in de – lagere – rechtspraak terugkomen, maar dit is zeker geen bestendige jurisprudentielijn. Dat roept niet alleen de vraag op hoe de rechter zijn uitspraak motiveert in het licht van de opvatting van de CGB, maar ook of de Commissie in navolging van een rechterlijke interpretatie van de onderliggende rechtsregels, van een gekozen lijn afwijkt.

6 DE VAKANTIE- EN VERLOFREGELING VOOR ONDERWIJSGEVEND PERSONEEL

Zoals gezegd, hebben zowel de CGB als de rechter geoordeeld over de problematiek dat voor onderwijsgevend personeel de vakantietijd vast ligt; indien het toevallig zo uitkomt dat in de ‘zomervakantie’ de wettelijke zwangerschapsverlofperiode ingaat, dan overlappen deze beide verlofperiodes elkaar. Beval je midden in het schooljaar, dan heb je geen ‘last’ van deze overlap.

De Commissie benaderde deze problematiek sterk vanuit het materiële gelijkheidsbeginsel en benadrukt dat onderscheid op grond van de gevolgen van zwangerschap en bevalling direct onderscheid oplevert.²³ Het belang hiervan is dat waar in het kader van gelijke behandeling altijd een vergelijking met een andere groep wordt gemaakt omdat het om onderscheid tussen personen gaat (een gehandicapte met een niet-gehandicapte, buitenlanders met Nederlanders etc), dit voor zwangerschap niet nodig is. Daarnaast is van belang dat in een louter formele benadering van gelijkheid het verbod van onderscheid beperkt is tot het ongelijk behandelen van gelijke gevallen. Materiële gelijkheid, en naar dit begrip verwijst de CGB, is het ongelijke gevallen zodanig ongelijk behandelen, dat er in effect een gelijk resultaat ontstaat omdat er rekening wordt gehouden met individuele capaciteiten en behoeften.²⁴

Voorts is nog van belang dat in uitspraken van het HvJEG over de zwangerschapsrichtlijn (92/85/EG) het uitgangspunt valt te lezen dat zwangerschap niet op één lijn met ‘ziekte’ mag worden gesteld als dat tot een nadelige positie voor zwangere vrouwen leidt.²⁵ Dit impliceert dat er voor zwangere vrouwen soms een verdergaande bescherming aangewezen is omdat nu eenmaal alleen vrouwen zwanger kunnen worden.

Dit leidt de Commissie dan tot de volgende overweging: “In het Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel (RPBO) worden mannen en vrouwen in die zin gelijk behandeld dat in geen enkel geval compensatie plaatsvindt indien iemand feitelijk

23 CGB 10 december 1998, AB 1999, 256.

24 J.H. Gerards & A.W. Heringa 2003, p.14.

25 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 de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, PbEG 1992, L 348.

niet in staat is vakantie te genieten in de vaste schoolvakantieperiodes van de school. Deze regeling betreft alleen ziekte en bevat geen specifieke bepaling voor zwangerschap. Door de toepassing van de bepaling die ziekte en zwangerschap gelijkstelt, worden arbeidsongeschiktheid wegens zwangerschap en arbeidsongeschiktheid wegens ziekte als gelijke gevallen behandeld, terwijl ze ongelijke gevallen zijn". Door het ontbreken van zo'n compensatieregeling ingeval van samenvval van zwangerschapsverlof en vakantie wordt derhalve direct onderscheid op grond van geslacht gemaakt.

Uiteindelijk, nadat in lagere rechtspraak het CGB-oordeel nog wel gevolgd werd, nam de Centrale Raad van Beroep (CRvB) dit niet over.²⁶ De CRvB oordeelt dat in het RPBO niet sprake is van gelijkstelling van zwangerschapsverlof met ziekte, maar dat het RPBO slechts regelt dat tijdens de schoolvakanties verlof wordt genomen. Uit het feit dat zwangerschapsverlof voor wat betreft de bezoldiging gelijk wordt gesteld met ziekte kan niet worden geconcludeerd dat het ontbreken van compensatieverlof komt door de gelijkstelling van zwangerschap met ziekte. De CRvB ziet dan ook niet in dat sprake is van een gelijke behandeling van verschillende gevallen. Omdat de bepaling neutraal is geformuleerd, ziet de CRvB evenmin dat er sprake zou zijn van direct onderscheid. Hooguit zou er indirect onderscheid aan de orde zijn, maar ook daartoe concludeert de CRvB niet, omdat er misschien dan geen voordeel is, maar dit niet op één lijn is te stellen met nadeel. Daarbij zegt de CRvB nog dat de zwangerschapsrichtlijn (92/85/EG) minimumnormen bevat inzake de bescherming van de gezondheid van werkneemsters bij zwangerschap en bevalling en het behoud van rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst en niet een verbod op het maken van onderscheid behelst. De lezing van de CGB verstaat zich volgens de CRvB dan ook niet met doel en strekking van deze richtlijn. En de CRvB ziet evenmin welk verlies aan rechten uit de arbeidsovereenkomst zich voordoet, omdat zwangere vrouwen het verlof gedurende de reguliere vakantieperiode nog steeds genieten, zij het op een andere noemer.

De CRvB redeneert dus niet vanuit het materiële gelijkheidsbeginsel, maar overweegt dat het feit dat er niet in het bijzonder rekening wordt gehouden met zwangerschap niets te maken heeft met een gelijkstelling van zwangerschap met ziekte die door het EG-recht zou zijn verboden. Een nadeel voor vrouwen ziet de CRvB niet. De CRvB is dus kritisch zowel op de wijze waarop de CGB de zwangerschapsrichtlijn interpreteert als op haar invulling van het begrip direct onderscheid.

7 DE UITSLUITING VAN EEN UITKERING TIJDENS ZWANGERSCHAPS- EN BEVALLINGSVERLOF VOOR ZELFSTANDIG WERKENDE VROUWEN

Inmiddels hebben zowel de CGB als rechters zich uitgesproken over de vraag of polisvoorwaarden in een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering zodanig mogen zijn dat zwangere vrouwen daardoor gedurende de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof, geen inkomensvervangende uitkering genieten. Omdat het 'ondernemersrisico' van uitval door zwangerschap zich alleen bij vrouwen kan voordoen, is het de vraag of (gedeeltelijke) uitsluiting van dit risico door een particuliere verzekeraar onderscheid op grond van geslacht oplevert.

Het gaat op deze plaats te ver om de voorliggende kwestie inhoudelijk te bespreken; het gaat mij om de beoordelingslijn die de Commissie kiest. Ook in deze zaken redeneert zij sterk vanuit het materiële gelijkheidsbeginsel en komt mede in verband daarmee tot het oordeel dat het níet willen verzekeren van het risico van zwangerschap en bevalling het maken van direct onderscheid op grond van geslacht is omdat dit vrouwen in een nadeliger positie brengt dan mannen die dit risico immers in het geheel niet lopen. Regelingen waarin niet iets specifiek ten behoeven van zwangerschap is geregeld, kunnen daardoor in strijd komen met het beginsel van gelijke behandeling.

Gelet op het feit dat de CRvB in de hiervoor besproken kwestie van de vakantie- en verlofregeling binnen het onderwijs juist op deze redenering kritisch is, heeft de CGB ongetwijfeld goed over de motivering van deze oordelenlijn nagedacht. Omdat er een andere rechtsvraag voorlag was zij uiteraard niet gehouden nader te motiveren waarom ze de kritische kanttekeningen die de CRvB maakte, negeert, maar opvallend is het wel.

Ik sluit niet uit dat de Commissie ook in andere oordelen al min of meer reageert op de juridische interpretatie die afwijkt van haar eigen oordelenlijn, maar in ieder geval krijgt ze hiertoe de gelegenheid in de zaken waarin aan haar een oordeel wordt gevraagd over de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Omdat meerdere verzoeksters de CGB om een oordeel hierover hebben gevraagd en inmiddels ook de rechter zich hierover had uitgesproken, had de CGB de gelegenheid om op uitspraken van – lagere – rechters te reageren. In haar oordeel van 24 november 2006 maakt ze hiervan gebruik.²⁷

Zij handhaaft haar lijn met betrekking tot het materiële gelijkheidsbeginsel: ook al zegt een regeling niets over zwangerschap dan moet je nog bezien of daardoor zwangere vrouwen niet slechter af zijn. Ook handhaaft de Commissie de verwijzing naar jurisprudentie van het HvJEG i.v.m. de zwangerschapsrichtlijn over de niet-toegestane gelijkstelling van zwangerschap en ziekte, waardoor vrouwen die vanwege zwangerschap verzuimen niet mogen worden benadeeld ten opzichte van werknemers die vanwege ziekte afwezig zijn. Het gaat er daarbij om dat ‘wezenlijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen wordt nagestreefd’; of er sprake is van gelijke of ongelijke gevallen hangt mede af van het uiteindelijke resultaat van de behandeling. De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) moet richtlijnconform worden geïnterpreteerd, dus ook conform de zwangerschapsrichtlijn. Daarbij benadrukt de CGB nog dat haar oordelenlijn is gebaseerd op jurisprudentie van het HvJEG inzake arbeidsrelaties en dat die jurisprudentie geheel in lijn is met Richtlijn 2004/113/EG.²⁸ Dat deze richtlijn nog niet is geïmplementeerd, zoals het Hof Amsterdam had beargumenteerd, is dan ook niet van belang. Ook in de Preambule van deze Richtlijn wordt herhaald dat het ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht is.

27 Oordeel 2006-232.

28 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.

De CGB overweegt dat uit jurisprudentie van het HvJEG volgt dat een regeling voor werknemers die arbeidsongeschikt zijn om redenen verband houdend met zwangerschap mag worden vergeleken met een regeling voor werknemers die om andere redenen arbeidsongeschikt zijn. De vergelijking mag echter niet leiden tot nadeel voor zwangere werknemers. Hiermee reageert zij op de rechterlijke uitspraken waarin wordt geconcludeerd dat de dekking tegen zwangerschapsgerelateerde arbeidsongeschiktheid als extra dekking wordt aangeboden en los staat van de dekking van andere vormen van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis.²⁹ Na dit uit elkaar trekken van de twee regelingen concludeerde de rechtbank dat er geen onderscheid naar geslacht wordt gemaakt omdat de zwangerschapsgerelateerde verzekering immers alleen voor vrouwen geldt. Dit ook omdat de rechtbank voor het oordeel dat onderscheid is gemaakt een vergelijkingscategorie noodzakelijk acht, en die is er natuurlijk niet in een regeling die per definitie alleen voor vrouwen geldt. Maar ook dit, aldus de Commissie, is strijdig met EG-jurisprudentie. In geval van onderscheid op grond van zwangerschap is er geen vergelijkingscategorie nodig. De rechters concluderen derhalve ten onrechte dat er geen sprake is van direct onderscheid.

De CGB overweegt in dit oordeel derhalve nog eens met nadruk dat door het verstrekken van een zwangerschapsuitkering in het kader van een arbeidsongeschiktheidsverzekering, een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar voldoet aan de eisen die de gelijke behandelingswetgeving stelt. Het toekennen van een zwangerschapsuitkering is geen extra voordeel, maar het opheffen van een nadeel dat alleen vrouwen in verband met inkomenszekerheid hebben, namelijk het tijdelijk niet kunnen werken vanwege zwangerschap. Er is voor de CGB dan ook geen aanleiding haar oordelenlijn te herzien.

Of de Commissie het juridische gelijk aan haar zijde heeft, is nog niet uitgemaakt. Voor deze bijdrage is de conclusie van belang dat de CGB uitgebreid ingaat op de andere visie die door de 'gewone' rechter is verwoord. Op deze manier heeft zij de munitie geleverd aan de rechter die hiermee vervolgens aan de slag kan gaan. Als bijdrage aan de rechtsvorming en ontwikkeling is oordeel 2006-232 dan ook zeer belangrijk te noemen.

8 CONCLUSIE

Aan de doorwerking van CGB-oordelen in rechterlijke uitspraken is al de nodige aandacht besteed, waarbij met name het evaluatieonderzoek van de KUN en het door de Commissie zelf verrichte onderzoek in het oog springen. Het KUN-onderzoek leidde tot de aanbeveling een wettelijke motiveringsplicht voor de rechter bij afwijking van het CGB-oordeel in de AWGB op te nemen. De Commissie liet deze aanbeveling na het door haar zelf verrichte onderzoek varen. Opvallend is dat ondanks deze verschillende conclusies, de onderzoeksresultaten eigenlijk niet erg verschillend waren. Het beeld in beide onderzoeken is divers, tussen de uitersten van een 'gemotiveerd opvolgen' en een 'ongemotiveerd niet opvolgen', bevinden zich rechterlijke uitspraken waarin een oordeel wel wordt genoemd maar je eigenlijk niet goed weet wat de rechter nu precies met dat oordeel doet. Een belangrij-

ke verklaring voor de lastige analyse is dat de beoordelingskaders van Commissie en rechter niet precies met elkaar overeenstemmen.

In vervolg op de genoemde onderzoeken heb ik voor de periode vanaf medio 2004 oordelen en rechterlijke uitspraken bekeken. Het beeld blijft divers; voor de conclusie dat rechters de oordelen van de Commissie niet betrekken bij hun eigen oordeelvorming zie ik echter geen aanleiding. Ook vind ik dat afdoende op de oordelen wordt ingegaan zodat een afzonderlijke motiveringsplicht naar mijn mening niet veel zal veranderen aan de huidige praktijk en derhalve niet nodig is. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat rechters de oordelen van de CGB altijd volgen, maar uit het feit dat het juridisch forum niet eenduidig denkt over de niet altijd eenvoudige gelijke behandelingsproblematiek kan niet tot een gebrek aan gezag van het Commissieoordeel worden geconcludeerd.

In het KUN-onderzoek werd het belang van een eenduidige rechtsvorming benadrukt: het zou niet goed zijn als door de CGB gedane oordelen geen verbinding hebben met de 'gewone' rechtspraktijk. In dit verband is oordeel 2006-232 van groot belang. Hierin reageert de Commissie inhoudelijk op de juridisch andere interpretatie door de rechter van basale begrippen als direct onderscheid en materiële gelijkheid. Dit is voor de inbedding van het gelijke behandelingsrecht in de 'gewone' rechtspraktijk uiteraard van groot belang omdat dit het verschil van inzicht tussen de CGB en de rechter op scherp zet. Dit zal de rechter dwingen om explicieter gemotiveerd aan te geven waarom er desalniettemin wordt afgeweken van de door de Commissie ingezette lijn. De CGB heeft in het genoemde oordeel duidelijk uiteengezet dat en waarom zij van oordeel is dat uit het EG-recht voortvloeit dat een redenering van een rechtbank dat in een regeling die alleen voor vrouwen geldt alleen daarom al geen onderscheid naar geslacht (in verband met zwangerschap) kan worden gemaakt, onjuist is. Het is nu dus weer aan de rechter om aan te geven dat en waarom de Commissie van een onjuiste uitleg van wet- en regelgeving zou uitgaan.

Moet de CGB al het eenzijdige overheidshandelen toetsen?

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1 ALGEMEEN

De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) maakt onderscheid tussen het overheidshandelen en het handelen door burgers. De Commissie toetst in aanleg alle handelingen van burgers, maar slechts in beperkte mate het eenzijdig handelen van de overheid. Belangrijke delen van het overheidshandelen blijven zo buiten het gezichtsveld van de Commissie. Is dit terecht, en zo ja, is dit wenselijk? Als de burger wordt aangesproken op zijn onfatsoenlijk of onrechtmatig gedrag moet dit toch zeker ook gelden voor de overheid? De situatie is voor menigeen een steen des aanstoots. De roep uit het veld om de wet hierop aan te passen, is vrij algemeen.¹ Zij vormde voor de regering aanleiding om de kwestie bij het onderzoek ten behoeve van de tweede evaluatie van de AWGB prominent aan de orde te stellen. Van het onderzoek dat daarop is verricht en eind 2006 is afgerond, wordt in het onderstaande een tot de meest relevante aspecten beperkte samenvatting gegeven. Verder wil ik proberen in te gaan op enige inhoudelijke commentaren die later – vooralsnog in kleine kring – op het onderzoek naar voren zijn gebracht. Deze hebben mij er vooral toe gebracht de vraag te stellen of bepaalde conclusies van het evaluatieonderzoek niet moeten worden gerelativeerd. Zie daarover paragraaf 4.6. Voor relevante verwijzingen en uitweidingen zij verwezen naar het eigenlijke onderzoek.² Ik ga eerst nader in op de aard en achtergrond van het probleem. Daarna wordt aandacht besteed aan de soorten van overheidshandelingen die zich (niet) voor toetsing door de CGB zullen kunnen lenen. Dan zal ik ingaan op de aard van de toetsing van overheidshandelen door de rechter en hoe de AWGB hierop kan worden afgestemd. Tenslotte volgen in het kort de conclusies.

2 DE ACHTERGROND VAN DE PROBLEMATIEK

De boven weergegeven stand van zaken verhindert niet dat verschillende soorten van het overheidshandelen rechtstreeks door de AWGB worden bestreken, zodat de CGB hiermee te maken heeft. Er kan in ieder geval op twee artikelen van de wet worden gewezen.

1 Eigenlijk zijn alle door het kabinet bij een eerdere gelegenheid geraadpleegde Non-Gouvernementele Organisaties (NGO's) er voorstander van dat eenzijdig overheidshandelen onder het bereik van de AWGB wordt gebracht; verder was al jaren duidelijk dat de CGB hieromtrent nader onderzoek bepleit. Zie het Kabinetsstandpunt ten aanzien van de eerste evaluatie van de AWGB, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 481, nr. 1, p. 17 (voortaan: Kabinetsstandpunt).

2 Zie P.J.J. Zoontjens, "De uitzondering inzake 'eenzijdig overheidshandelen'", in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling; principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, deel I, onderdeel 2, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 117-174 (voortaan: evaluatieonderzoek I-2).

Artikel 5, eerste lid, AWGB verbiedt onderscheid bij de arbeid. Naar geldende opvatting omvat het zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke ofte wel ambtelijke arbeidsverhoudingen.³

Artikel 7a AWGB is de implementatie van artikel 3, eerste lid, onderdeel e en f, van de Rasrichtlijn (2000/43/EG).⁴ De wetsbepaling verbiedt onderscheid op grond van ras bij 'sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen'. Het artikel is mede het resultaat van de opvatting dat 'sociale zekerheid' en 'sociale voordelen' niet onder het begrip goederen en diensten van artikel 7, eerste lid, AWGB zijn te brengen en derhalve een aparte regeling behoeven.⁵ In het conceptwetsvoorstel dat aan de Raad van State werd voorgelegd, was aanvankelijk in het eerste lid van artikel 7a AWGB vastgelegd dat onderscheid naar ras is verboden 'bij de uitvoering van regelingen op het gebied van sociale zekerheid'. De Raad van State meende dat deze formulering een te beperkte implementatie van de richtlijn zou vormen. Immers, de richtlijn verbiedt discriminatie met betrekking tot sociale zekerheid als zodanig, terwijl op grond van vaste rechtspraak van het HvJEG de wijze van implementatie van een richtlijn zo moet worden gekozen dat de richtlijn binnen de nationale rechtsorde ten volle haar werking zal hebben. De Raad blijkt daarmee te willen zeggen dat de richtlijn in principe betrekking heeft op het hele arsenaal aan mogelijk overheidshandelen op het gebied van sociale zekerheid, en – zo moet in lijn daarmee worden aangenomen – sociale bescherming en sociale voordelen.⁶ De kritiek heeft voor de regering aanleiding gevormd om de formulering van artikel 7a, eerste lid, naar de huidige redactie aan te passen. Op grond van dit artikel heeft de CGB thans de bevoegdheid ook de inhoud van bepaalde wetten in formele zin aan de norm van het verbod van onderscheid naar ras te toetsen.⁷ In de parlementaire stukken merkt de regering op dat onder 'sociale bescherming' zaken vallen als bestrijding van armoede en sociale uitsluiting, maar ook alle aspecten van gezondheidszorg, welzijn, sociale zekerheid en sociale voorzieningen. Bij 'sociale voordelen' verwijst de regering naar de uitleg die het HvJEG aan dit begrip heeft gegeven. Het gaat dan om voordelen van economische of culturele aard die binnen de lidstaten worden toegekend door zowel overheidsinstellingen als particulieren. Te denken valt aan studiefinanciering, korting bij reizen per openbaar vervoer en gereduceerde toegangsprijzen verstrekt door bioscopen of theaters.⁸

De discussie die aanleiding vormt voor deze bijdrage, komt dus niet voort uit het feit dat de CGB geen overheidshandelen kan toetsen. Wel dat zij geen algemene bevoegdheid daaromtrent bezit. De beperktheid van de bevoegdheid spitst zich toe op kwesties in het kader van artikel 7, eerste lid, AWGB. Door de Commissie wordt het standpunt ingenomen dat het bij eenzijdig overheidshandelen leveren van goederen en diensten door de 'openbare dienst' van de werkingssfeer van artikel 7 AWGB is uitgezonderd. Men denkt hierbij onder meer aan het (niet) toekennen

3 Memorie van toelichting AWGB, *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16. Zie ook E. Cremers-Hartman, '1-3 Werkingssfeer AWGB (art. 3, 4 sub c, 5 lid 1, 6, 7 lid 1 AWGB)', in: 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 1999, p. 31.

4 *Stb.* 2004, 119.

5 EG-implementatiewet, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 3, (MvT), p. 14. Zie ook Kabinetstandpunt, p. 17.

6 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, A, p. 5 en 8.

7 In dezelfde zin: CGB-advies/2006/05 inzake de inburgeringsplicht, p. 3.

8 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 14/15.

van een uitkering sociale zekerheid,⁹ het (niet) verstrekken van subsidie of het besluit op basis van de Vreemdelingenwet.¹⁰ Tot het eenzijdig overheidshandelen blijken door de Commissie zowel feitelijke handelingen als publiekrechtelijke rechtshandelingen te worden gerekend.

Voor de onderbouwing van het standpunt inzake eenzijdig overheidshandelen verwijst de CGB doorgaans naar de mondelinge parlementaire behandeling van de AWGB. Daaruit blijkt dat de overheid moet worden beschouwd als een instantie die krachtens haar publieke taak altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten.¹¹ De door de toenmalige minister Dales (Binnenlandse Zaken) uitgesproken vrees luidde dat toetsing van het overheidshandelen aan het stelsel van de AWGB onvoldoende ruimte laat voor die specifieke belangenafweging, omdat er in vergelijking met toetsing aan artikel 1 Grondwet geen ruimte overblijft voor objectief gerechtvaardigd onderscheid.¹²

Bij het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de eerste evaluatie van de AWGB wordt op die opvatting voortgeborduurd. Het kabinet meent dat onderbrenging van eenzijdig overheidshandelen onder de werkingsfeer van de AWGB niet noodzakelijk is omdat de overheid gebonden is aan artikel 1 Grondwet (Gw). 'Voorts bieden de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtsbescherming tegen eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandelingen'.¹³

3 SOORTEN VAN 'TOETSBARE' OVERHEIDSHANDELINGEN

3.1 *Het begrip overheid*

Als we spreken over eenzijdig overheidshandelen, moet duidelijk zijn wat onder overheid wordt verstaan. Dat is nog niet gemakkelijk. De overheid kent vele verschijningsvormen. Uiteraard herkennen we zonder veel problemen de organen van de staat, provincies, waterschappen en gemeenten als overheidsorganen. En veel moeite, al is het reeds iets meer, zullen we ook niet hebben met het herkennen als overheid van instanties als de Informatie Beheer Groep, de Sociale Verzekeringsbank of de Nederlandsche Bank. Is evenwel de Stichting Thuiskopie die krachtens artikel 16d Auteurswet door de Minister van Justitie is aangewezen, en is belast met de inning en de verdeling van de thuiskopievergoeding ingevolge artikel 16c Auteurswet, een overheidsinstantie? De rechter vond van niet.¹⁴ Is een garage die 'APK keurt' werkzaam als overheid? Het antwoord luidt bevestigend.¹⁵

De criteria die de CGB gebruikt om het verschil tussen overheid en niet-overheid aan te geven zijn niet duidelijk geëxpliciteerd.

9 Althans voor zover daarbij een ander onderscheid dan naar ras wordt gemaakt, omdat bij 'ras' immers art. 7a AWGB toepasselijk is.

10 Zie voor een overzicht: evaluatieonderzoek I-2, p. 122 e.v. Het meest recent is oordeel 2006-85, inzake de vaststelling van de hoogte van fiscale aftrekposten door de Staatssecretaris van Financiën.

11 Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: *Rechtsstaat & Beleid, een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1991, p. 119-144, i.h.b., p. 123: 'Het is een uitvloeisel van hun bijzondere, door het staatsrecht bepaalde taak en verantwoordelijkheid dat staatsorganen belangen altijd uit algemene gezichtspunten moeten afwegen'.

12 Vgl. *Handelingen II*, 11 februari 1993, TK 48, p. 48-3593 en 48-3594.

13 Kabinetsstandpunt, p. 17.

14 ABRS 3 mei 2006, AB 2006, 231, m.nt. Hans Peters.

15 G.A.C.M. van Ballegooij, T. Barkhuysen, A.F.M. Brenninkmeijer, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, vijfde, geheel herziene druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 25.

Het zou goed zijn als er gekozen zou worden voor een meer systematische benadering van het vraagstuk, die bovendien aansluit bij wat er elders gebeurt. Ik zou willen pleiten voor aansluiting bij de criteria ter bepaling van wie of wat overheid is krachtens de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daartoe het volgende.

De criteria volgens welke de overheid begripsmatig kan worden omlijnd zijn divers in ons recht. Enkele voorbeelden. Zo moet de vraag of een privaatrechtelijke rechtspersoon tot de openbare dienst behoort, in de zin van art. 1 van de Ambtenarenwet, volgens de Centrale Raad van Beroep bevestigend worden beantwoord als uit de statuten van die rechtspersoon blijkt dat er sprake is van een overwegende overheidsinvloed op het beheer en het beleid van de rechtspersoon.¹⁶ Onder 'betrekking in overheidsdienst' in de zin van artikel 39, vierde lid, EG-Verdrag wordt door het HvJEG verstaan de betrekking 'welke daadwerkelijk een rechtstreekse of indirecte deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag en aan werkzaamheden strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere publieke lichamen' inhoudt.¹⁷ Ten slotte kan worden gewezen op een voorbeeld, waarbij het HvJEG in het kader van het Europese aanbestedingsrecht heeft uitgemaakt dat instellingen 'die voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door de overheid dat deze laatste in staat stelt hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden' als publiekrechtelijke instelling in de zin van de Europese Aanbestedingsrichtlijn¹⁸ kunnen worden aangemerkt, en aanbestedende diensten zijn.¹⁹

Het gaat hier zoals gezegd om diverse criteria, die ook een verschillende werking met zich brengen. Al deze criteria, of het nu om de Ambtenarenwet of de verschillende terreinen van het Europese recht gaat, zijn specifiek doelgebonden. Wat zij gemeen hebben met de criteria van art. 1:1, eerste lid, Awb is dat zij een werkelijkheid dekken, waarin de grenzen tussen wat overheid en niet-overheid is soms vaag zijn.

Niettemin, al zijn ze soms lastig te hanteren, vormen de criteria van de Awb mijns inziens de enig relevante maatstaf bij de toepassing van de AWGB op dit vlak. Dat is omdat ze algemeen zijn, niet specifiek doelgebonden zoals de andere vermelde criteria, en omdat zij een uitgewerkt geheel van elementen bieden waarmee de overheid kan worden geïdentificeerd. Door hun algemeenheid, en hun centrale positie in het Nederlandse publiekrecht, mag worden verwacht dat de Awb-criteria ook in voldoende mate in het rechtsbewustzijn van rechtsvragers zijn geïntegreerd. In art. 1:1 Awb wordt een onderscheid gemaakt tussen twee soorten bestuursorganen, de volgens het bestuursrecht gebruikelijke aanduiding van een overheidsinstantie die handelend kan optreden. Het eerste lid van artikel 1:1 Awb luidt: 'Onder bestuursorgaan wordt verstaan: a. Een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'. Er wordt wel gesproken over zogenaamde 'a-organen' en 'b-orga-

16 Zie bv. CRvB 6 mei 1977, AB 1977, 267; CRvB 13 mei 1993, AB 1993, 482 en CRvB 11 maart 1999, AB 1999, 386.

17 Zaak C-290/94 Commissie/Griekenland Jur. 1996, I-3285. Men kan zich hierbij niet aan de indruk onttrekken dat dit criterium ruimer is dan dat van de Ambtenarenwet, wat kan betekenen dat een betrekking in overheidsdienst als uitzondering op het vrije personenverkeer in Europees verband ook daar aanwezig is waar geen ambtelijke dienstverhouding in de zin van de Ambtenarenwet kan worden aangenomen.

18 Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

19 Zaak C-237/99 Commissie/Frankrijk Jur. 2001, I-00939.

nen'. Tot de a-organen behoren de organen van de klassieke overheden. Gemeenten, provincies, de Staat der Nederlanden zijn rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (zogeheten 'publiekrechtelijke rechtspersonen' zoals bedoeld in art. 1 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek) en onderdelen – organen – van die rechtspersonen (zoals de burgemeester, het college van gedeputeerde staten of de minister) zijn bestuursorganen. Er zijn echter nog veel meer publiekrechtelijke rechtspersonen naast deze klassieke overheden. Op vele plaatsen in de Nederlandse wetgeving wordt er rechtspersoonlijkheid toegekend aan overheidsorganisaties, waarmee hun organen als bestuursorganen hebben te gelden. Een willekeurig voorbeeld: een politieregio bezit ingevolge art. 21, vierde lid, Politiewet 1993 rechtspersoonlijkheid, derhalve zijn organen van zo'n regio – zoals de korpsbeheerder en de korpschef – bestuursorganen. Wat opvalt bij het a-orgaan is dat de kwalificatie als bestuursorgaan geheel los staat van de vraag of zo'n orgaan ook daadwerkelijk een publiekrechtelijke bevoegdheid bezit om een besluit te nemen. Er zijn dus a-organen die besluiten mogen nemen en a-organen die daartoe geen bevoegdheid bezitten. Deze opzet, waarbij de kwalificatie als bestuursorgaan niet afhangt van de bevoegdheid maar van de organisatorische vorm, is bewust gekozen omdat de wetgever hier heeft getracht 'de overheid' zo te definiëren, dat specifieke bepalingen uit de Awb altijd zouden gelden.

Is er geen sprake van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, dan kan het nooit gaan om een a-orgaan. In het licht van de kwalificatie als bestuursorgaan betekent dit dat in geval van een zuiver privaatrechtelijke rechtspersoon (ingevolge art. 2:3 BW: vereniging, stichting, NV of BV) het nog slechts kan gaan om een 'b-orgaan'. Dan speelt de bevoegdheid om een publiekrechtelijke rechtshandeling te verrichten – een besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb te nemen – een doorslaggevende rol. Slechts bij gebruik van dit toegekende 'openbaar gezag' is er sprake van een bestuursorgaan. De problematische voorbeelden die hierboven zijn genoemd hebben alle betrekking op de vraag of er een b-orgaan in het geding is. De vragen in de rechtspraak lijken zich ook hierop te concentreren.

In het licht van de Awb-criteria wordt in een oordeel uit 2006 op onjuiste gronden aangenomen dat een onderdeel van het Bureau Jeugdzorg, het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK) als overheid moet worden aangemerkt, voor zover het bij de (inmiddels vervallen) Wet op de jeugdhulpverlening de taak heeft gekregen om na melding van kindermishandeling te beslissen dat daarnaar onderzoek wordt gedaan.²⁰ Het privaatrechtelijk georganiseerde AMK zou enkel als b-orgaan kunnen fungeren als het krachtens zijn wettelijke taakomschrijving besluiten neemt in de zin van art. 1:3 Awb. Mijns inziens is het AMK geen b-orgaan, want de beslissing om al of niet onderzoek in te stellen na gedane melding lijkt om twee redenen geen besluit op te leveren:

Dan zou er toch als grondslag in de wet een besluitbevoegdheid moeten zijn aan te wijzen, terwijl de CGB wijst op een (vagere) taakomschrijving.²¹ Deze komt erop neer dat het AMK naar aanleiding van de melding van kindermishandeling of een vermoeden daarvan, moet onderzoeken of daarvan sprake is. Daarbij moet het ook

20 Oordeel 2006-66. In dat kader wordt ook het direct en onlosmakelijk met die beslissingsbevoegdheid verbonden handelen als overheidshandelen aangemerkt.

21 Weliswaar is er jurisprudentie waarbij op grond van een publieke taak een bevoegdheid wordt aangenomen, hetgeen een b-orgaan oplevert, maar deze is schaars en moet als een uitzondering worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld ABRS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. Zijlstra, JB 1995, 337 m.n. Stroink (Silicose I). Zie in het algemeen S.E. Zijlstra, 'Stichtingen met een publieke taak als bestuursorgaan', *Gemeentestem*. (1995) 7016, p. 469-474.

degene die melding heeft gedaan informeren en de persoon, die een vermoeden van kindermishandeling heeft, adviseren en zonodig ondersteunen.

Bovendien kan worden betwijfeld of de beslissing van het AMK om onderzoek naar de feiten in te stellen (publiekrechtelijke) rechtsgevolgen met zich brengt. Het lijkt hier eerder om een feitelijk handelen te gaan of althans een handelen dat daaraan gelijk te stellen is.

Het verdient opmerking dat het Awb-instrumentarium geschikt is om overheid van niet-overheid te onderscheiden. Het schiet echter te kort om het totale bereik van de overheid te omvatten. Ook de in het tweede lid van art. 1:1 Awb van 'bestuursorgaan' uitgezonderde instanties (bijvoorbeeld de wetgever, de rechterlijke instanties, de Staten-Generaal, de hoge colleges van staat) moeten in het licht van waar we het hier over hebben tot 'overheid' worden gerekend.

3.2 *Overheidshandelen*

Omlijning van overheidshandelen

Ook weer een oordeel uit 2006 laat zien dat de Commissie een ruime definitie van eenzijdig overheidshandelen hanteert. Deze omvat gedragingen en handelingen als 'bejegening, het opleggen van een gebouwwerod en de klachtbehandeling', nu die direct en onlosmakelijk verband houden met de uitvoering van de Wet werk en bijstand door een Sociale Dienst.²² Het is de vraag of zo'n ruime benadering vruchtbaar is. Men kan zaken als de feitelijke bejegening van iemand door een functionaris op het gemeentehuis of door een klachtcommissie, of het verbod om iemand tot het overheidsgebouw toe te laten en van de diensten aldaar gebruik te maken, niet in het algemeen wegstoppen in een breed getrokken cirkel van overheidsbevoegdheid tot uitvoering van de wet. Dat is onbegrijpelijk voor de betrokken burger, die immers mag verwachten dat hij bij alle dienstverlening – of het nu door particulieren of overheidsfunctionarissen geschiedt – zal zijn verstoken van een onfatsoenlijke of stuitende bejegening door daarmee belaste functionarissen. Ook is het lastig te beargumenteren vanuit het standpunt van de overheid, nu haar exclusieve bevoegdheid tot wetsuitvoering nooit een vrijbrief mag zijn om zich op maatschappelijk terrein bedenkelijker te gedragen dan anderen. Een toetsing per geval, rekening houdend met de specifieke omstandigheden, lijkt hier te zijn vereist. Waarschijnlijk zou het effectiever zijn als de Commissie de beoordeling van dit soort gedragingen en handelingen laat afhangen van de vraag of de overheid dusdoende deelneemt 'op voet van gelijkheid (..) aan het maatschappelijk (..) verkeer' en bij gelegenheid toch tot toetsing van dit soort gedragingen en handelingen overgaat.²³

Als uitgangspunt zou alleen dat handelen als overheidshandelen moeten worden aangemerkt, voor zover er van een overheidsorgaan (bestuursorganen in de zin van art. 1:1, eerste lid, Awb en andere in het tweede lid vermelde overheidsorganen) sprake is dat door dat handelen een publiek of algemeen belang dient, terwijl de grondslag voor dat handelen in een algemeen verbindend voorschrift is vastgelegd.

22 Oordeel 2006-109. Zie ook oordeel 2006-66, waar we de begrippen 'direct' en 'onlosmakelijk' tevens aantreffen.

23 Zie oordelen 1998-61, 2002-42, 2003-27k, 2003-148, 2003-162, 2004-52k, 2005-151.

Bij voorbaat uitgezonderd overheidshandelen?

Zijn er overheidshandelingen aan te wijzen die altijd buiten het bereik van de toetsingsmacht van de CGB dienen te blijven? Het uitgangspunt dat hier wordt gehanteerd is dat een type overheidshandeling dat volgens de huidige verhoudingen overwegend onder het principe van democratische legitimatie valt, zoveel mogelijk buiten het bereik van de toetsingsmacht van een geschilbeslechtende instantie dient te worden gehouden. Zoiets is niet aan de orde ten aanzien van besluiten en beschikkingen die reeds met de komst van de Awb en haar directe voorgangers onder de toetsingsmacht van de bestuursrechter zijn gebracht. Maar hoe zit het met het feitelijk handelen van de overheid en met wetten in formele en materiële zin?

Feitelijk overheidshandelen

Het belang om het feitelijk handelen van de overheid aan een toegankelijke en adequate vorm van toetsing te onderwerpen moet groot worden geacht. Nog niet zo lang geleden heeft onze regering in de toelichtende nota inzake Protocol 12 bij het Europese verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) erop gewezen dat bij de formulering van de tekst van het tweede lid van artikel 1 van dit Protocol expliciet het streven voorop heeft gestaan om (ook) het feitelijk handelen van de overheid onder het toepassingsbereik van de gelijkheidsnorm te brengen. Artikel 1, tweede lid, van Protocol 12 bepaalt dat niemand door de overheid gediscrimineerd mag worden.²⁴

Hoewel uit de parlementaire behandeling kan worden afgeleid, dat bij de wens tot uitsluiting van het eenzijdig overheidshandelen in de AWGB de notie voorop stond dat de overheid altijd specifieke belangenafwegingen moet verrichten, en dit evenzeer opgaat voor het feitelijk overheidshandelen, kan niet worden gesteld dat het feitelijk overheidshandelen *op voorhand* moet worden onttrokken aan de werking van de AWGB. Mensen die nadeel ondervinden van feitelijk overheidshandelen kunnen er immers rechtstreeks, snel en indringend mee zijn geconfronteerd. Vaak ook is hun feitelijke nadeel vooraf onvoldoende ingecalculiseerd, zodat het belang van effectieve controle van het overheidshandelen op dit punt groot moet worden geacht. Aan de andere kant is het principe van democratische legitimatie bij feitelijk overheidshandelen in het algemeen niet zo dominant dat dit in aanleg de inmening van de CGB als toetsende instantie zou kunnen verhinderen. Tekenend is dat, hoewel het politietoetreden in het kader van openbare ordehandhaving democratisch is gelegitimeerd door controle daarop van de gemeenteraad,²⁵ juist het politietoetreden door onze regering wordt genoemd als een voorbeeld dat rechtstreeks onder het discriminatieverbod van Protocol 12 valt.²⁶

Wetgeving in formele zin

Ingevolge artikel 7a AWGB kan de CGB, zoals we zagen, wetten op het terrein van sociale bescherming en sociale zekerheid toetsen op het verbod van onderscheid naar ras. Het gaat hier evenwel om een specifieke en beperkte situatie. De toetsing van wetten in formele zin aan het verbod van onderscheid naar ras krachtens de

24 Zie *Kamerstukken I en II 2001/02*, 28 100 (R 1705), nrs. 129 en 1, p. 3-4. Zie ook *Kamerstukken II 2002/03*, 28 100 (R 1705), nr. 7, p. 6.

25 Zie bv. de artikelen 175, 176a en 180 Gemeentewet.

26 *Kamerstukken I en II 2001/02*, 28 100 (R 1705), nrs. 129 en 1, p. 4.

AWGB wordt hier door het Europese recht afgedwongen voor aangelegenheden van sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en sociale voordelen, dus een beperkt beleidsterrein. Het is waarschijnlijk dat zonder 'Brusselse inmening' de invoering van deze toetsingsmogelijkheid in ons stelsel heel wat voeten in de aarde zou hebben gehad, en het is de vraag hoe de Nederlandse rechter zich hier-teenover zal opstellen. Het gaat hier immers om de toetsing van de inhoud van wetten aan bepalingen van de AWGB, die een ruim beginselkarakter hebben. Uiteindelijk moet de rechter hier zelf over oordelen, de enkele vastlegging van artikel 7a AWGB maakt een verruiming van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid nog niet vanzelfsprekend.

Tegelijk moet de vraag worden gesteld of de grond van ras in artikel 7a AWGB niet zo principieel en zwaar is dat zij reeds daarom een directe toetsingsbevoegdheid van de CGB aan wetten zou moeten rechtvaardigen. Deze vraag roept ook onmiddellijk een andere vraag op: of er namelijk nog andere non-discriminatiegronden zijn, die rechtstreekse toetsing aan ook wetten zouden kunnen rechtvaardigen. Deze laatste vraag zal hier echter niet worden behandeld.

De specifieke situatie van art. 7a AWGB maakt de weg niet vanzelfsprekend vrij voor toetsing van wetten in het algemeen, aan alle gronden die de AWGB bevat. Daarvoor is een zelfstandige afweging noodzakelijk. De algemene uitbreiding van de rechtsmacht van de CGB naar wetten zou betekenen dat de AWGB als 'algemene' wet fungeert ten opzichte van de andere wetgeving en om die reden voorrang geniet. Een dergelijke verhouding is bekend tussen de Algemene wet bestuursrecht en de bijzondere bestuurswetgeving.²⁷ Niettemin is de positie van de AWGB niet helemaal met de Awb vergelijkbaar. De AWGB bevat voor het merendeel afwegingscriteria, die pas in de toepassing concreetisering verkrijgen. Daarbij veronderstelt de eventuele conclusie dat bij wet ongeoorloofd onderscheid naar ras of geslacht plaatsvindt, in de regel een proces van 'narekenen' van de afwegingen die aan de wet ten grondslag zijn gelegd, wat betekent dat de wet inhoudelijk wordt getoetst aan beginselen.

Nederland kent een verbod van toetsing van wetten aan de Grondwet (art. 120 Grondwet). Naar huidig recht is de rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet, het Statuut en het ongeschreven recht,²⁸ alsmede aan procedurele maatstaven in de fase voorafgaand aan de totstandkoming van de formele wet²⁹ uitgesloten. Een toetsingsplicht, mede omvattend wetgeving, volgt uit artikel 94 Grondwet, maar de toepasselijkheid daarvan ligt in normale gevallen bij de CGB niet zeer voor de hand, gezien de beperking van haar toetsingsbevoegdheden, die is besloten in artikel 12, eerste lid, AWGB.³⁰ Ook uit het Europese recht volgt een toetsingsplicht, die er in voorkomende gevallen toe kan leiden dat wetgeving richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd.³¹ Dit is evenwel niet een type bevoegdheid dat met de toetsing van wetten naar inhoud op één lijn is te stellen.

27 Vgl. over deze thematiek: C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie. De algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in *De Awb en de bijzondere wetgeving*, Preadvis VAR – Vereniging voor Bestuursrecht nr. 124, Den Haag 2000, p. 7-43.

28 HR 14 april 1989, AB 1989, 207, AA 1989, p. 578 (Harmonisatiewet); HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, NJ 1987, 251 (Landbouwsputvliegers).

29 Vgl. HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 m.n. DJV (v.d. Bergh-Staat); HR 19 november 1999, NJ 2000, 160, m.n. TK, AA 2000, p. 107 m.n. C.A.J.M. Kortmann (Tegelen).

30 Principieel in deze zin: oordeel 2001-150. Genuanceerd kritisch hierover: M. de Blois, 'Gelijkheid en grondrechten: internationaalrechtelijk kader', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 187-203. Volgens art. 12, eerste lid, AWGB kan de Commissie onderzoeken of onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de verschillende gelijkebehandelingswetten.

31 Zie o.m. HvJEG, zaak 106/89, Jur. 1990, p. I-4135 (Marleasing).

Alles overziende, moet de rechtsmacht van de CGB ten aanzien van de toetsing van de inhoud van wetten in lijn met de heersende opvatting zo beperkt mogelijk worden uitgelegd. Een algemene bevoegdheid moet worden afgewezen. Deze conclusie hoeft mijns inziens niet anders te worden wanneer het initiatiefvoorstel Halsema tot wijziging van de Grondwet in verband met de invoering van constitutionele toetsing van wetten aan de Grondwet in twee lezingen zou worden aanvaard.³² In het wetsvoorstel Halsema blijft uitgangspunt het toetsingsverbod. Voor de rechter (= de in het grondwetsartikel genoemde normadressaat) wordt in het tweede lid van artikel 120 Grondwet voor een aantal welomschreven gevallen een uitzondering daarop geregeld.³³ Ook bij het wetsvoorstel Halsema staat derhalve de erkenning van het oppergezag van de democratisch gelegitimeerde wetgever bij de beoordeling van de Grondwet voorop. De uitzonderingen daarop dienen zo beperkt mogelijk te worden vormgegeven. Het zou in strijd zijn met dit uitgangspunt als met de rechter ook andere geschillenbeslechtende instanties, zoals de CGB, automatisch zouden worden uitgerust met de algemene bevoegdheid van toetsing van wetgeving aan de Grondwet.³⁴

Algemeen verbindende voorschriften (a.v.v.)

Artikel 8:2 Awb sluit beroep tegen a.v.v. afkomstig van bestuursorganen uit. De theorie achter de uitsluiting is dat algemeen verbindende voorschriften worden gezien als *gedelegeerde wetgeving* en niet zozeer als door een bestuursorgaan genomen besluiten, als bedoeld in thans artikel 1:3 Awb.³⁵ Men is hier in de loop der tijd anders tegenaan gaan kijken. 'Het inzicht dat bestuurswetgeving maar één van de instrumenten is – naast andere – waarmee het bestuur zijn missie vervult, werd in steeds bredere kring aanvaard.'³⁶ Maar tot nog toe zijn aan die laatste zienswijze nog geen duidelijke consequenties verbonden. Integendeel. Het ziet er voorlopig niet naar uit dat er van de zijde van de regering een voorstel tot schrapping van artikel 8:2 kan worden verwacht.³⁷

Dit constaterende, moet worden aanvaard dat de toetsing van a.v.v. op voorhand buiten de bevoegdheid van de CGB valt. Dat zou anders kunnen worden als met betrekking tot de toegang tot de bestuursrechtspraak het standpunt van de wetgever zou veranderen. Hierbij zou de discussie over de bevoegdheid van de CGB ten aanzien van a.v.v. evenwel eerder volgend moeten zijn ten opzichte van de bestuursrechtspraak dan leidend. Er zijn meer potentiële 'volgers'.³⁸

32 Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter; thans gevorderd tot de Eerste Kamer: *Kamerstukken I* 2004/05, 28 331, D.

33 Gewijzigde memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 18.

34 Daarbij leidt de omstandigheid dat de CGB geen bindende beslissing neemt niet tot een andere conclusie. Het zou afbreuk doen aan de positie van de wetgever, als zonder nadere afweging, andere ambten in de staatsorganisatie diens overwegingen en beslissingen ter discussie zouden kunnen stellen, en hun bevindingen daarover in de openbaarheid zouden kunnen brengen.

35 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron M. van Male, dertiende druk, Den Haag: Elsevier 2005, p. 553-554.

36 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 554.

37 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 16, p. 13.

38 Ook de onderzoeksbevoegdheid van de Nationale Ombudsman is naar huidig recht uitgesloten ten aanzien van a.v.v. Zie artikel 16, onder b, Wet Nationale Ombudsman. Een en ander hoeft uiteraard niet uit te sluiten dat a.v.v. bij wege van exceptie of incident zullen moeten kunnen worden getoetst door de CGB, net zo als dat in de rechtspraak gebeurt, zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 685.

Resumerend moet worden aangenomen, dat een algemene bevoegdheidsverruiming van de CGB ten aanzien van wetten en a.v.v. op voorhand uitgesloten moet worden geacht, namelijk voor zover het respect voor de democratische legitimatie van die handelingen dat vereist. Dat betekent ook dat ten aanzien van andersoortig overheidshandelen, zoals feitelijk handelen, beleidsregels, besluiten van algemene strekking (niet zijnde wetten en a.v.v.) en beschikkingen in het algemeen geen beperking op voorhand geldt. Niettemin zal aan het eind van de volgende paragraaf worden geconcludeerd dat de wetgever hier alleen maar selectief te werk kan gaan. Zie paragraaf 4.5.

4 VERSCHIL IN TOETSING VAN OVERHEIDSHANDELINGEN DOOR CGB EN RECHTER

4.1 *Algemeen*

Thans kom ik toe aan een centrale kwestie die volgens de regering aan uitbreiding van de werkingsfeer van art. 7 AWGB tot overheidshandelen in de weg zou staan. Dat is het vermeende verschil in toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en de a.b.b.b. enerzijds en aan de verbodsgronden van de AWGB anderzijds. Is daarbij de vrees terecht, zoals in 1993 uitgesproken door minister Dales, dat de toetsing aan de AWGB-normen met zich kan brengen dat uit feitelijk en publiekrechtelijk overheidshandelen volgend onderscheid verboden wordt, terwijl het objectief wel gerechtvaardigd is?

In de volgende paragrafen zal ik in zo kort mogelijk bestek de belangrijkste elementen van toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod als grondrecht trachten te schetsen.³⁹ Daarna wordt die op de relevante elementen vergeleken met de toetsingspraktijk in het kader van de AWGB. In het algemeen zal ik ook ingaan op de kwestie of de rechterlijke toetsing aan de gronden die ook voorkomen in de AWGB, verschil oplevert met de toetsingspraktijk van de CGB. Dat is eigenlijk heel relevant voor de direct hierboven gestelde vraag, maar is niet systematisch onderzocht in het evaluatieonderzoek. Op zich is daar een zelfstandig onderzoek voor vereist, waarvoor toen en nu de tijd ontbreekt. Iets voor een volgende keer? Het lijkt mij nu dat er alsnog een poging moet worden gedaan om tenminste een paar algemene opmerkingen hierover te maken. Zie hieronder in 4.6.

4.2 *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*

Wie de rechtspraak inzake toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling overziet valt onmiddellijk op dat degene die stelt in zijn of haar recht op gelijke behandeling door toedoen van de overheid te zijn geschonden, niet vaak in het gelijk wordt gesteld.⁴⁰

39 We besteden geen zelfstandige aandacht aan de toetsing aan gelijkheid als a.b.b.b. of als verdragsbepaling. Er wordt in de literatuur geen onderscheid aangenomen met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. Zie evaluatieonderzoek 1-2, p. 146.

40 Vaker komt het voor dat ongelijke behandeling als een zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek wordt beschouwd; zie daarover J.H. Gerards, 'Gelijkheidsbeginsel', in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (red.), *Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: SDU uitgevers 2004, p. 435.

De belangrijkste, meest voorkomende grond voor afwijzing van het beroep op het beginsel is dat wordt geoordeeld dat het geval van de appellant niet gelijk is aan de (andere) gevallen waaraan door hem wordt gerefereerd. In de kern impliceert de vraag of gevallen gelijk zijn, dat wordt getoetst aan de algemene, abstracte uitgangspunten van het betreffende overheidsbeleid. De rechter die met het bestuursorgaan oordeelt dat gevallen niet gelijk zijn vindt, anders gezegd, dat de in bestuurlijk beleid (of regelgeving) vastgelegde differentiatiecriteria – die tot het aannemen van onderscheid tussen gevallen nopen – door de beugel kunnen.⁴¹ De rechter oordeelt anders, als moet worden vastgesteld dat er géén beleid bestaat, en de overheid dus niet aannemelijk kan maken dat de door de burger als vergelijkbaar gestelde gevallen deze eigenschap missen. Er is dan met andere woorden geen rechtvaardiging mogelijk van de bekritiseerde overheidshandeling, -bejegening of -gedraging. Te wijzen valt op de volgende casus. Iemand had in het aan zijn tuin grenzende water walbeschoeiing aangebracht door het plaatsen van palen met betonnen koppen. Tevens had hij een oppervlakte van ongeveer 90m² van dat water gedempt door het storten van grond tussen de wal en de palen. Voor een en ander was geen bouwvergunning verkregen en enig zicht op het alsnog legaliseren van de situatie bestond er niet. Toen het gemeentebestuur een last onder dwangsom oplegde, verweerde de betrokkene zich daartegen met succes met het argument dat er ook anderen waren die in dezelfde omstandigheden verkeerden en niet met een dwangmiddel werden geconfronteerd.⁴²

De gevallen waarin krachtens het beginsel van gelijke behandeling de algemene uitgangspunten van beleid *inhoudelijk* ondermaats worden beoordeeld zijn schaars. Een voorbeeld is een geval uit 1979, waarbij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State vond dat er veel overeenkomst was tussen de positie van de appellerende Turken en de zogenaamde ‘kerk-Marokkanen’ die na veel actie, van de Staatssecretaris van Justitie een verblijfsvergunning hadden gekregen. Volgens de Afdeling mochten de Turken er daarom op vertrouwen dat zij ook een verblijfsvergunning zouden krijgen.⁴³

Een beroep op gelijke behandeling slaagt niet, indien de overheid daardoor genoodzaakt zou worden een eerder gemaakte ‘fout’ te herhalen⁴⁴ of zou handelen in strijd met de wet.⁴⁵ Ook slaagt het niet als het bestuursorgaan inmiddels zijn beleid heeft gewijzigd.⁴⁶ ‘Fout’ betekent hier dat het overheidsorgaan met een enkele beslissing is afgeweken van het bestaande beleid en zich kan beroepen op een daarbij gemaakte vergissing. Het zwaartepunt van de toetsing ligt hier bij de toepassing van beleid, niet bij het beleid zelf. De achterliggende gedachte is dat de overheid niet eeuwig gehouden kan zijn eenmaal gemaakte vergissingen te herhalen. Dat zou in strijd komen met de veronderstelde beleidsvrijheid die de overheid heeft.⁴⁷ Indien echter de overheid stelselmatig afwijkt van het bestaande beleid, moet dit als een zelfstan-

41 Zie bv. ABRS 5 april 2006, zaaknr. 200508256/1: ‘Aangezien deze overgangsmaatregel (van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, PZ) niet op appellant van toepassing is, is van vergelijkbare gevallen geen sprake.’

42 ABRS 12 april 2006, zaaknr. 200504842/1.

43 AR 6 december 1979, AB 1980, 228 m.nt. Van der Burg. Zie hierover Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 326, alwaar ook op andere voorbeelden wordt gewezen. Andere voorbeelden worden ook vermeld bij Hirsch Ballin 1991, p. 132 e.v.

44 Zie bv. ABRS 15 februari 2006, zaaknr. 200505688/1, ABRS 22 februari 2006, zaaknr. 200505969/1 en Hof Amsterdam (civiele kamer) 3 november 2005, LJN: AV0096. Zie vooral ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 326 en daar aangehaalde jurisprudentie.

45 Zie bv. HR (belastingkamer) 26 november 2004, LJN: AR6481.

46 Vergelijk een geval van verscherping van strafrechtsbeleid. Rb. 's-Gravenhage 14 augustus 2002, LJN: AE6513.

47 Van Ballegoij e.a. 2004, p. 97; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 325.

dig nieuw beleid worden beoordeeld dat maakt dat zij zich niet langer op een 'fout' of een vergissing kan beroepen. We zijn dan weer terug bij het uitgangspunt dat 'binnen één beleid' gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld.⁴⁸

Tenslotte faalt een beroep op gelijke behandeling als niet kan worden aangetoond dat met het bestaande beleid een rechtens beschermd belang van de betrokkene in het geding komt, waardoor hij of zij in een nadeliger positie wordt gebracht.⁴⁹ Het beroep op het beginsel van gelijke behandeling hoeft niet expliciet verwoord te zijn, het is voldoende dat de bedoeling hiertoe uit een en ander kan worden afgeleid.⁵⁰ Van gelijkheid van gevallen kan geen sprake zijn, als er 'geen concrete gevallen zijn aangedragen'⁵¹ of als een en ander met het aangedragene niet aannemelijk wordt gemaakt.⁵² In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van de processuele functie van het beginsel van gelijke behandeling.⁵³

4.3 *Toetsing aan het discriminatieverbod*

De tweede volzin van artikel 1 Grondwet verbiedt discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook. Anders dan de eerste volzin, waarin het algemene beginsel van gelijke behandeling is geformuleerd, zijn deze gronden of differentiatiecriteria door de opsomming ervan bij voorbaat verdacht,⁵⁴ maar niet absoluut of beperkt.

In de rechtspraak omtrent het discriminatieverbod ziet men de verschillende facetten terugkeren. Ten eerste, er zijn intussen meer gronden onder het discriminatieverbod gebracht dan die welke expliciet zijn vermeld. De jurisprudentie omtrent leeftijdsdiscriminatie⁵⁵ trekt daarbij vooral de aandacht, maar er wordt ook wel gewezen op voorbeelden omtrent handicap, burgerlijke staat en seksuele geaardheid.⁵⁶ Wat opvalt is dat door sommige rechters aan de 'nieuwe' discriminatiegronden van leeftijd en handicap minder dwingende of toegevoegde waarde lijkt te worden toegekend, omdat zij niet expliciet zijn genoemd in artikel 1 Grondwet.⁵⁷

48 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 325.

49 Vgl. Rb. Roermond (strafkamer) 21 april 2005, LJN: AT7933. De toets van het belang lost zich in het bestuursrecht in de regel op in de vraag of de betrokkene als belanghebbende is te beschouwen in de zin van art. 1:2 Awb.

50 ABRs 5 april 2006, zaaknr. 200508256/1.

51 Bv. ABRs 8 maart 2006, zaaknr. 200504181/1.

52 Bv. ABRs 7 mei 2003, zaaknrs. 200201196/1 en 200202516/1; ABRs 29 maart 2006, zaaknr. 200507858/1 en ABRs 5 april 2006, zaaknr. 200507135/1; HR (belastingkamer) 13 januari 2006, LJN: AU9518; CRvB 1 april 2005, LJN: AT4333.

53 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 325.

54 Zie ook Rapport van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden artikel 1 Grondwet, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden, april 2006, p. 21.

55 Zie o.m. Hof Amsterdam 13 januari 2000, LJN: AA4264; Pres. Rb. Utrecht 23 oktober 2001, LJN: AD4745; CRvB 6 juli 2004, LJN: AP9496; CRvB 22 juni 2004, LJN: AP7894; CRvB 16 december 2004, LJN: AR7745; CRvB 25 januari 2005, LJN: AS4163; CRvB 22 december 2005, LJN: AU9118.

56 Rapport van de Commissie rechtsgevolgen non-discriminatiegronden 2006, p. 14.

57 Zie ook hierover de in de vorige noot genoemde Commissie. Vgl. CRvB 17 februari 2005, LJN AS8564 "[...]5. De Raad overweegt dat het hier aan de orde zijnde verplichte ontslag nadat de leeftijd van 55 jaar is bereikt een onderscheid naar leeftijd oplevert dat strijdig kan zijn met artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het IVBPR in welke artikelen discriminatie, op welke grond dan ook is verboden. Dit brengt mee dat beoordeeld moet worden of voor dit onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen. Nu het hier niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals wel het geval is met de in artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het IVBPR benoemde differentiatiecriteria als bijvoorbeeld ras of geslacht, dient te worden nagegaan of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat, of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend is en of het geboden is. [...]"]

Verder geldt de algemene lijn dat zowel directe als indirecte discriminatie onrechtmatigheid oplevert, tenzij er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor kan worden aangevoerd. Bij de toetsing wordt beoordeeld of het onderscheid is gericht op een redelijk doel en of het onderscheid in een evenredige verhouding staat, proportioneel is, tot dat doel.⁵⁸ Voor de helderheid, dient te worden opgemerkt dat er niet of nauwelijks objectieve rechtvaardigingsgronden worden aangenomen bij (in)directe discriminatie naar 'ras' en 'geslacht'.⁵⁹ Het maakt uiteraard verschil of er sprake is van directe of indirecte discriminatie, maar in de rechtspraak worden daar geen principiële, hoogstens graduele consequenties aan verbonden. De ene grond voor discriminatie is bovendien de andere niet. Dat bleek al bij hetgeen hier zojuist is opgemerkt. De jurisprudentie omtrent leeftijdsdiscriminatie laat zien dat de uitkomst van het gemaakte onderscheid, afhankelijk van het doel en middeltoetsing, nogal genuanceerd en wisselend is.⁶⁰

Naar de mate dat een bepaalde grond voor non-discriminatie als minder dwingend wordt beschouwd, in de zin dat er een ruime(re) categorie van objectieve rechtvaardigingsgronden voor wordt toegepast, is meer terughoudendheid bij de rechter bespeurbaar ten aanzien van het handelen van de overheid. Het College van beroep voor het bedrijfsleven beperkt zich soms tot de korte materiële overweging dat 'de omstandigheid dat appellant vreemdeling is een objectieve en redelijke rechtvaardiging' vormt door de toepassing die een overheidsorgaan heeft gegeven aan een regeling of het beleid.⁶¹

Het discriminatieverbod lijkt in die zin sterk dat de overheid zelden met het beroep op een regeling of het beleid kan volstaan. De regeling of het beleid is zelf onderwerp van discussie. Een en ander, alsmede de uitvoering ervan, wordt aangelegd tegen de maatstaf van het betreffende discriminatieverbod. Het ligt voor de hand dat degene die overtreding van het discriminatieverbod stelt dit onderbouwt met argumenten, waaruit voor hem of haar een zekere benadeling blijkt. Iemand voldoet daaraan bijvoorbeeld niet, als de stelling dat de premiedifferentiatieregeling krachtens de WAO feitelijk nadelige gevolgen voor vrouwen met zich brengt, niet wordt ondersteund door gegevens van statistische aard.⁶²

4.4 *Verskil CGB en rechter: gesloten versus open toetsing*

Op grond van het voorgaande zou kunnen worden gesteld dat de rechtspraak uitgaat van een open systeem van toetsing van overheidshandelen aan het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod. Zie ter relativering evenwel 4.6. Het open systeem levert verschil op met het AWGB-stelsel dat uitgaat van een gesloten systeem van toetsing. Onderscheid gemaakt door de overheid is onrechtmatig, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Het verschil tussen het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod betreft de marge bij de

58 Zie expliciet hierover de reeds geciteerde jurisprudentie inzake leeftijdsdiscriminatie, alsmede o.m. HR 24 november 2000, LJN: AA8448 (Landsverordening Toelating en Uitzetting); CBB 1 maart 2001, LJN: AB0526 (weigering inschrijving als werkzoekende); ABRs 11 augustus 2004, zaaknr. 200306672/1 en 200400590/1 (verbod belwinkelen) en CRvB 24 januari 2006, LJN: AV0197 (Koppelingswet).

59 Zie reeds de in de noot 59 geciteerde uitspraak van de CRvB.

60 Zie en vergelijk bijvoorbeeld CRvB 4 november 1993, LJN: ZB4962, TAR 1994, 6; CRvB 22 december 2005, LJN: AU9118. CRvB16 december 2004, LJN: AR7745. CRvB 22 juni 2004, LJN: AP7894; CRvB 6 juli 2004, LJN: AP9496 en CRvB 25 januari 2005, LJN: AS4163.

61 Zie o.m. CBB 1 maart 2001, LJN: AB0526; CBB 27 december 2001, LJN: AD8604. Zie ook ABRs 13 november 2002, zaaknr. 200201831/1 en CRvB 24 januari 2006, LJN: AV0197.

62 CRvB 1 april 2005, LJN: AT4333. Zie ook HR 13 april 2002, LJN: AB1062.

beoordeling door de overheid van het te maken onderscheid. Omdat daarbij vooral wordt ingezoomd op de gebezigde afweging van belangen 'vanuit algemene gezichtspunten', is er een structurele verwantschap tussen de rechterlijke toetsing van overheidshandelen aan artikel 1 Grondwet en de toetsing aan het willekeurverbod.⁶³

Zoals de relatie tot het willekeurverbod al doet vermoeden, hangt het open systeem van toetsing nauw samen met de positie van de overheid. De vrijheid die de (bestuurlijke) overheid heeft tot het maken van afwegingen en het verrichten van handelingen – anders gezegd: tot het maken van onderscheid – is om met Van der Hoeven te spreken, een (in aanleg beperkte) 'vrijheid tot'. De termen beleidsvrijheid, beoordelingsvrijheid of beleidsruimte van het overheidsbestuur, waar het hier om gaat,⁶⁴ behelzen in wezen een verplichting tot het afwegen van belangen vanuit algemene gezichtspunten. De zo bedoelde vrijheid van de overheid verschilt uiteraard van die van de individuele burger, die in aanleg als een (algemene) 'vrijheid van' moet worden betiteld. De 'vrijheid tot' van de overheid gaat zover als door het objectieve recht bepaald. Zij staat in de sleutel van een optimale vervulling van de publieke taak. Het overheidsorgaan heeft de plicht het openbare belang te dienen, zoals dat in zijn taakopdracht begrepen moet worden.⁶⁵

De rol van de rechter die overheidsoptreden moet beoordelen is in dat opzicht tweeledig. Hij beziet dat optreden kritisch vanuit een juridische bril, maar behoort dat op zodanige wijze te doen dat hij bijdraagt aan, ondersteuning biedt voor een optimale publieke taakvervulling die berust op belangenafwegingen vanuit algemene gezichtspunten. Dit betekent onder meer dat gelijkheid niet het enige belang in de afweging kan zijn, nu daarbij ook de tegemoetkoming aan andere belangen zoals andere grondrechten (bijvoorbeeld godsdienstvrijheid of recht op onderwijs) dient te worden betrokken. Daarbij past het verder niet dat de rechter op de stoel van de bestuurlijke overheid gaat zitten, maar integendeel respect toont voor, en terughoudendheid betracht tegenover de 'vrijheid' van de bestuurlijke overheid om beleid te voeren. In zo'n verhouding moet door de rechter van geval tot geval kunnen worden bepaald of inzake het optreden van die overheid sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid, 'zonder gehinderd te worden door vooraf vastgelegde normen daaromtrent'. Dit nu, is de kern van een systeem van open toetsing.⁶⁶ Als het wenselijk wordt geoordeeld om publiekrechtelijke rechtshandelingen en andere overheidshandelingen in algemene zin onder het bereik van de AWGB te brengen, zou daarom rekening moeten worden gehouden met de omstandigheid dat een open systeem van toetsing in de AWGB moet worden geïncorporeerd.

4.5 *Consequenties voor de AWGB*

Indien met de algemene incorporatie van overheidshandelen een open systeem van toetsing aldus aangewezen zou zijn, wordt dan recht gedaan aan de oorspronkelijke doelstelling van de AWGB? Dient men zich met andere woorden niet rekenschap te geven van het eventuele feit dat daardoor de AWGB fundamenteel van karakter zou veranderen?

63 Hirsch Ballin 1991, p. 138.

64 Zie hierover o.m. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 141 e.v.

65 Vgl. de principiële en nog altijd relevante beschouwingen van J. van der Hoeven, 'De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak', in: *Staatsrecht en bestuursrecht. Opstellen van mr. J. van der Hoeven*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 197-217, i.h.b. p. 212-213.

66 T. Loenen, 'Naar een ander toetsingskader voor de AWGB?', in: Holtmaat 2004 p. 142.

Laten we teruggaan naar de begindagen van de wet. Met de AWGB is een voorziening gecreëerd die een wettelijke uitwerking biedt van de eis van gelijke behandeling en het discriminatieverbod op een bepaald aantal 'gevoelige' maatschappelijke terreinen. In de oorspronkelijke opzet is ervoor gekozen om het discriminatieverbod slechts voor de overheid uit te werken, in zover zij zich qua maatschappelijke verschijningsvorm (als werkgever, als contractant) niet wezenlijk onderscheidt van particulieren. De nadruk ligt op de betekenis van de wet voor de horizontale rechtsverhoudingen tussen burgers en maatschappelijke organisaties onderling. Voor die rechtsverhoudingen bestond voorheen immers alleen de norm van artikel 1 Grondwet, waarbij het aan de rechter was om per geval te beoordelen of en in welke mate deze norm door zou werken.⁶⁷ In de memorie van toelichting bij de AWGB wordt nog op een ander doel gewezen. Dat is dat de wet een afwegingskader beoogt te bieden van het door artikel 1 Grondwet beschermde belang ten opzichte van andere door grondrechten beschermde belangen in horizontale verhoudingen.⁶⁸ Het vigerende, gesloten stelsel past hier wel bij. Uit de eerste evaluatie is gebleken dat het gesloten stelsel bij de normadressaten zekerheid en helderheid tot gevolg heeft omtrent de werking van de wet.⁶⁹

Uiteraard kan het wenselijk worden geoordeeld om de AWGB aan te passen aan de eisen van de tijd. Toch moet men daarbij voorzichtig zijn. Als men nu zou besluiten om alle publiekrechtelijke rechtshandelingen *in algemene zin* onder het bereik van de AWGB te brengen, zou de oorspronkelijke doelstelling van de wet rechtstreeks in het geding kunnen zijn. De AWGB krijgt dan een andere doelstelling. Intussen is die oorspronkelijke doelstelling nog even actueel en relevant als toen ze werd bedacht. De rol van de CGB voor de normering van horizontale verhoudingen in de samenleving moet onverminderd groot worden geacht. Uit het rechtssociologische deel van het tweede evaluatieonderzoek is gebleken dat 50% van de ondervraagden gelijke behandeling als de kern van onze democratische rechtsstaat beschouwt. Van alle ondervraagden zegt 57% dat de mensen in hun directe omgeving gelijke behandeling (best of zeer) belangrijk vinden. Bij allochtonen zegt zelfs 82% dat de mensen in hun directe omgeving gelijke behandeling (best of zeer) belangrijk vinden.⁷⁰

Daarom zou het eventuele besluit om overheidshandelen *in algemene zin* onder het bereik van de AWGB te brengen, goed moeten worden overwogen. Er zijn argumenten aangedragen om deze verruiming, vanwege het eraan verbonden open systeem van toetsing, vooral als een doorkruising van de oorspronkelijke doelstelling van de wet te zien. Maar wellicht is het ook mogelijk om hier van een aanvulling te spreken, open (overheidshandelen) naast gesloten systeem (particulier handelen) die per saldo meer recht doet aan het bestrijden van ongelijkheid in de samenleving. Als de nadruk echter op het aspect van doorkruising wordt gelegd, zoals in het onderzoek is gebeurd, zou elke toekomstige verruiming van de rechtsmacht van de CGB met publiekrechtelijke rechtshandelingen als een selectieve operatie moeten worden beschouwd, omdat het in wezen om uitzonderingen op de regel gaat.

67 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 7, resp. 15.

68 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6.

69 Zie ook Kabinetsstandpunt, a.w., p. 14.

70 Zie evaluatieonderzoek II, rechtssociologisch deel, p. 301 e.v.

4.6 *Relativering: toch overheidshandelen in gesloten systeem?*

Ter nuancering dient te worden gesteld, dat overheidshandelen waarbij *indirect* onderscheid wordt gemaakt op een grond die de AWGB noemt, zou worden getoetst aan de hand van de vraag of daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.⁷¹ Dat impliceert een open systeem van toetsing. De gestelde bijzonderheid van het overheidshandelen zou dus enkel problemen kunnen opleveren bij situaties dat daarmee *direct* onderscheid wordt gemaakt.

Maar dan doet zich de vraag voor of bij direct onderscheid op een van de verbodsgronden van de AWGB het handelen van de overheid zoveel anders moet worden beoordeeld dan het handelen van particulieren. Zijn de met de AWGB-gronden gemoeide belangen niet dermate ernstig en zwaarwegend dat de beoordeling van direct onderscheid, door wie of wat dan ook gemaakt, *altijd* past in een gesloten systeem? Het verdient opmerking dat men het er algemeen over eens is, dat er ook op overheidshandelen waarbij direct onderscheid wordt gemaakt naar ras – buiten de gevallen die art. 2, vierde lid, AWGB reeds ondervangt – geen reële rechtvaardiging mogelijk is. Zulks valt waarschijnlijk ook hard te maken ten aanzien van geslacht.⁷² Maar of dit altijd en ook zo sterk geldt voor de andere verbodsgronden van de AWGB – godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, nationaliteit,⁷³ hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat – zou nader moeten worden vastgesteld. Ik noem een tweetal voorbeelden uit de praktijk. Direct onderscheid naar politieke gezindheid wordt gemaakt door overheidsorganen in het geval van een benoeming in de openbare dienst, waarvoor de politieke gezindheid essentieel is (minister, wethouder, gedeputeerde). Er wordt rechtstreeks onderscheid gemaakt naar godsdienst of levensovertuiging in het geval de overheidsbekostiging voor een bijzondere school wordt afgewezen, omdat deze niet aan het wettelijke criterium van (een ‘erkende’) richting voldoet.⁷⁴ Men kan natuurlijk de AWGB erop aanpassen en uitzonderingen op het verbod van onderscheid invoegen die de huidige bewegingsvrijheid van de overheid enigszins afdekken. Toch blijft dan de vraag hangen of dit voor situaties die zich in de toekomst voordoen, een adequate en afdoende werkwijze is. Daarnaast zou nader onderzoek verricht moeten worden. In het evaluatieonderzoek is de lijn gekozen uit te blijven gaan van het belang van open toetsing bij overheidshandelen. Dat is, zo dunkt mij, voor dit moment het meest aangewezen en verantwoord.

Tot slot dient opgemerkt dat men ook bij de minderheid van zogenaamde gebonden overheidshandelingen, waarbij met andere woorden op het niveau van de wet de totale afweging is gemaakt (denk aan het stembiljet ingevolge de Kieswet of de aanslag ingevolge een belastingwet), met open toetsing niet ver komt.

71 Zie art. 2, eerste lid, AWGB.

72 Zie evenwel ook art. 2, tweede lid, AWGB voor uitzonderingen daarop.

73 Ook hier zijn uitzonderingen op het verbod toegestaan; zie art. 2, vijfde lid, AWGB.

74 Zie hierover P.J.J. Zoontjens, ‘Bijzonder en openbaar onderwijs’, in: T. Bertens e.a. (red.), *Recht en religie*, bijzonder nummer *Ars Aequi*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, p. 59-68.

5 CONCLUSIES

Het antwoord op de vraag of het handelen van de overheid net zo goed als dat van de burger volledig onder de rechtsmacht van de CGB kan of moet vallen, tendeert naar een ontkenning. De eventuele wettelijke uitbreiding van de rechtsmacht van de CGB ten aanzien van overheidshandelingen moet op selectieve basis geschieden. Op voorhand kan al worden gesteld dat wetten in formele zin en a.v.v. niet tot die overheidshandelingen kunnen behoren.

Indien het handelen van de overheid in het algemeen door de CGB moet kunnen worden beoordeeld, rijzen er vragen ten aanzien van de opzet en het systeem van de wet. De overheid neemt principieel een andere positie in dan de burger. Dat brengt met zich dat de nodige voorzichtigheid in acht moet worden genomen om dit in te kaderen in het huidige systeem van gesloten toetsing. Stellig zijn daarvoor argumenten te bedenken, zoals dat het maken van onderscheid op bepaalde gronden altijd verboden is, geen rechtvaardigingsgronden verdraagt. Dit is stellig bij 'ras' en wellicht ook bij 'geslacht' het geval. Het verdient echter nader onderzoek of ook bij het maken van onderscheid op andere verbodgronden, die in de AWGB zijn genoemd, wel of geen rechtvaardigingsgronden voor de overheid gelden of te bedenken zijn. In het evaluatieonderzoek is de lijn gekozen uit te blijven gaan van het belang van open toetsing bij overheidshandelen. Dat lijkt voor dit moment het meest aangewezen en verantwoord.

Annotaties bij oordelen



2006-20

Doorbreking gesloten systeem AWGB

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 verweerder in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling door homoseksuele mannen in aanmerking te laten komen voor een gratis hepatitis B vaccinatie en een hepatitis A vaccinatie tegen een gereduceerd tarief maar verzoeker en zijn gezin niet.

1.2 De Commissie heeft verweerder in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren met een verweerschrift. Op 20 juli 2005 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen. Bij brief van 8 augustus 2005 heeft de Commissie verweerder aanvullende vragen gesteld. Hierop heeft verweerder bij brief van 7 september 2005 gereageerd.

1.3 Op 1 november 2005 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht. Desgevraagd heeft verweerder op 2 november 2005 nadere informatie en de vaccinatieprijslijst aan de Commissie en verzoeker doen toekomen. Hierop heeft verzoeker bij brief van 8 november 2005 gereageerd. De Commissie heeft daarop het onderzoek gesloten.

2 Feiten

2.1 Verweerder, een zelfstandig bestuursorgaan van de Zeeuwse gemeenten, is de gezondheidsdienst voor alle dertien gemeenten in de provincie Zeeland. Verweerder bewaakt, beschermt en bevordert de gezondheid van de Zeeuwse bevolking. Verweerder is lid van de vereniging GGD Nederland en ontvangt van de vereniging ondersteuning op inhoudelijke en strategische terreinen.

2.2 Verzoeker wilde zich samen met zijn vrouw en twee kinderen bij verweerder laten vaccineren tegen hepatitis A in verband met een vakantie naar Bulgarije. Navraag bij verweerder leerde dat de kosten voor deze vaccinatie voor het gezin in totaal € 285,00 bedroegen. Na zes maanden zou een vervolgvaccinatie nodig zijn waarvoor de kosten € 125,00 bedroegen. Hierbij waren de kosten voor het consult inbegrepen.

2.3 Het Provinciaals Zeeuws Dagblad van 14 mei 2005 bevatte een artikel waarin werd gemeld dat op 21 mei 2005 op de COC-verdieping van een

café het voor homo's, zowel mannen als vrouwen, mogelijk was om door verweerder te worden gevaccineerd tegen hepatitis B en hepatitis A. De vaccinatie tegen hepatitis B was kosteloos en de vaccinatie tegen hepatitis A bedroeg € 20,00.

Aan voor iedereen toegankelijke bronnen ontleent de Commissie de in 2.4 opgenomen informatie: 2.4 Hepatitis B is een ernstige leverziekte, die wordt veroorzaakt door besmetting met het hepatitis B virus. Dit virus kan worden overgedragen via bloed, sperma en – soms – speeksel. De kans op besmetting is, mede afhankelijk van de bevolkingsgroep waartoe de betrokkene behoort, bijzonder groot bij het delen van naalden en onbeschermd seksueel contact, in het bijzonder anaal seksueel contact. Genezing is niet in alle gevallen mogelijk. Bij tien procent ontwikkelt zich bovendien een chronische leveraandoening, waardoor een groot risico ontstaat op levercirrose en leverkanker. Betrokkenen blijven ook levenslang besmettelijk voor anderen.

Ook hepatitis A is een ontsteking van de lever. Hoewel de gevolgen van besmetting met hepatitis A minder ernstig zijn, kan een patiënt met hepatitis A zijn gedwongen het maanden lang rustig aan te doen. Betrokkenen genezen van hepatitis A vrijwel altijd volledig. De overdracht van hepatitis A verloopt via ontlasting. Infectie is mogelijk via voedsel, water, ontlasting.

Zowel hepatitis A als B komt bij bepaalde bevolkingsgroepen meer voor dan bij 7 anderen. Vanwege deze prevalentieverschillen is de kans op hepatitis overdracht bij (mannelijk) homoseksueel contact groter dan bij heteroseksueel contact. Hoewel hepatitis A met name voorkomt in ontwikkelingslanden, zijn de effecten van een hepatitis A infectie mede afhankelijk van de algehele gezondheidsstatus van de betrokkenen. Hepatitis A vormt op grond hiervan een groter risico voor de leden van de zogenaamde risicogroepen voor hepatitis B – waaronder homoseksuele mannen en intraveneus druggebruikers – dan voor anderen.

2.5 De kans op een hepatitis B of A infectie bij risicovolle handelingen tussen personen behorend tot de zogenaamde risicogroepen in Nederland is vele malen groter dan op een hepatitis B of A infectie gedurende vakantie in landen als Bulgarije vanwege de hygiëne ter plaatse.

2.6 Op verzoek van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) startte de Landelijke Coördinatiestructuur Infectieziektebestrijding (LCI) in 1998 het Proefproject haalbaarheid Vaccinatie Risicogroepen (PVR) voor hepatitis B. De regionale GGD'en voerden het project uit, temeer daar de leden van deze risicogroepen – anders dan leden van veel andere groepen die mogelijk wor-

den blootgesteld aan het hepatitisvirus, waaronder zwangere vrouwen – minder makkelijk via het reguliere circuit van gezondheidszorg kunnen worden bereikt. Aangezien het project heeft aangetoond dat de klassieke risicogroepen voor hepatitis B kunnen worden bereikt met gratis vaccinatie, heeft de Minister van VWS medio 2000 besloten dat de intensivering van vaccinatie van risicogroepen structureel en daarmee ook landelijk dient te worden uitgevoerd.

2.7 De vereniging GGD Nederland heeft in reactie op dit besluit in 2001 namens alle GGD'en in Nederland een concept landelijk implementatieplan ingediend bij ZonMw, een zelfstandig bestuursorgaan dat is ontstaan uit Zorg Onderzoek Nederland (ZON) en de afdeling Medische Wetenschappen van NWO (MW). De GGD'en krijgen het budget van ZonMw, dat op haar beurt de financiering van het Ministerie van VWS ontvangt. Het implementatieplan is door ZonMw geaccordeerd.

2.8 In het beleid van verweerder staan de doelgroepen die in aanmerking komen voor een gratis vaccinatie tegen hepatitis B als volgt omschreven:

- Mannen met homoseksuele contacten (inclusief biseksuelen).
- Druggebruikers. Insluitingcriterium is ooit of huidig harddruggebruik, met uitzondering van smart drugs.
- Heteroseksuelen met wisselende seksuele contacten. Insluitingcriterium voor deze doelgroep is het gedragskenmerk seksueel wisselende contacten of seksueel contact met een hoogrisicogroep. Deze doelgroep kan opgesplitst worden in drie subgroepen:
 - a. Heteroseksuelen die zich melden met een SOA-hulpvraag en van een (huis) arts of sociaal verpleegkundige het advies krijgen tot SOA-onderzoek.
 - b. Prostituees en
 - c. Prostituanten (b en c: seks voor geld).

Dit zijn tevens de – tijdens een op 21 november 2005 door ZonMw georganiseerde consensusbijeenkomst over hepatitis B vaccinatie onderschreven – doelgroepen die volgens het landelijk implementatieplan door middel van 'outreaching activiteiten' moeten worden benaderd ter beperking van de verspreiding van hepatitis.

2.9 In het implementatieplan staat dat het doel van bovengenoemd beleid is dat binnen vijf jaar de 'klassieke' risicogroepen voor hepatitis B in alle regio's in Nederland voor gratis vaccinatie bij verweerder en/of de SOA-poliklinieken terecht kunnen. Daarbij worden extra, 'outreaching' activiteiten uitgevoerd om de risicogroepen te bereiken en te vaccineren in regio's met een oververtegenwoordiging van de risicogroepen of ontmoetings-

plaatsen en activiteiten voor risicogroepen. Op participatieniveau is de doelstelling dat na twee jaar 50 procent van de GGD'en en na vijf jaar 80 procent van de GGD'en participeert. Na twee jaar voert 75 procent van de GGD'en die zijn uitgenodigd om plannen te ontwikkelen voor extra, 'outreaching' activiteiten, deze activiteiten uit. Na vijf jaar is deze participatie 100 procent en participeren minimaal vier van de zes drempelvrije SOA-poliklinieken in Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht. De doelstelling ten aanzien van de 'compliance' is dat minimaal 60 procent van de deelnemers de vaccinatierreeks (3 vaccinaties) afrondt.

2.10 Via vaccinatie kan effectieve bescherming worden geboden tegen zowel hepatitis A als hepatitis B. Vaccinatie tegen hepatitis A en hepatitis B kan op verschillende wijzen gebeuren. Verweerder brengt daartoe de volgende prijzen in rekening:

Hepatitis A

Voor bescherming tegen hepatitis A zijn twee vaccinaties nodig. Dit vaccin kost per stuk € 42,00 voor volwassenen en € 29,00 voor kinderen tot en met 15 jaar.

Hepatitis B

Homoseksuele mannen, prostituees, prostituanten en drugsgebruikers, krijgen een aanbod om gratis te worden gevaccineerd. Om te worden beschermd tegen hepatitis B zijn drie vaccinaties nodig. Dit vaccin kost € 37,00 per stuk. De vaccinatie reeks ter waarde van € 111,00 wordt gratis verstrekt aan alle leden van eerdergenoemde doelgroepen.

Hepatitis A/B

Er is een gecombineerd vaccin tegen hepatitis A en hepatitis B. Om volledig te worden beschermd tegen hepatitis A en B zijn met dit vaccin drie vaccinaties noodzakelijk. Het vaccin kost per stuk € 55,00. De vaccinatie reeks kost derhalve € 165,00.

Aan homoseksuele mannen wordt het hepatitis B vaccin gratis verstrekt. Van verweerder krijgen zij het advies en het aanbod om zich tegen een kostendekkend tarief tegelijkertijd te laten beschermen tegen hepatitis A. De kostendekkende prijs is bepaald door de kosten van het (gratis) hepatitis B vaccin af te trekken van de kosten voor het gecombineerd vaccin (per stuk: € 55,00 - € 37,00 = € 18,00, afgerond naar € 20,00). De kosten voor de gecombineerde bescherming bedragen voor homoseksuele mannen derhalve drie keer € 20,00, ofwel € 60,00.

3 Standpunten van verzoeker en gronden van het verzoek

3.1 Verzoeker meent dat er sprake is van onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid door hem en zijn gezin niet in aanmerking te laten komen voor de aan homoseksuelen goedkoper verstrekte vaccinatie tegen hepatitis A.

3.2 Verzoeker en zijn gezin waren van plan naar Bulgarije met vakantie te gaan. Omdat het reisadvies vaccinatie tegen hepatitis A aanbeveelt, heeft verzoeker verweerder telefonisch benaderd over de kosten van deze vaccinatie. Ondanks de hoge kosten, besloot verzoeker zich samen met zijn gezin te laten vaccineren. Voordat de vaccinatie plaatsvond las verzoeker een artikel in de krant over een inentingsavond in een café. Uit dit artikel bleek dat homoseksuelen zich op deze avond gratis tegen hepatitis B kunnen laten vaccineren en dat de kosten voor vaccinatie tegen hepatitis A slechts € 20,00 bedroegen. Hierop heeft de vrouw van verzoeker telefonisch contact opgenomen met verweerder omdat zijn gezin ook van deze mogelijkheid gebruik wilde maken. Verweerder vertelde zijn vrouw dat zijn gezin waarschijnlijk niet zou worden toegelaten in het café. De reden hiervoor was dat homoseksuelen een risicogroep vormen en het gezin van verzoeker niet. Uiteindelijk heeft verzoeker met zijn gezin afgezien van vaccinatie, omdat de vakantie naar Bulgarije niet doorging.

3.3 Tijdens het telefoongesprek over de kosten voor de vaccinatie heeft verweerder de vrouw van verzoeker geen vragen gesteld om te verifiëren of zij tot één van de risicogroepen behoorde. Verweerder doet het voorkomen alsof verzoeker voor vaccinatie tegen hepatitis A twee keer € 42,00 zal moeten betalen. Verzoeker dient echter ook de bijkomende consultkosten van € 23,00 per persoon te betalen. Dit betekent dat verzoeker voor vaccinatie tegen hepatitis A € 107,00 moet betalen, beduidend meer dan een homoseksuele man die in totaal € 60,00 betaalt voor vaccinatie tegen hepatitis A.

3.4 Verzoeker voelt zich gediscrimineerd omdat hij een substantieel hoger bedrag moet betalen om zich te laten vaccineren tegen hepatitis A dan een homoseksueel terwijl een homoseksueel met hepatitis de maatschappij net zoveel geld kost als iemand die uit Bulgarije terugkomt met hepatitis A. Een heteroseksueel komt niet in aanmerking voor de gecombineerde vaccinatie tegen hepatitis A en B. Verzoeker meent dat de verantwoordelijkheid van verweerder voor een toerist die hepatitis A oploopt in het buitenland hetzelfde is als die voor een homoseksueel die in Nederland hepatitis A oploopt. Daarnaast vraagt verzoeker zich af of risico van besmetting met hepatitis A voor homo-

seksuelen groter is dan voor toeristen in landen als Turkije en Bulgarije.

3.5 Verzoeker benadrukt dat het niet zijn intentie is om homoseksuelen te discrimineren of anderszins te benadelen, maar dat hij niet begrijpt waarom hij en zijn gezin niet voor hetzelfde voordeel in aanmerking komen.

4 Standpunten van verweerder en gronden van het verweer

4.1 Verweerder voert aan dat hij als uitvoerder van landelijk beleid van de Minister van VWS, die heeft besloten dat vaccinatie van risicogroepen structureel en landelijk moet worden uitgevoerd, niet aansprakelijk gehouden kan worden indien daarbij in strijd met de wetgeving gelijke behandeling zou worden gehandeld.

4.2 Los daarvan werpt verweerder voorts tegen dat hij niet in strijd met die wetgeving handelt door het verstrekken van de goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A of gratis vaccinatie tegen hepatitis B.

4.3 Desgevraagd heeft verweerder verklaard dat hij een grote beleidsruimte heeft bij de uitvoering van preventiebeleid. De uitvoering is namelijk afhankelijk van de lokale situatie. Verweerder is niet verplicht het beleid van de Minister van VWS dan wel het implementatieplan van de vereniging GGD Nederland uit te voeren. Verweerder is een zelfstandig bestuursorgaan. Er is door de Minister van VWS geen aanwijzing gegeven aan de gemeenten om het beleid van het ministerie van VWS volgens het door de vereniging GGD Nederland geformuleerde implementatieplan uit te voeren. Verweerder zou ook een bredere doelgroep kunnen kiezen, met dien verstande dat hij hiervoor geen budget heeft. Het vaccineren van de bredere doelgroep zou verweerder uit eigen middelen moeten financieren, hetgeen onbetaalbaar zou zijn.

4.4 Verweerder wijst erop dat hij geen opdracht heeft gegeven tot het plaatsen van het krantenartikel. Het plaatsen van een dergelijk bericht in de krant acht verweerder geen goede manier om de doelgroep te bereiken.

4.5 Verweerder voert binnen de afdeling Volksgezondheidszorg zowel SOA-bestrijding als reizigersvaccinatie uit. Binnen de organisaties die zich met SOA-bestrijding bezighouden, is landelijk onderkend dat homoseksualiteit, naast (intravenus) drugsgebruik en het hebben van veel wisselende seksuele contacten, een risicofactor is voor besmetting met hepatitis B en hepatitis A. Personen die tot deze risicogroepen behoren,

komen in aanmerking voor gratis vaccinatie tegen hepatitis B en voor vaccinatie tegen hepatitis A voor € 20,00. Reizigersvaccinatie wordt tegen een kostendekkend tarief uitgevoerd. Aangezien verzoeker en zijn gezin niet tot de risicogroepen behoren, komen zij niet in aanmerking voor de gratis en goedkopere vaccinaties. Hoewel ook reizigers naar Bulgarije het risico lopen van besmetting met hepatitis A of B vanwege de hygiëne aldaar is de kans daarop vele malen kleiner dan de kansen op een hepatitis A of B infectie voor leden van de zogenaamde risicogroepen. Reizigers naar Bulgarije wordt niettemin geadviseerd zich tegen hepatitis A te laten vaccineren.

4.6 Het beleid dat verweerder uitvoert ten aanzien van de risicogroepen hangt samen met het beleid dat is gericht op het tegengaan van HIV-besmetting bij dezelfde risicogroep.

4.7 Wanneer iemand zich meldt bij verweerder voor vaccinatie tegen hepatitis A en B wordt door middel van een vragenlijst vastgesteld of de betrokkene daadwerkelijk behoort tot de risicogroep. De vragen hebben met name betrekking op het seksuele gedrag van de betrokken persoon. De personen die tot de risicogroepen behoren, melden zich echter nooit spontaan bij verweerder. De personen die tot de risicogroepen behoren, zijn moeilijk te benaderen via het reguliere zorgcircuit. Deze taak is daarom overgedragen aan de GGD'en. Door de werkwijze van verweerder, waaronder de 'outreaching' activiteiten, is het mogelijk om deze personen toch te bereiken in het kader van preventie en andere gezondheidsactiviteiten. Zo heeft verweerder contact met prostituees die hem in contact kunnen brengen met de prostituanten en is verweerder bekend met 'de homoscene' en 'de drugscene'.

5 Beoordeling van het verzoek

5.1 In geding is of verweerder jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid door verzoeker en zijn gezin niet onder dezelfde voorwaarden als leden van bepaalde risicogroepen in aanmerking te laten komen voor de goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A.

Ontvankelijkheid

5.2 De Commissie stelt vast dat verweerder bij het uitvoeren van het landelijk preventiebeleid veel vrijheid heeft. Zo is verweerder niet verplicht om het beleid van de Minister van VWS of het implementatieplan van de vereniging GGD Nederland uit te voeren. Er is bovendien geen sprake van een geoordeeld bedrag zoals ook blijkt uit de doelstelling dat na twee jaar 50 procent van de GGD'en

en na vijf jaar 80 procent van de GGD'en participeert (vgl. 2.9). Het besluit van het Ministerie van VWS tot structurele en landelijke intensivering van vaccinatie van risicogroepen, op het landelijk implementatieplan van de vereniging GGD Nederland en de financiering van een en ander via ZonMw ontslaat verweerder dan ook niet van zijn eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot het vaccinatiebeleid.

5.3 Artikel 7, eerste lid, onderdeel c, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in samenhang met artikel 1 AWGB verbiedt onder meer het maken van onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid bij het aanbieden van of het 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 de gezondheidszorg.

5.4 De Commissie heeft eerder geoordeeld dat het aanbieden van vaccinaties kan worden beschouwd als dienstverlening, in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB (CGB 18 december 2000, oordeel 2000-90). Het vaccinatiebeleid van verweerder en de uitvoering daarvan vallen derhalve binnen het bereik van de gelijkebehandelingswetgeving. Op grond van het voorgaande acht de Commissie verzoeker ontvankelijk in zijn verzoek.

Omvang van het geschil

5.5 Verzoeker acht zich slechts in zijn belang getroffen voorzover hij en zijn gezin niet in aanmerking komen voor de goedkopere hepatitis A vaccinatie, die onder financieel gunstige voorwaarden aan homoseksuele mannen wordt aangeboden. Niettemin zal de Commissie ambtshalve tevens toetsen of verweerder in zijn beleid onderscheid maakt op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid bij het aanbieden van gratis vaccinatie tegen hepatitis B, nu in de onderhavige zaak is gebleken dat vaccinatie tegen hepatitis B aan homoseksuelen gratis wordt verstrekt terwijl personen die niet behoren tot de doelgroepen van het hepatitispreventiebeleid voor deze vaccinatie moeten betalen. De Commissie ziet daarvoor mede aanleiding omdat sprake is van een en hetzelfde beleid dat ter toetsing voorligt, voor beide vaccinaties dezelfde doelgroepen in het beleid zijn omschreven en in sommige gevallen gecombineerde vaccinatie tegen hepatitis A en B plaatsvindt. Daarbij neemt de Commissie mede in overweging dat het risico voor ernstige gevolgen van een hepatitis A infectie voor de leden van de zogenaamde risicogroepen voor hepatitis B – waaronder homoseksuele mannen – groter is dan voor anderen.

Direct of indirect onderscheid?

5.6 De eerste vraag die ter beoordeling staat, is of verweerder met bovengenoemd beleid direct onderscheid maakt op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid, als bedoeld in de AWGB.

5.7 De Commissie stelt vast dat personen die tot de doelgroepen van het beleid van verweerder behoren maximaal € 60,00 moeten betalen voor vaccinatie tegen hepatitis A terwijl verzoeker en zijn gezin, die niet tot deze doelgroepen behoren, € 84,00 en de kosten van het consult moet betalen. Voorts stelt de Commissie vast dat personen die tot de doelgroepen van het beleid van verweerder behoren zich gratis kunnen laten vaccineren tegen hepatitis B, terwijl anderen deze vaccinatie slechts tegen betaling kunnen verkrijgen.

5.8 Mannen met homoseksuele contacten (inclusief biseksuelen) behoren tot één van de doelgroepen van het door verweerder geformuleerde doelgroepenbeleid. Het hebben van homoseksuele contacten is daarmee één van de onderscheid makende criteria die verweerder hanteert bij het beantwoorden van de vraag of, en zo ja voor hoeveel, voor vaccinaties moet worden betaald. Hiermee maakt verweerder direct onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid. Dat verweerder nog twee andere doelgroepen onderscheidt, op grond waarvan ook bepaalde personen met een heteroseksuele voorkeur onder soortgelijke voorwaarden als homoseksuelen in aanmerking komen voor vaccinatie onder financieel gunstige voorwaarden, en dat verweerder alleen homoseksuele mannen die door hun seksueel gedrag daadwerkelijk risico lopen op een hepatitisinfectie onder de eerste doelgroep schaarnt en niet homoseksuele mannen zonder risico's of lesbische vrouwen, maakt dit niet anders. Immers, het hebben van homoseksuele contacten is met betrekking tot de eerste groep van het doelgroepenbeleid bepalend voor het antwoord op de vraag of de betrokkene in aanmerking komt voor de gratis hepatitis B vaccinatie en de goedkopere hepatitis A vaccinatie.

5.9 In haar oordeel van 18 december 2000 (CGB 2000-90) naar aanleiding van een soortgelijke zaak oordeelde de Commissie nog dat het onderscheidend criterium moest worden aangemerkt als een vorm van indirect onderscheid naar homo- of heteroseksuele gerichtheid. De Commissie heeft naar aanleiding van een andersoortige zaak, die heeft geresulteerd in oordeel 2004-116, aanleiding gezien haar oordelenlijn met betrekking tot de uitleg van het begrip seksuele gerichtheid bij te stellen in die zin dat omdat seksuele gerichtheid eerst en vooral betekenis krijgt in relatie tot anderen, een verwijzing naar mannen met homoseksuele

contacten moet worden beschouwd als een verwijzing naar homoseksuele mannen. Immers, ook homoseksuele mannen die geen wisselende seksuele contacten hebben, vallen onder de in het beleid onderscheiden eerste risicogroep. In het verlengde hiervan concludeert de Commissie thans dat verweerder met het vaccinatiebeleid direct onderscheid maakt op grond van seksuele gerichtheid. Immers, nu voor een homoseksuele man andere vaccinatievoorwaarden gelden dan voor heteroseksuelen, is homoseksualiteit het onderscheidend criterium, ook al zijn er ook bepaalde heteroseksuelen die voor de andere vaccinatievoorwaarden in aanmerking komen.

Verboden onderscheid?

5.10 De tweede vraag die de Commissie heeft te beoordelen, is of dit onderscheid is verboden. Volgens de systematiek van de AWGB is direct onderscheid niet verboden wanneer voor dit onderscheid een uitzondering in de AWGB is opgenomen. In het onderhavige geval zijn de uitzonderingen van artikel 2, tweede tot en met zesde lid, AWGB niet van toepassing evenmin als de uitzonderingen van artikel 7, tweede en derde lid, AWGB. Voorzover verweerder zich op een van de wettelijke uitzonderingen zou willen beroepen, kan zo'n verweer derhalve niet slagen.

5.11 Het bovenstaande laat onverlet dat een regel onder bijzondere omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leidt tot onaanvaardbare gevolgen (vgl. CGB 17 augustus 2005, oordeel 2005-155). Van onaanvaardbare gevolgen van het verbod van onderscheid kan sprake zijn indien het grondwettelijke recht op gelijke behandeling botst met de eveneens op de Grondwet of verdragen berustende verplichtingen voor de overheid, waaronder de plicht om ter uitvoering van het recht op gezondheid maatregelen te treffen ter bevordering van de volksgezondheid en voorrang wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel. Dat volksgezondheidsbelangen een doorbreking van het gesloten systeem van uitzonderingen op de gelijkebehandelingsnorm kunnen rechtvaardigen blijkt onder meer uit artikel 2, vijfde lid van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Hierin is bepaald dat deze Richtlijn nationale bepalingen onverlet laat die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor ondermeer de bescherming van de volksgezondheid.

5.12 In het onderhavige geval is naar het oordeel van de Commissie sprake van dergelijke onaanvaardbare gevolgen indien het verweerder op grond van de gelijkebehandelingswetgeving zou worden verboden een vaccinatiebeleid te voeren

dat is gericht op personen die een grotere kans lopen dan anderen op besmetting met hepatitis A en B en naar verhouding dan ook grotere kans op verspreiding daarvan. Het beleid dat verweerder hanteert, maakt onderdeel uit van een breed gezondheidsbeleid van de overheid, waaronder de bestrijding van SOA's en HIV-infecties bij de onder 2.8 genoemde doelgroepen. Het beleid van verweerder heeft als doel het tegengaan van besmetting met hepatitis A en B, waarbij – gelet op de incidentie en prevalentie van hepatitis B – hij geheel in lijn met het Nederlands beleid heeft gekozen voor een doelgroepenbenadering.

5.13 Verweerder heeft genoegzaam aannemelijk gemaakt dat homoseksuelen evenals de twee andere door verweerder in zijn beleid met name genoemde doelgroepen, meer risico lopen op besmetting met hepatitis A en B dan anderen, inclusief reizigers naar bijvoorbeeld Bulgarije. Tevens heeft verweerder aannemelijk gemaakt dat aan de risicogroepen waarop zijn beleid zich richt eigen is dat ze moeilijk bereikbaar zijn en dat het nalaten van specifieke preventieactiviteiten gericht op deze groepen, waaronder een vaccinatiebeleid, een reëel gevaar oplevert voor betrokkenen en de volksgezondheid. Deze gevaren zijn blijkens hetgeen verweerder ter zitting heeft aangevoerd en algemeen hieromtrent bekende informatie vele malen groter, zowel voor betrokkenen als voor de volksgezondheid, dan het risico op een hepatitisinfectie in landen waarvoor een positief vaccinatieadvies geldt.

5.14 Onder de in 5.10 tot en met 5.13 genoemde bijzondere omstandigheden en in dat licht tevens op basis van onderlinge afweging van de in het geding zijnde belangen, komt de Commissie tot de volgende slotsom. Hoewel verweerder jegens verzoeker en zijn gezin direct onderscheid maakt op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid door conform zijn beleid niet aan verzoeker en zijn gezin maar wel aan homoseksuelen en andere personen die tot de doelgroepen behoren vaccinatie tegen hepatitis A en B respectievelijk tegen gereduceerde prijs gratis aan te bieden en te verspreiden, is dit onderscheid, gelet op het doorslaggevend zwaarwegend belang van volksgezondheid, in casu niet verboden te achten.

5.15 Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. De Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (nr. 2000/78/EG van 27 november 2000) bepaalt in artikel 2, vijfde lid, dat de Richtlijn nationale regelingen onverlet laat die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor onder andere de bescherming van de volksgezondheid. De wetgever heeft er vanaf gezien in de wet een (algemene) uitzondering op te nemen op het verbod van onderscheid met het oog op het belang

van de volksgezondheid. Een dergelijke uitzondering is wel neergelegd in artikel 1, onderdeel b, van het Besluit gelijke behandeling (Koninklijk Besluit van 21 juni 1997, *Stb.* 1997, 317, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2005, 529), maar deze uitzondering ziet uitsluitend op het criterium geslacht. De Commissie acht het met het oog op het gesloten systeem, inhoudend dat direct onderscheid niet kan worden gerechtvaardigd, wenselijk dat uitzonderingen op het verbod van ongelijke behandeling zoveel mogelijk en voor alle gronden uitdrukkelijk in de wet of bij wet zijn voorzien. Zij zal de wetgever daarom aanbevelen te voorzien in een wettelijke uitzondering op het verbod van onderscheid voor die situaties waarin onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de volksgezondheid.

6 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de . . . geen verboden onderscheid maakt op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid jegens . . . door hem en zijn gezin niet onder dezelfde voorwaarden als leden van bepaalde risicogroepen in aanmerking te laten komen voor de goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A en door aan homoseksuelen gratis vaccinaties tegen hepatitis B aan te bieden en te verspreiden.

Noot door: prof. mr. J.H. Gerards

1. Al voor de inwerkingtreding van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in 1994 bestond discussie over het gesloten systeem van uitzonderingsgronden bij direct onderscheid (zie vooral de adviezen van de Raad van State bij de verschillende ingediende ontwerpen: *Kamerstukken II* 1987/88, 20065, nr. A, p. 6, *Kamerstukken II* 1987/88, 20051, nr. B, p. 6 en *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. B, p. 2). Weliswaar zou de AWGB een aantal belangrijke rechtvaardigingsmogelijkheden gaan bevatten, maar de vrees bestond dat die in de praktijk te beperkt zouden blijken te zijn. Verwacht werd daarbij dat het voor de wetgever moeilijk te voorzien zou zijn welke uitzonderingsbepalingen daadwerkelijk nodig waren (zie bijv. A.W. Heringa, 'De Algemene wet gelijke behandeling. Is iets beter dan niets of is zelfs het iets al teveel?', in: *Gelijk behandelen. Commentaren op het voorstel Algemene wet gelijke behandeling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 6). Tegelijkertijd hebben de beperkingen van de gesloten structuur in de praktijk nauwelijks tot grote problemen geleid, hoewel het ontbreken van uitzonderingen bij zwangerschap zeer nadelige consequenties kan hebben voor werkgevers (daarover nader M. Vegter, 'Zwangerschap en discrimi-

natie. De pijnpunten van het gesloten stelsel', *Nemesis* 2000, p. 120 en recenter Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2007, p. 34/35).

Dat de problemen minder groot zijn dan kon worden verwacht, lijkt vooral te zijn gekomen doordat de CGB bereid is gebleken om in gevallen waarin ogenschijnlijk sprake leek te zijn van direct onderscheid, een indirect onderscheid vast te stellen. Nu daarbij een open mogelijkheid voor rechtvaardiging bestaat (zie art. 2, eerste lid, AWGB), is dit een effectieve manier om de beperkingen van het gesloten systeem te omzeilen. Voor veel van de door de CGB gemaakte constructies is vanuit juridisch oogpunt ook best iets te zeggen. Te denken valt aan de jurisprudentie over het dragen van religieuze kleding en tekens. Is duidelijk dat iemand is benadeeld vanwege het dragen van een hoofddoek of ander religieus kledingstuk *als zodanig*, dan beschouwt de CGB dit als een direct onderscheid naar religie – de benadeling is dan immers rechtstreeks ingegeven door een religieuze uiting. Is de benadeling daarentegen niet zozeer ingegeven door de kleding en de religie waarvan deze een uitdrukking vormt, als wel door praktische overwegingen (bijvoorbeeld veiligheid op de werkplek, of de wens tot goede communicatie in de klas), dan is sprake van indirect onderscheid (zie bijv. oordeel 1997-149 en oordeel 2003-40). Ook dit is niet onlogisch, nu in dat geval niet de religieuze uiting, maar andere beweegredenen ten grondslag lagen aan de litigieuze beslissing of handelwijze. Er zijn echter ook gevallen waarin de constructie wat minder overtuigend aandoet. Een recent voorbeeld is dat van de weigering van een hypothecaire lening aan een aanvrager die een verblijfsvergunning heeft voor bepaalde tijd (oordeel 2006-152, ook besproken in het in deze bundel opgenomen commentaar bij de gronden ras en nationaliteit, en voorzien van een annotatie van D. Houtzager). In dit geval oordeelde de CGB dat het onderscheid niet rechtstreeks was gebaseerd op de nationaliteit van de betrokkene, nu de hypotheekverstrekker feitelijk de eis stelde dat de aanvrager aanspraak heeft op permanent verblijf in Nederland. Aangezien ook mensen met een niet-Nederlandse nationaliteit aan deze eis kunnen voldoen, levert dit geen direct onderscheid op. Vervolgens concludeerde de CGB wel dat sprake is van indirect onderscheid, nu houders van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd per definitie niet de Nederlandse nationaliteit hebben. Inderdaad is het maken van onderscheid op basis van het hebben van een permanent verblijfsrecht net iets anders dan het direct weigeren van een hypotheek aan mensen met een andere nationaliteit. Tegelijkertijd is duidelijk dat in dit oordeel de eigenlijke afwijzingsgrond het hebben van een tijdelijke verblijfsvergunning was, en de categorie van mensen met een dergelijke verblijfsvergunning volledig samenvalt met de categorie van mensen

van een andere nationaliteit. De constructie van indirect onderscheid in een zaak als deze lijkt dan ook vooral te zijn ingegeven door de wens de aangevoerde rechtvaardiging te kunnen beoordelen, en niet zozeer door een daadwerkelijk bestaand verschil tussen de ene of de andere grond. Dezelfde twijfel over de constructie kan gelden ten aanzien van enkele eerdere gevallen waarin de CGB zich diende uit te spreken over een uitzonderingspositie voor homoseksuelen, zoals de bekende zaken over homoseksuele bloed- en spermadonoren (oordeelen 1998-137 en 1998-139). Anders dan in oordeel 2006-20, ging het in die zaken niet om een bevoordeling van homoseksuelen, maar juist om een benadeling. homoseksuelen werden volledig uitgesloten van het geven van bloed en sperma, vanwege het feit dat zij tot een risicogroep zouden behoren. De CGB redeneerde dat de uitsluiting wegens het lidmaatschap van een risicogroep de hoofdrede was van het onderscheid, en niet de seksuele gerichtheid als zodanig. Om die reden was sprake van indirect onderscheid, waarvoor het beschermen van het volksgezondheidsbelang als rechtvaardiging werd geaccepteerd. Ook hier lijkt de constructie van indirect onderscheid niet zozeer te zijn geïnspireerd door een principiële oordeel over de grond in kwestie, maar vooral door de wens een rechtvaardigingstoets uit te kunnen voeren (zie ook T. Loenen, 'Naar een ander toetsingskader voor de Awgb?', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 138).

2. Door constructies als de hierboven genoemde heeft de CGB regelmatig op uiterst subtiële wijze het harde gesloten systeem omzeild, of, meer positief geformuleerd, de scherpe kantjes daarvan afgeslepen. Dat kan zeker als positief worden gekenschetst, vooral nu de gehanteerde constructies juridisch gezien steeds goed verdedigbaar zijn. Toch constateerde een Nijmeegse onderzoeksgroep in het eerste evaluatieonderzoek van de AWGB in 1999 dat de geslotenheid van het AWGB-systeem een probleem vormde en leidde tot een vervaging van het verschil tussen de concepten direct en indirect onderscheid (K. Wentholt, 'Het verbod om onderscheid te maken', in: 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 1999, p. 127 (hierna: Evaluatieonderzoek 1999)). Daarbij werd aangegeven dat dit knelpunt op verschillende manieren oplosbaar zou zijn, namelijk ófwel door het volledig openbreken van het gesloten stelsel van uitzonderingen, ófwel door het toelaten van buitenwettelijke uitzonderingsgronden in apert onredelijke gevallen (Evaluatieonderzoek 1999, p. 127). De CGB zelf ontkende in 1999 dat sprake zou zijn van knellende ervaringen, en stelde in het

algemeen goed met de wet te kunnen werken (Commissie Gelijke Behandeling, *Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht 2000, p. 25 (hierna: CGB-evaluatie 2000)). Over de suggestie in het Nijmeegse onderzoek stelde zij bovendien dat zij "... er geen voorstander van [was] de geslotenheid van de wet te doorbreken door middel van toetsing aan buitenwettelijke normen die niet alleen qua interpretatie voor veel discussie vatbaar zijn, maar die bovendien een te ruim onderdak lijken te bieden aan mogelijke uitzonderingen op de gelijkheidsnormen" (CGB-evaluatie 2000, p. 25). De CGB zag er meer in om bij absoluut onaanvaardbare resultaten de wet buiten toepassing te laten, een constructie die vergelijkbaar lijkt met die van artikelen 93 en 94 Grondwet. Ook doet deze oplossing denken aan de wijze waarop de grondwetsgeschiedenis ruimte heeft gelaten om handelen dat in strijd is met de grondrechten en dat niet past binnen de grondwettelijke beperkingsmogelijkheden, in zeer uitzonderlijke situaties niet ongrondwettig te achten (*Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 21). Het kabinet bleek niet veel te zien in een dergelijke oplossing en koos er uitdrukkelijk voor om het gesloten systeem volledig in stand te houden. Als zich concrete problemen zouden voordoen, dan zou de CGB de kwestie aan de rechter kunnen voorleggen, die de regering kennelijk wel bevoegd achtte om in uitzonderlijke gevallen van de wet af te wijken. In echt problematische gevallen zou een wetswijziging tot de mogelijkheden behoren (Kabinetstandpunt Evaluatie Awgb (1994-2000), *Kamerstukken II 2001/02*, 28481, nr. 1, p. 15). De CGB leek in 2002 impliciet in te stemmen met deze benadering, toen zij in het kader van een oordeel over de negatieve gevolgen van het ontbreken van uitzonderingen bij onderscheid naar zwangerschap stelde dat het "... niet op de weg [ligt] van de Commissie deze 'spanning' tussen wet en uitkomst van de wettoepassing 'op te lossen'. Uitsluitend de wetgever heeft hierin een taak" (oordeel 2002-43).

3. Met deze keuze van wetgever en CGB bleef de wat onbevredigende situatie voortbestaan van een weinig helder verschil tussen direct en indirect onderscheid, en van soms wat gewrongen constructies om een rechtvaardiging mogelijk te maken. Duidelijk is bovendien, zo valt af te leiden uit het tweede externe evaluatieonderzoek uit 2006, dat dit onderscheid voor veel gebruikers van de wet nog maar moeilijk is te begrijpen (M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 277/278 (hierna: Evaluatieonderzoek 2006)). Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat de CGB er in haar tweede wetevaluatie opnieuw voor heeft gepleit de wetgeving buiten toepassing

te kunnen laten, als toepassing tot apert onredelijke situaties zou leiden (Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht: CGB 2005, p. 36 (hierna: CGB-evaluatie 2005)). De CGB stelde zelfs voor om verder te gaan dan dit. Ondanks de duidelijke uitlatingen van het kabinet in 2002, en ondanks haar eigen oordeel 2002-43, stelde de CGB in haar evaluatie in 2005 het volgende: "De CGB zal een regel dus niet toepassen als het gesloten systeem zou leiden tot een uitkomst die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is" (CGB-evaluatie 2005, p. 36; zie ook de eerste aarzelande toepassing in oordeel 2005-155, waarin de CGB echter niet tot de conclusie kwam dat sprake was van dusdanig onaanvaardbare omstandigheden dat de AWGB buiten toepassing moest worden gelaten).

4. In het hierboven afgedrukte oordeel 2006-20 heeft de CGB, vooruitlopend op de kabinetsreactie op de interne en externe evaluatie van de periode 1999-2004, gevolg gegeven aan haar eigen suggestie. De juridische constructie die daarbij in oordeel 2006-20 is gekozen, mag een tamelijk merkwaardige worden genoemd. Zoals hierboven aangegeven, heeft de CGB eerder gesteld dat geen sprake mag zijn van het creëren van buitenwettelijke uitzonderingen, maar alleen van het buiten toepassing laten van de wet. In oordeel 2006-20 zegt de CGB echter dat volksgezondheidsbelangen een "doorbreking van het gesloten systeem" kunnen rechtvaardigen, en concludeert zij na een inhoudelijke beoordeling van het onderscheid dat dit, "gelet op het doorslaggevend zwaarwegende belang van volksgezondheid", in casu niet verboden kan worden geacht. Vervolgens beveelt de CGB aan om een algemene uitzondering voor de volksgezondheid op te nemen in de wet. Door te spreken van een doorbreking van het gesloten systeem van uitzonderingsgronden, door het accepteren van de volksgezondheid als toelaatbare rechtvaardiging na een volledig inhoudelijke toetsing, en door te pleiten voor toevoeging van een nog niet bestaande rechtvaardigingsgrond, lijkt het er sterk op dat de CGB wel degelijk een soort buitenwettelijke uitzonderingsgrond heeft gecreëerd. Het is zeer waarschijnlijk dat ook in latere gevallen waarin de volksgezondheid overtuigend wordt aangevoerd als rechtvaardiging voor direct onderscheid, die rechtvaardiging opnieuw zal worden geaccepteerd, ook zonder dat daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat. Dit lijkt te worden bevestigd door een later oordeel over hetzelfde onderwerp, oordeel 2006-55 (ook besproken in het commentaar bij de gronden ras en nationaliteit, elders in deze bundel opgenomen). In die zaak werd eveneens het belang van de volksgezondheid ingeroepen, ditmaal als rechtvaardiging voor een onderscheid naar ras bij inenting tegen Hepatitis A, waarbij een op nationale herkomst

gebaseerd doelgroepenbeleid werd gevoerd. In dit oordeel stelde de CGB voorop dat de vraag moest worden gesteld of het onaanvaardbare gevolgen zou hebben als dit onderscheid niet kon worden gemaakt. Om dat te kunnen vaststellen, voerde zij een toets uit die volledig vergelijkbaar is met de reguliere toets bij indirect onderscheid. De CGB ging na of het doelgroepenbeleid voldoende was gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek, of het onderscheid een geschikt middel was om het doel te bereiken, en of het voeren van een doelgroepenbeleid het enige middel was waarmee dit doel kon worden bereikt. Volgens de CGB was dit niet het geval, zodat niet van uitzonderlijke omstandigheden kon worden gesproken waardoor het onderscheid werd gerechtvaardigd. Precies dezelfde maatstaven van een legitiem doel, een geschikt en noodzakelijk middel, en het ontbreken van minder discriminatoire alternatieven, hanteert de CGB als het gaat om indirect onderscheid (vgl. ook T. Loenen, 'Doorbreking gesloten systeem AWGB. Noot bij CGB 7 februari 2006, Oordeel 2006-20', *NJCM-Bulletin* 31 (2006), nr 6, p. 830). Het door de CGB zelf gemaakte onderscheid tussen buiten toepassing laten en het creëren van een nieuwe, niet door de wet voorgeschreven uitzonderingsgrond wordt daarmee bijzonder subtiel.

5. Op deze benadering kan scherpe kritiek worden geleverd. De CGB noemde zelf terecht als probleem dat buitenwettelijke uitzonderingsgronden kunnen leiden tot interpretatiediscussies en tot een helling vlak, waarbij steeds meer uitzonderingen worden aanvaard waarin de wetgever niet heeft voorzien (zie ook reeds Vegter 2000, p. 124). Daarbij kan worden gevoegd dat het niet aan de rechter is (en de CGB is dat niet eens!), om zelfstandig nieuwe uitzonderingen te creëren op een wettelijke regeling, zeker niet als de wetgever zelf zo nadrukkelijk heeft aangegeven dit niet acceptabel te vinden (zie ook Loenen, p. 828-829; de CGB hanteerde dit argument zelf wel nog in oordeel 2002-43, maar komt daarop in oordeel 2006-20 niet meer terug). Ten slotte is de vraag of het creëren van de mogelijkheid het gesloten systeem van uitzonderingen buiten toepassing te laten, verenigbaar is met het Europese recht. Gaat het om direct onderscheid wegens zwangerschap, dan staat het Europese recht hieraan duidelijk in de weg (zie Asscher-Vonk e.a. 2007, p. 35). Zou de CGB in dat soort gevallen het verbod van onderscheid "hard" toepassen, terwijl het dit in andere gevallen buiten toepassing laat, dan zou dit leiden tot rechtsongelijkheid binnen de contouren van de AWGB. Het is dan ook de vraag of de CGB in dit oordeel niet wat erg onbesuisd te werk is gegaan. Het had getuigd van meer respect voor de wetgever om de kabinetsreactie op de meest recente evaluatie af te wachten. Wellicht had deze inderdaad voorzien in een oplossing voor het probleem. Het is niet

geheel ondenkbeeldig dat het kabinet, na zoveel kritiek in de literatuur en door de CGB op het gesloten systeem, geneigd zou zijn om een voorstel te doen tot aanpassing van de wet. Daarbij zijn vele oplossingen denkbaar. Het geven van uitdrukkelijke wettelijke toestemming tot het buiten toepassing laten van de wet is er één, net als het toestaan dat de CGB soms buitenwettelijke uitzonderingen creëert. Daarnaast is mogelijk dat het hele systeem van de wet op de schop wordt genomen en het gesloten systeem op een aantal punten wordt opengemaakt, of dat specifieke uitzonderingsmogelijkheden worden toegevoegd waarvan de wetgever vaststelt dat ze nodig zijn om knellende problemen op te lossen, zoals een uitzondering voor volksgezondheid. Gelet op dit ruime scala van mogelijkheden, is het niet gepast dat de CGB daar zelf al één optie van kiest en de wetgever in een bepaalde richting stuurt.

6. Als dat zo is, is wel de vraag hoe de wetgever de hiervoor gesignaleerde problemen van het gesloten systeem dan zou moeten oplossen. De huidige situatie, waarbij de CGB zich genoodzaakt voelt tot het steeds weer construeren van indirect onderscheid, met de daarbij behorende mogelijkheid van rechtvaardiging, heeft immers ook veel weg van het accepteren van buitenwettelijke uitzonderingsmogelijkheden. De CGB te blijven dwingen om daarop steeds weer terug te vallen, is geen wenselijke optie. Ook de eerstgenoemde wettelijke oplossingsmogelijkheid, te weten het volledig openbreken van het gesloten systeem, lijkt geen begaanbaar pad (zie hiervoor het pleidooi van D. de Wolff, 'Heren, uw fiets bovenop! Open of gesloten wijze van toetsen van discriminatie', in: Holtmaat 2004, p. 169). Het gesloten systeem van de Europeesrechtelijke gelijkebehandelingsregelgeving staat immers op onderdelen in de weg aan het creëren van al te ruime rechtvaardigingsmogelijkheden (zie ook reeds het Evaluatieonderzoek 1999, p. 127). Daarnaast is de waarde van het gesloten wettelijke systeem groot. Wezenlijke keuzen en afwegingen, zoals die tussen gelijke behandeling en bepaalde grondrechten, zijn immers gemaakt door de formele wetgever. Gelet op de democratische legitimatie van de wettelijke keuzes, en het ruime spectrum aan mogelijkheden dat de wetgever heeft om de maatschappelijke aanvaardbaarheid en wenselijkheid van bepaalde uitzonderingen te schatten, is het veel beter dat de wetgever in eerste instantie dit soort keuzen maakt, en daarvoor niet steeds verwijst naar de rechter (zie Loenen 2004, p. 142; zie ook J.H. Gerards, S. Stuurman en R. de Lange, *Moderne gelijkheid*, Den Haag: Boom 2005, p. 28 e.v.). Wel zou de wetgever zijn taak naar aanleiding van oordelen van de CGB en de interne en externe wetsevaluaties serieus moeten nemen. Als het ontbreken van een uitzondering knellende vormen begint aan te nemen voor bepaalde categorieën van gevallen, of

.....

als dit resulteert in maatschappelijk onwenselijke situaties, dan is er reden om het stelsel van uitzonderingsgronden te herzien en zo nodig uit te breiden, binnen de grenzen die het Europese recht stelt. Veel meer dan nu het geval is, zou de AWGB moeten worden beschouwd als een wet die voortdurend moet worden aangepast aan nieuw gegroeide opvattingen, inzichten en omstandigheden. Eigenlijk had naar aanleiding van de oordelen over de homoseksuele bloed- en spermadonoren al in 1999 moeten worden besloten tot het invoegen van een nauwkeurig geformuleerde uitzondering voor volksgezondheidsdoelstellingen. Gelet op de discussie daarover in de literatuur, is daarnaast zeker een parlementaire discussie gewenst over een uitzondering voor bepaalde vormen van spreidingsbeleid (zie M. Bovens en M. Trappenburg, 'Segregatie door antidiscriminatie', in: Holtmaat 2004, p. 183). Het is jammer dat in de opdracht voor de externe wetsevaluatie van 2006 niet de vraag is gesteld naar de wenselijkheid van het toevoegen van deze of andere uitzonderingsgronden. Voor de toekomst zou zo'n vraag een standaard onderdeel moeten vormen van iedere wetsevaluatie, zodat de wetgever daarna op goede gronden kan beslissen of een nieuwe uitzondering gewenst is en of daarvoor ruimte bestaat binnen de Europese en internationale juridische kaders. De CGB kan zich dan een meer afwachtende houding aanmeten, en kan zich daarbij wellicht met minder gewetensbezwaren conformeren aan de belangrijke stelling van Loenen dat iedere rechtstoepasser moet accepteren dat een regeling die op zichzelf goed werkt, niet moet worden opgeofferd aan de enkele uitzonderlijke gevallen waarin een regeling echt onredelijke gevolgen heeft (Loenen 2006, p. 831).

2006-61

Voorkeursbeleid op verschillende gronden

Zonder noot

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of haar conceptbeleidsplan inzake werving en selectie in overeenstemming is met de wetgeving gelijke behandeling. Verzoekster wenst specifiek een oordeel omtrent het voeren van een beleid gericht op het vergroten van de instroom van mannelijke, allochtone, homoseksuele, reïntegrerende en jongere werknemers om zo te komen tot een goede afspiegeling van haar cliënten en de bevolking, alsmede ter waarborg van haar voortbestaan.

1.2 De Commissie heeft verzoekster bij brieven van 25 oktober 2005 en 8 december 2005 verzocht haar verzoekschrift nader te onderbouwen en haar enkele vragen gesteld. Verzoekster heeft bij brief van 11 november 2005 en bij schrijven van 19 december 2005 aan deze verzoeken voldaan. De gronden, waarop het verzoek berust, komen, voor zover relevant voor de beoordeling, aan de orde in de rubriek 'beoordeling van het verzoek'.

1.3 De Commissie heeft de vereenvoudigde procedure toegepast. Dat wil zeggen dat er geen zitting heeft plaatsgevonden.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is een instelling voor maatschappelijke dienstverlening in Amsterdam. Haar doelgroep bestaat grotendeels uit minder draagkrachtige mensen met een zeer uiteenlopende achtergrond. De doelgroep bestaat uit jonge en oudere mensen, allochtonen en autochtonen, mannen en vrouwen en homoseksuelen en heteroseksuelen.

2.2 Verzoekster hanteert de sollicitatiecode van de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling (NVP). Dit houdt in dat elke sollicitant een eerlijke kans krijgt op aanstelling en dat kandidaten objectief worden getoetst aan het functieprofiel.

2.3 Het personeelsbestand van verzoekster bestaat uit 103 medewerkers. Verzoekster heeft overzichten overgelegd met betrekking tot de leeftijd en

het geslacht van haar personeelsleden. Uit deze overzichten blijkt dat 57 personeelsleden (55%) in het jaar 2006 ouder zijn dan 50 jaar of die leeftijd in dit jaar zullen bereiken. Van de 103 personeelsleden zijn er 72 vrouw (70%).

2.4 Verzoekster heeft momenteel 10 medewerkers in dienst met een arbeidshandicap en/of een langdurige aandoening (bijna 10%). Verzoekster beschikt niet over cijfers die inzage geven in het percentage van de beroepsbevolking in Amsterdam van mensen met een handicap of chronische ziekte.

2.5 Bij verzoekster is 10% van het personeel afkomstig uit een etnische minderheidsgroepering. In Amsterdam is bijna 32% van de beroepsbevolking afkomstig uit een etnische minderheidsgroepering.

2.6 Omtrent de grond geslacht heeft verzoekster in het conceptbeleidsplan onder andere het volgende opgenomen:

"In het kader van seksespecifieke hulpverlening is het noodzakelijk dat binnen de sector AMW elk team minimaal één mannelijke collega heeft. Indien dit niet het geval is wordt bij gelijke geschiktheid de voorkeur gegeven aan een man boven een (allochtone) vrouw (...)"

2.7 Met betrekking tot het onderwerp homoseksuele gerichtheid heeft verzoekster in het conceptbeleidsplan het volgende naar voren gebracht:

"In het kader van het streven naar een personeelsbestand dat een redelijke afspiegeling is van de beroepsbevolking in stadsdeel Amsterdam Centrum, hebben, afhankelijk van de teamsamenstelling, externe homoseksuele kandidaten bij gelijke geschiktheid voorrang boven externe heteroseksuele kandidaten. Het streefpercentage is 10 %."

2.8 In het conceptbeleidsplan is onder het kopje "Allochtonen" het volgende opgenomen:

"Externe allochtone kandidaten hebben bij gelijke geschiktheid voorrang boven externe autochtone. Dit geschiedt in het kader van het streven naar een personeelsbestand dat een redelijke afspiegeling is van de beroepsbevolking in stadsdeel Amsterdam Centrum. Voor de jaren 1999-2005 is het streefpercentage 20%. Hierbij gaat het om categorieën die genoemd worden in de Wet Samen. Bij gelijke geschiktheid moet aan hen de voorkeur worden gegeven zolang het streefpercentage nog niet is bereikt (...)"

2.9 Onder het kopje "Reïntegrerende externe medewerkers" is in het conceptbeleidsplan het volgende beschreven:
"De stichting heeft ook een voorkeursbeleid voor

mensen die reïntegreren in het arbeidsproces. Waar mogelijk zal de stichting voorzieningen treffen ter bevordering van de arbeidsgeschiktheid. Reïntegrerende sollicitanten die aan de objectieve functie-eisen voldoen, worden uitgenodigd voor een gesprek. Bij gelijke geschiktheid geldt de voorkeur voor de reïntegrerende kandidaat.”

2.10 Verzoekster heeft in haar conceptbeleidsplan onder het kopje “Leeftijd” het volgende opgenomen:

“Indien er twee gelijkwaardige kandidaten zijn, wordt er voorrang gegeven aan de jongste. Dit beleid blijft gehandhaafd totdat de stichting ten aanzien van leeftijd een meer evenwichtige opbouw heeft”.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of het door verzoekster voorgenomen conceptbeleidsplan werving en selectie in overeenstemming is met de wetgeving gelijke behandeling.

3.2 Verzoekster heeft naar voren gebracht dat het conceptbeleidsplan tot doel heeft om qua personeelsamenstelling te komen tot een goede afspiegeling van de doelgroepen (cliënten) van verzoekster en de bevolking van Amsterdam. Om het voortbestaan van verzoekster niet in gevaar te brengen, acht verzoekster het – gelet op de leeftijdsopbouw van het personeelsbestand – daarnaast noodzakelijk om bij gelijke geschiktheid de voorkeur te geven aan jongere medewerkers.

3.3 Het personeelsbestand van verzoekster bestaat voor het overgrote deel uit blanke autochtone heteroseksuele vrouwen. De gemiddelde leeftijd van de medewerkers bedraagt ten tijde van het geding 47 jaar. Het conceptbeleidsplan is erop gericht kwalitatief geschikt personeel aan verzoekster te binden en te komen tot een optimaal gedifferentieerde personeelsbezetting. Verzoekster wil daarbij in toekomstige vacatures graag kenbaar maken dat zij een doelgroepenbeleid voert en dat bij gelijke geschiktheid de voorkeur wordt gegeven aan kandidaten met de desbetreffende achtergrond, totdat de gewenste verdeling is bereikt. Selectiecriteria worden niet verlaagd als gevolg van voorgenomen beleid.

3.4 Een werkgever kan via zijn aannamebeleid een belangrijke bijdrage leveren aan het verkleinen van de achterstandssituatie van bepaalde groepen op de arbeidsmarkt. Het opheffen van de kansongelijkheid verlangt immers dat rekening wordt gehouden met de situatie waarin personen zich bevinden. Een dergelijke contextuele benadering dreigt uit het oog te worden verloren indien een werk-

gever enkel kijkt naar de aard van de behandeling. Aldus dreigen achterstandssituaties en de kansongelijkheid van bepaalde groepen te worden bestendigd in plaats van te worden opgeheven. In het verlengde hiervan is het op grond van de wetgeving gelijke behandeling toegestaan af te wijken van het gebod van gelijke behandeling ter verzekering van volledige gelijkheid (vergelijk artikel 141, vierde lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG)). Het handhaven of nemen van maatregelen gericht op het bewerkstelligen van volledige gelijkheid vormt volgens de systematiek van het EG-recht en de daarop gebaseerde wetgeving gelijke behandeling evenwel een uitzondering op de gelijkebehandelingsnorm. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, hierna: HvJ EG, is bovendien gewoon de voorwaarden ter rechtvaardiging van deze uitzondering streng te toetsen. Dit heeft, paradoxaal genoeg, tot gevolg dat werkgevers vaak berusten in de achterstandssituatie van bepaalde groepen in plaats van dat zij via hun personeelsbeleid trachten hierin verandering te brengen. De Commissie stelt daarom voorop dat werkgevers, zoals verzoekster, lof toekomt, nu zij actief een bijdrage beogen te leveren aan het bewerkstelligen van volledige gelijkheid.

3.5 Het bij de aanneming van personeel geven van voorrang aan leden van bepaalde groepen wordt veelal aangeduid als een maatregel van voorkeursbeleid. Voorkeursbeleid kan worden omschreven als een tijdelijke maatregel ten behoeve van een of enkele leden uit een bepaalde doelgroep, die ertoe bijdraagt dat de achterstand van die doelgroep in een bepaalde context of concrete situatie vermindert.

3.6 Het voeren van voorkeursbeleid kan in gevolge het EG-recht zijn toegestaan om nadelen verband houdend met de gronden geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te voorkomen of te compenseren. De nationale wetgever heeft het, gelet op de structurele achterstandspositie van vrouwen, personen behorend tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep en personen met een handicap of chronische ziekte, uitsluitend met betrekking tot deze groepen nodig gevonden de mogelijkheid te laten tot het voeren van voorkeursbeleid. Dit impliceert dat het voeren van voorkeursbeleid op grond van godsdienst, leeftijd of seksuele geaardheid alsmede ten behoeve van mannen, personen behorend tot de etnische of culturele meerderheidsgroep en personen zonder handicap of chronische ziekte in strijd is met het verbod van onderscheiding, zonder dat dit kan worden gerechtvaardigd.

3.7 Volgens vaste oordelenlijnen van de Commissie (zie CGB 2 februari 2004, oordeel 2004-10 en

CGB 31 maart 2004, oordeel 2004-36) vloeit uit de jurisprudentie van het HvJ EG voort dat voorkeursbeleid van vrouwen moet worden getoetst aan de volgende criteria:

- De achterstand van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid, dient te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod.

- De regeling waarborgt dat sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling van alle kandidaten, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten.

- Het onderscheid dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. De voorkeursmaatregel moet kunnen gerechtvaardigd door de mate van achterstand.

3.8 Eveneens volgens vaste oordelenlijn van de Commissie vloeit uit de jurisprudentie van het HvJ EG voort dat de strenge toets van het HvJ EG specifiek is gericht op voorkeursbeleid bij de toegang tot de arbeid of tot promotie, meer in het bijzonder het reserveren van arbeidsplaatsen, waarbij de inspanningen zijn gericht op het bereiken van een gelijk resultaat (zie CGB 25 juni 1997, oordeel 1997-77 en CGB 23 november 2005, oordeel 2005-225). Maatregelen van voorkeursbeleid gericht op het wegnemen van de geringere kansen voor vrouwen van toegang tot de arbeidsmarkt en tot een loopbaan alsmede gericht op het verbeteren van hun concurrentiepositie op de arbeidsmarkt kunnen volgens het Hof minder streng worden getoetst.

3.9 De Commissie benadrukt dat de criteria die door het HvJ EG zijn ontwikkeld slechts betrekking hebben op de grond geslacht en het terrein van de arbeid. Jurisprudentie van het HvJ EG inzake voorkeursbeleid met betrekking tot andere gronden en terreinen ontbreekt vooralsnog.

3.10 Eerder heeft de Commissie uitgemaakt dat een beleid, waarbij - in dat geval - rekening werd gehouden met de verhouding man/vrouw, jong/oud en autochtoon/allochtoon in beginsel strijdig is met de wetgeving gelijke behandeling. Een dergelijke representativiteits- of afspiegelingsbeleid kan ook niet zonder meer worden gelijkgesteld met voorkeursbeleid, daar wetgeving en rechtspraak strenge eisen stellen aan voorkeursbeleid (vergelijk CGB 28 september 1998, oordeel 1998-105). Hieruit volgt dat een doelgroepenbeleid, gericht op het bewerkstelligen van een goede afspiegeling, niet zonder meer kan worden getoetst aan de eisen van voorkeursbeleid.

3.11 Het bovenstaande laat overigens onverlet dat de wetgeving gelijke behandeling enkele uitzonderingen kent met betrekking tot het verbod van onderscheid in verband met heersende maatschappelijke opvattingen dan wel de naleving van

(andere) grondrechten. Het maken van onderscheid in het kader van een aannamebeleid vanwege deze redenen valt buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingsnorm. Een dergelijke handwijze hoeft dan ook niet te worden getoetst aan de eisen van voorkeursbeleid.

Geslacht

3.12 Een werkgever die in het kader van het aannamebeleid bij gelijke geschiktheid de voorkeur geeft aan een mannelijke kandidaat boven een vrouwelijke kandidaat handelt in beginsel in strijd met het verbod van onderscheid, zoals neergelegd in artikel 3, eerste lid, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB) en artikel 7:646, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (BW). Op dit verbod bestaan enkele uitzonderingen. Voor zover deze uitzonderingen niet van toepassing zijn vanwege de geslachtsbepaaldheid van de functie, kan worden bezien of het voorgestelde beleid voldoet aan de eisen van voorkeursbeleid.

Geslachtsbepaaldheid

3.13 Er kan voor een werkgever aanleiding zijn specifiek mannen (of vrouwen) te werven voor een functie, te weten in het geval een functie geheel of ten dele als 'geslachtsbepaald' kan worden aangemerkt. Op grond van artikel 5, derde lid, onderdeel c, WGB en artikel 1, aanhef en onderdeel e, Besluit Beroepsactiviteiten (WGB-Besluit) kan een functie als geslachtsbepaald wordt aangemerkt als deze functie activiteiten omvat die de persoonlijke verzorging, verpleging of opvoeding van dan wel hulpverlening aan personen inhouden en indien de goede uitoefening van de functie binnen het geheel van de organisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht. Artikel 1, aanhef en onderdeel f, WGB-Besluit bepaalt dat bij beroepsactiviteiten die de behandeling of de bejegening van personen inhouden, de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe kan noodzaken dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht vanwege ernstige schaamtegevoelens die bij eerdergenoemde personen leven.

3.14 In eerdere oordelen heeft de Commissie aangegeven aan welke criteria moet worden voldaan om een beroep op geslachtsbepaaldheid van bepaalde activiteiten te kunnen doen slagen (zie laatstelijk CGB 26 januari 2005, oordeel 2005-8). In de eerste plaats moet op basis van objectieve gegevens kunnen worden vastgesteld dat de betreffende activiteiten slechts door een man of een vrouw kunnen worden uitgevoerd. In de tweede plaats moeten deze gegevens actueel zijn. In de derde plaats moet, wanneer inderdaad sprake is van in beginsel geslachtsbepaalde activiteiten,

worden nagegaan of de werkzaamheden zodanig kunnen worden ingericht dat het voor een goede uitoefening van de functie niet noodzakelijk is dat deze wordt vervuld door een vrouw. Deze vereisten gelden zowel voor onderdeel e als f van artikel 1 van het WGB-Besluit.

3.15 De Commissie heeft in oordeel 1999-31 van 19 april 1999 vastgesteld dat de functie van maatschappelijk werker beroepsactiviteiten – te weten de hulpverlening aan personen – omvat zoals bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van het WGB-Besluit. In de uitoefening van deze functie kan sekspecifieke hulpverlening noodzakelijk zijn. Dit hoeft evenwel nog niet te betekenen dat de functie ook geslachtsbepaald is in de zin van de wet. Daartoe moet immers ook worden onderzocht of de werkzaamheden zodanig kunnen worden ingericht, dat aan de voorwaarden van een goede uitoefening van de functie van maatschappelijk werker wordt voldaan zonder dat de functie slechts aan een man moet worden aangeboden.

Voorkeursbeleid

3.16 Voor zover het geven van voorrang aan mannelijke kandidaten bij de aanname van nieuw personeel boven vrouwelijke kandidaten samenhangt met de wens het personeel een goede afspiegeling te laten zijn van de cliënten en de bevolking, geldt dat verzoekster in dezen geen beroep kan doen op de mogelijkheid tot het voeren van voorkeursbeleid. De Nederlandse wetgeving gelijke behandeling biedt immers slechts de mogelijkheid tot het voeren van voorkeursbeleid ten behoeve van vrouwen (artikel 7:646, vierde lid, BW, artikel 5, eerste lid, WGB en artikel 2, derde lid, AWGB). De Commissie komt derhalve niet toe aan het onderzoeken of een dergelijke voorkeursbeleid voldoet aan de daaraan te stellen eisen, nu dit bij voorbaat reeds is verboden.

Tussenconclusie

3.17 Het is niet uit te sluiten dat verzoekster een beroep toekomt op het WGB-Besluit vanwege de geslachtsbepaaldheid van bepaalde functies. Onvoldoende is echter de wens het personeelsbestand een goede afspiegeling te laten zijn van de doelgroep en de bevolking van Amsterdam. Deze wens zegt immers niets over de mate waarin de goede uitoefening van de functie kan worden gerealiseerd zonder dat de functie slechts aan een man moet worden aangeboden. Bovendien is niet gebleken dat sprake is van een dermate scheve verhouding mannelijke en vrouwelijke medewerkers dat het uitoefenen van het totale pakket werkzaamheden in het gedrang komt als er geen man zou worden aangesteld.

Homoseksuele gerichtheid

3.18 Een werkgever die in het kader van het aannamebeleid bij gelijke geschiktheid de voorkeur geeft aan een homoseksuele kandidaat boven een heteroseksuele kandidaat handelt in strijd met het verbod van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, onderdelen a en c, AWGB. Richtlijn 2000/78/EG laat lidstaten de mogelijkheid om vanwege ‘wezenlijke functievereisten’ onderscheid te maken vanwege seksuele voorkeur (artikel 4). Nederland heeft van deze mogelijkheid bij de omzetting van deze richtlijn evenwel geen gebruik gemaakt. Eerder bevatte de AWGB evenmin uitzonderingen op deze norm. Een dergelijk beleid kan ook niet worden gerechtvaardigd door het aan te merken als voorkeursbeleid. Zoals de Commissie in 3.6 heeft uiteengezet is het voorkeursbeleid in de Nederlandse wetgeving gelijke behandeling door de wetgever alleen toegestaan voor vrouwen, personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep en personen met een handicap of chronische ziekte.

Tussenconclusie

3.19 De wetgeving gelijke behandeling biedt werkgevers, waaronder verzoekster, niet de mogelijkheid bij het aannemen van nieuw personeel bij gelijke geschiktheid de voorkeur te geven aan een homoseksuele kandidaat boven een heteroseksuele kandidaat (of vice versa). Dit geldt ook indien een werkgever ernaar streeft het personeelsbestand een goede afspiegeling te laten zijn van verzoeksters cliënten en de bevolking.

Ras

3.20 Een werkgever die in het kader van het aannamebeleid bij gelijke geschiktheid de voorkeur geeft aan een allochtone kandidaat boven een autochtone kandidaat handelt in beginsel in strijd met het verbod van onderscheid, zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, onderdelen a en c, AWGB. Op dit verbod bestaan enkele uitzonderingen. Voor zover deze uitzonderingen niet van toepassing zijn vanwege de rasbepaaldheid van de functie, kan worden bezien of het voorgestelde beleid voldoet aan de eisen van voorkeursbeleid.

Rasbepaaldheid

3.21 Er kan voor een werkgever aanleiding zijn personen van een bepaald ras te werven voor een functie, te weten in het geval een functie geheel of ten dele als “rasbepaald” kan worden aangemerkt. Op grond van artikel 2, vierde lid, onderdelen a en b, AWGB en artikel 2, aanhef en onderdelen a en b, Besluit gelijke behandeling (AWGB-Besluit) kan een functie als rasbepaald wordt aangemerkt

ingeval uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn dan wel indien het onderscheid betrekking heeft op uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon en vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend. In beide situaties geldt dat het doel legitiem dient te zijn en het vereiste evenredig aan dit doel. Uit de wetsgeschiedenis valt voorts op te maken dat primair is gedacht aan uiterlijke, fysieke kenmerken en niet aan sociologische kenmerken.

3.22 In eerdere oordelen aangaande het aantrekken van een Marokkaanse respectievelijke Turkse hulpverlener door een hulpverleningsinstelling heeft de Commissie het begrip rasbepaald strikt uitgelegd. Nu niet kon worden aangetoond dat de voorkeur voor een allochtone kandidaat samenhang met uiterlijke kenmerken wees de Commissie het beroep op de rasbepaaldheid van de functie af. De Commissie voegde hieraan toe “dat in deze opsomming van beroepsactiviteiten geen uitzondering is opgenomen, waarbij het is toegestaan om in verband met de hulpverlening aan cliënten van bepaalde etnische afkomst personen te werven die afkomstig zijn uit deze doelgroep” (CGB 25 april 1997, oordelen 1997-51/52).

Voorkeursbeleid

3.23 Voor zover het geven van voorrang aan allochtone kandidaten bij de aanname van nieuw personeel boven autochtone kandidaten samenhangt met de wens het personeel een goede afspiegeling te laten zijn van de cliënten en de bevolking, geldt dat verzoekster in beginsel een beroep kan doen op de mogelijkheid tot het voeren van voorkeursbeleid. Ingevolge artikel 2, derde lid, AWGB geldt het verbod van onderscheid namelijk 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.

3.24 Het is vaste oordelenlijn van de Commissie dat aan het voorkeursbeleid met betrekking tot ras zoveel als mogelijk wordt aangesloten bij de strenge toets die dient te worden gehanteerd bij de grond geslacht (zie onder meer CGB 31 maart 2004, oordeel 2004-36), met dat verschil dat de Commissie ook gehouden is aan de normen van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, in het bijzonder artikel 2, tweede lid, van dit Verdrag (CGB 19 april 1999, oordelen 1999-31/32).

3.25 Ter beoordeling van de achterstand die onderwerp van het voorkeursbeleid is, is van

belang dat de cijfers van verzoekster, van personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep die bij haar in dienst zijn, worden gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel in de regio van verzoekster. Nu uit de door verzoekster overgelegde stukken blijkt dat 10% van het personeelsbestand van verzoekster van allochtone afkomst is, terwijl in de regio Amsterdam het relevante arbeidspotentieel voor bijna 32% uit personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep bestaat, is sprake van een achterstand van personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep bij verzoekster.

3.26 Op grond van bovenstaande cijfers is gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel in (nagenoeg) dezelfde regio, sprake van een achterstand bij verzoekster van de groep die onderwerp is van haar voorkeursbeleid, te weten van personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep. Aangetoond moet zijn dat sprake is van een kwantitatieve achterstand van de groep die onderwerp is van voorkeursbeleid in de gehele organisatie, gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel, om voorkeursbeleid te kunnen legitimeren. Voor zover het betreft een voorkeur voor personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep binnen de gehele organisatie, is hieraan gelet op het voorgaande voldaan.

3.27 Met betrekking tot het tweede criterium als voorwaarde bij voorkeursbeleid dient te worden getoetst of de regeling waarborgt dat sollicitanten worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten. Indien beantwoording aan één of meer (niet discriminerende) criteria 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.

3.28 Hieromtrent is van belang dat verzoekster naar voren heeft gebracht dat zij de sollicitatiecode van de NVP hanteert. Dit houdt in dat elke sollicitant een eerlijke kans krijgt op aanstelling en dat kandidaten objectief worden getoetst aan het functieprofiel. Selectiecriteria en kwaliteitseisen worden niet verlaagd als gevolg van voorkeursbeleid. Kandidaten behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep krijgen alleen bij gelijke geschiktheid de voorkeur boven autochtone kandidaten. De Commissie is van mening dat verzoekster op grond van het voorgaande voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een objectieve beoordeling van alle kandidaten is gewaarborgd.

3.29 Het onderscheid dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. Uit dit vereiste vloeit

voort dat de voorkeursmaatregel gerechtvaardigd moet kunnen worden door de mate van achterstand. Daarbij dient de maatregel ook daadwerkelijk tot effect te kunnen hebben dat de achterstand in kwestie wordt verminderd of opgeheven (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 74). De wijze waarop verzoekster het voorkeursbeleid gestalte heeft gegeven wat betreft het streefcijfer, de selectieprocedure en de waarborgen waarmee het beleid is omkleed leidt – afgezet tegen de relatief hoge achterstand van de groep in kwestie – tot het oordeel dat aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan.

Tussenconclusie

3.30 Vanwege de strikte betekenis van het begrip rasbepaaldheid komt verzoekster geen beroep toe op de uitzonderingen van het AWGB-Besluit. Daarentegen voldoet het door verzoekster voorgestelde aannamebeleid met betrekking tot de grond ras aan de eisen die aan een voorkeursbeleid worden gesteld. Derhalve zal bij toepassing sprake zijn van een gerechtvaardigde uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van ras, op voorwaarde dat (de effecten van) dit beleid regelmatig worden geëvalueerd, onder meer met het oog op de eventuele voortzetting hiervan.

Handicap/Chronische ziekte

3.31 Een werkgever die in het kader van het aannamebeleid bij gelijke geschiktheid de voorkeur geeft aan een reïntegrerende kandidaat boven een niet-reïntegrerende kandidaat handelt, voor zover de term reïntegrerende kandidaat overeenkomt met de groep personen met een handicap of chronische ziekte, in beginsel in strijd met het verbod van onderscheid, zoals neergelegd in artikel 4, eerste lid, onderdelen a en b, Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Op dit verbod bestaan enkele uitzonderingen. Voor zover deze uitzonderingen niet van toepassing zijn vanwege de handicapgebondenheid van de beroepsactiviteiten, kan worden bezien of het voorgestelde beleid voldoet aan de eisen van voorkeursbeleid.

Handicapgebondenheid

3.32 Richtlijn 2000/78/EG laat lidstaten de mogelijkheid om vanwege 'wezenlijke functievereisten' onderscheid te maken vanwege handicap (artikel 4). Nederland heeft van deze mogelijkheid bij de omzetting van deze richtlijn geen gebruik gemaakt. De enige uitzondering die de WGBH/CZ laat betreft het maken van onderscheid dat noodzakelijk is vanwege de bescherming van de veiligheid en gezondheid (artikel 3, eerste lid, onderdeel a). Deze uitzondering biedt aanbieders van werk de mogelijkheid personen

met een handicap of chronische ziekte alsnog uit te sluiten van werk. Het biedt geen titel om voorkeur te geven aan kandidaten met een handicap of chronische ziekte.

Voorkeursbeleid

3.33 Voor zover het geven van voorrang aan reïntegrerende kandidaten bij de aanname van nieuw personeel samenhangt met de wens het personeel een goede afspiegeling te laten zijn van de cliënten en de bevolking, dan wel anderszins tot doel heeft de arbeidsparticipatie van leden van deze groep te vergroten, geldt dat in dezen de mogelijkheid bestaat tot het voeren van voorkeursbeleid, voor zover de term reïntegrerende kandidaat overeenkomt met de groep personen met een handicap of chronische ziekte.

3.34 Ingevolge artikel 3, eerste lid, onderdeel c, WGBH/CZ geldt het verbod van onderscheid niet indien het onderscheid tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel. Het toetsingskader dat geldt ten aanzien van vrouwen en personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep is ook van toepassing op de voornoemde bepaling. De wetgever heeft benadrukt dat het toetsingskader zoals dat voor de grond geslacht geldt, richtinggevend zal zijn voor het toetsingskader voor de grond handicap of chronische ziekte (Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 32).

3.35 Zoals de Commissie reeds heeft overwogen bestaat er nog geen jurisprudentie van het HvJ EG met betrekking tot voorkeursbeleid ten behoeve van andere gronden dan geslacht. Het is vaste oordeel van de Commissie dat aan het voorkeursbeleid met betrekking tot ras zoveel als mogelijk op gelijke wijze uitdrukking wordt gegeven als met betrekking tot geslacht. De Commissie zal ter zake van handicap en chronische ziekte dezelfde lijn volgen.

3.36 In de onderhavige zaak heeft verzoekster geen cijfers kunnen verstrekken over het beschikbare arbeidsaanbod. De Commissie is er, gebruikmakend van algemeen toegankelijke bronnen, ten dele in geslaagd het betreffende aanbod te bepalen. In het voorgestelde voorkeursbeleid kunnen de doelstellingen worden getoetst en bijgesteld aan de hand van statistische gegevens. De Commissie is derhalve van oordeel dat in dit geval ook het voorkeursbeleid voor personen met een handicap en/of chronische ziekte aan de hiervoor in 3.7 genoemde criteria dient te voldoen.

3.37 Verzoekster heeft naar voren gebracht dat zij een voorkeursbeleid wil voeren voor mensen die reïntegreren in het arbeidsproces. Hiermee bedoelt zij gehandicapten en chronisch zieken die – in de terminologie van de WIA – gedeeltelijk geschikt zijn. Waar mogelijk zal verzoekster voorzieningen treffen ter bevordering van de arbeidsgeschiktheid. Dit kunnen ook mensen zijn die bij de eigen werkgever als gevolg van hun ziekte niet meer in hun oorspronkelijke functie werkzaam zijn en waarvoor bij de eigen werkgever geen passende arbeid beschikbaar is. Reïntegrerende sollicitanten die aan de objectieve functie-eisen voldoen, worden uitgenodigd voor een gesprek. Bij gelijke geschiktheid geldt de voorkeur voor de reïntegrerende kandidaat.

3.38 Uit de door verzoekster overgelegde cijfers blijkt dat haar personeelsbestand voor bijna 10% bestaat uit medewerkers met een handicap of chronische ziekte. Ook bij deze groep geldt voor verzoekster dat alleen sollicitanten worden uitgenodigd voor een gesprek die aan de objectieve functie-eisen voldoen. Bij gelijke geschiktheid geldt de voorkeur voor de (reïntegrerende) kandidaat met een handicap of chronische ziekte.

3.39 In de regio Amsterdam is 13% tot 15% van de beroepsbevolking – volgens terminologie van de inmiddels ingetrokken Wet REA – ‘arbeidsgehandicapt’ (zie Monitor Arbeidsgehandicapten 2002 van februari 2004 dat het Centraal Bureau voor Statistiek samen met TNO Arbeid in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft uitgevoerd).

3.40 Op grond van bovenstaande cijfers kan worden vastgesteld dat, vergeleken met het arbeidsaanbod in de regio, bij verzoekster sprake is van een achterstand van de groep die onderwerp is van haar voorkeursbeleid, te weten personen met een handicap of chronische ziekte.

3.41 Met betrekking tot het criterium van de waarborg dat sollicitanten worden onderworpen aan een objectieve beoordeling, geldt hetzelfde als wat de Commissie met betrekking tot de grond ras heeft overwogen in overweging 3.28. De Commissie tekent daarbij aan dat zij ervan uitgaat – gelet op wat is bepaald in de sollicitatiecode van de NVP – dat niet-reïntegrerende kandidaten niet zijn uitgesloten van de mogelijkheid een sollicitatiegesprek te voeren. Het verdient aanbeveling deze veronderstelling vast te leggen in het beleid. Daarnaast wijst de Commissie erop dat mensen met een handicap of chronische ziekte niet per definitie gedeeltelijk arbeidsgeschikt zijn in de zin van de WIA of anderszins in een positie verkeren dat zij moeten reïntegreren. Door de doelgroep van voorkeursbeleid te beperken tot reïntegrerende gedeeltelijk geschikte personen met een handi-

cap of chronische ziekte dreigt verzoekster in strijd te handelen van het verbod van onderscheid in de WGBH/CZ, dat ook het maken van onderscheid vanwege een bepaalde handicap of chronische ziekte verbiedt.

3.42 Als derde criterium geldt ook hier dat het onderscheid in redelijke verhouding dient te staan tot het doel. Uit dit vereiste vloeit voort dat de voorkeursmaatregel gerechtvaardigd moet kunnen worden door de mate van achterstand. Daarbij dient de maatregel ook daadwerkelijk tot effect te kunnen hebben dat de achterstand in kwestie wordt verminderd of opgeheven. De wijze waarop verzoekster het voorkeursbeleid gestalte heeft gegeven en de waarborgen waarmee het beleid is omkleed leidt – afgezet tegen de achterstand van de groep in kwestie – tot het oordeel dat aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan.

Tussenconclusie

3.43 Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat verzoekster het geven van een voorkeur aan reïntegrerende kandidaten boven niet-reïntegrerende kandidaten in het kader van het aannamebeleid niet kan stelen op de handicapgebondenheid van de functies. Daarentegen kan verzoekster een beroep doen op de mogelijkheid tot het voeren van voorkeursbeleid ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte, mits niet beperkt tot reïntegrerende gedeeltelijk geschikte personen, en dit in overeenstemming is met de eisen die aan een dergelijk beleid worden gesteld. Geoordeeld wordt dat verzoekster in dit verband geen verboden onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte.

Leeftijd

3.44 Een werkgever die in het kader van het aannamebeleid bij gelijke geschiktheid de voorkeur geeft aan een jongere kandidaat boven een oudere kandidaat handelt in beginsel in strijd met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd, zoals neergelegd in artikel 3, aanhef en onderdelen a en c, Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Op dit verbod bestaan enkele uitzonderingen. Voor zover deze uitzonderingen niet van toepassing zijn vanwege het leeftijdsgebonden karakter van de beroepsactiviteiten kan worden bezien of het voorgestelde beleid voldoet aan de eisen van voorkeursbeleid dan wel of hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Leeftijdsgebonden

3.45 Richtlijn 2000/78/EG laat lidstaten de mogelijkheid om vanwege ‘wezenlijke functievereisten’ onderscheid te maken vanwege leeftijd (artikel 4).

Nederland heeft van deze mogelijkheid bij de omzetting van deze richtlijn geen gebruik gemaakt. De enige leeftijdsgebonden uitzonderingen die de WGBL laat (artikel 7, eerste lid, onderdelen a en b, artikel 8, tweede en derde lid en artikel 16) zien op specifieke situaties die niet zien op de voorliggende vraagstelling van verzoekster.

Voorkeursbeleid

3.46 Een dergelijk beleid kan ook niet worden gerechtvaardigd door het aan te merken als voorkeursbeleid. Zoals de Commissie in 3.6 heeft uiteengezet is het voorkeursbeleid in de Nederlandse wetgeving gelijke behandeling door de wetgever alleen toegestaan voor vrouwen, personen behorende tot een etnische of culturele minderheidsgroep en personen met een handicap of chronische ziekte. Bij de totstandkoming van de WGBL is nadrukkelijk bepaald dat er geen aanleiding was artikel 7, eerste lid, van Richtlijn 2000/78/EG te implementeren “nu van een structurele achterstandspositie van personen van een bepaalde leeftijd geen sprake is” (Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 8). Het niet toestaan van voorkeursbeleid impliceert dat het door verzoekster voorgestelde beleid gericht op het verkleinen van de achterstandspositie van jongeren dan wel het bewerkstelligen van een afspiegeling ook niet objectief gerechtvaardigd kan worden in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL, daar deze toets niet ziet op de beoordeling van voorkeursbeleid doch enkel ziet op direct en indirect onderscheid, inclusief de opdracht tot maken van onderscheid (art. 1 WGBL). Voorkeursbeleid is, zoals uit het bovenstaande blijkt, een aparte modaliteit van onderscheid waarvan de toelaatbaarheid aan de hand van eigen criteria moet worden beoordeeld.

Objectieve rechtvaardiging

3.47 Niettegenstaande het voorstaande is er in de voorliggende situatie aanleiding te bezien of het door verzoekster voorgestelde beleid objectief kan worden gerechtvaardigd. Van de zijde van verzoekster is immers betoogd dat de instroom van jonge medewerkers noodzakelijk is voor haar voortbestaan. De reden tot het maken van onderscheid is dan niet zozeer gelegen in het verkleinen van de achterstand van jongeren of het bewerkstelligen van een goede afspiegeling, doch het waarborgen van de continuïteit van de instelling. Dusdanig onderscheid kan niet worden gekwalificeerd als voorkeursbeleid, doch behelst een vorm van leeftijdsonderscheid waarvoor krachtens artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL een objectieve rechtvaardiging kan bestaan.

3.48 Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet, aan de hand van

door de partij die onderscheid maakt aan te leveren stellingen en bewijsstukken, 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 onderscheid geen strijd op met de gelijkbehandelingswetgeving.

3.49 De Commissie brengt in herinnering dat in de parlementaire geschiedenis is vermeld dat onderscheid op grond van leeftijd noodzakelijk kan zijn vanwege een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Er moet dan wel sprake zijn van een duidelijke relatie tussen het onderscheid en een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang en het onderscheid dient noodzakelijk te zijn. Continuïteit van een bedrijf of instelling kan als zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang worden gevat. Werving en selectie om te komen tot een meer evenwichtige leeftijdsopbouw, omdat de meerderheid van het personeel tegen de pensioengerechtigde leeftijd zit, ten behoeve van de continuïteit is daarbij expliciet genoemd (Kamerstukken II 2001/2002, 28 170, nr. 3, p. 34 en 35).

3.50 Uit hetgeen verzoekster naar voren heeft gebracht blijkt dat het gemaakte onderscheid ten doel heeft te bereiken dat haar personeelsbestand zodanig vorm krijgt dat haar continuïteit gewaarborgd blijft. Dit doel, waarborg van continuïteit, is niet discriminerend en beantwoordt aan een werkelijke behoefte van verzoekster. Het doel is derhalve legitiem.

3.51 Om dit doel te bereiken wil verzoekster een beleid met betrekking tot werving en selectie voeren waarbij bij gelijke geschiktheid de jongste kandidaat de voorkeur krijgt boven de oudere. Een dergelijk algemeen geformuleerd beleid is echter moeilijk te toetsen op zijn passendheid en noodzakelijkheid. Het is immers een algemeen bekend feit dat jonger personeel vaker, althans eerder, van baan wisselt dan oudere medewerkers. Het is bovendien zeer de vraag of het nodig is onderscheid te maken tussen bijvoorbeeld een 35-jarige en 48-jarige kandidaat om het beoogde doel te bereiken. In dit kader verwijst de Commissie naar haar advies met betrekking tot leeftijdsonderscheid in advertenties (zie CGB 1 december 2005, advies 2005-06, p. 19).

“Indien - in uitzonderlijke gevallen - een groot gedeelte van het personeel de pensioengerechtigde leeftijd nadert, kan aanvulling van het personeelsbestand met jongere kandidaten noodzakelijk zijn om de continuïteit te garanderen. Indien een groot gedeelte van het personeel gelijktijdig uit dienst treedt kan bepaalde kennis verloren gaan. Het doel - de continuïteit van het bedrijf garanderen - voorziet in dat geval in een zwaarwegend belang en beantwoordt aan een werkelijke behoefte. De vraag zal echter zijn of de werkgever, om dit doel te bereiken, gebaat is bij het aannemen van (zeer) jonge kandidaten. Mogelijk kunnen (iets) oudere werknemers - die nog ver verwijderd kunnen zijn van de pensioengerechtigde leeftijd - evenzeer of zelfs meer bijdragen aan dit doel. Uit gegevens over de arbeidsmobiliteit blijkt namelijk dat de arbeidsmobiliteit van jongere werknemers aanzienlijk groter is dan die van oudere werknemers. Werknemers tussen de 25 en 34 jaar wisselen twee keer zo vaak van baan als werknemers tussen de 45 en 54 jaar. Ook de functie, het opleidingsniveau en de bedrijfsgrootte spelen een rol bij de mate waarin werknemers arbeidsmobiel zijn. Het zal dus de vraag zijn of het aannemen van een jongere werknemer het gewenste effect zal hebben. Indien een werknemer van bijvoorbeeld 50 jaar nog 10 jaar in dienst blijft en een werknemer van 35 jaar maar 5 jaar, zal de oudere werknemer meer bijdragen aan de continuïteit dan de jongere werknemer. Het middel is in dat geval niet passend. Bovendien is er het alternatief om te vragen naar personeel dat van plan is lang in dienst te blijven.”

Tussenconclusie

3.52 Op grond van het vorenstaande heeft te gelden dat verzoekster geen beroep toekomt op het leeftijdsgebonden karakter van de beroepsuitoefening. Het beleid kan evenmin worden aangemerkt als gerechtvaardigd voorkeursbeleid, nu voorkeursbeleid met betrekking tot de grond leeftijd wettelijk niet is toegestaan. Voor zover dit beleid wordt ingegeven door het waarborgen van de continuïteit van verzoekster maakt zij, door het zonder meer uitvoeren van het conceptbeleidsplan, op dit punt verboden onderscheid waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de bij het uitvoeren van het conceptbeleidsplan:

- verboden onderscheid maakt op grond van geslacht, tenzij er sprake is van een geslachtsbepaalde functie;
- verboden onderscheid maakt op grond van seksuele gerichtheid;
- geen verboden onderscheid maakt op grond van ras;
- geen verboden onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte;
- verboden onderscheid maakt op grond van leeftijd.

2006-110

Regeling Collegegeld

1 Procesverloop

1.1 Verzoekster heeft de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit door aan haar een hoger collegegeld te vragen dan van studenten uit landen behorende tot de Europese Unie (EU) of de European Free Trade Association (EFTA). Verzoekster klaagt tevens dat verweerster haar een verplichte service fee heeft gevraagd die niet verplicht is voor EU/EFTA-studenten en dat hij de faciliteiten waarop de service fee betrekking heeft niet alle heeft geboden.

1.2 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Op 30 augustus 2005 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen.

1.3 Op 10 november 2005 hebben partijen hun standpunten ter zitting mondeling toegelicht.

1.4 De Commissie heeft naar aanleiding van het behandelde ter zitting besloten om de zaak aan te houden om advies in te winnen bij prof. mr. M. Scheltema en prof. mr. I.C. van der Vlies, beiden gespecialiseerd op het terrein van het bestuursrecht (hierna: de adviseurs). Zij hebben op 17 januari 2006 advies uitgebracht. Dit advies is aangehecht aan het oordeel. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld een reactie te geven op dit advies. Verweerster heeft hiervan gebruik gemaakt bij brief van 2 februari 2006. De Commissie heeft hierna het onderzoek gesloten.

2 Feiten

2.1 Verzoekster heeft de Amerikaanse nationaliteit.

2.2 Verweerster, een universiteit, verzorgt een tweejarige Master of Science course in Architecture aan de faculteit bouwkunde. Verzoekster is op 1 september 2003 gestart met deze opleiding.

2.3 Verweerster kent een Retributie en Inschrijvingsbeleid (RIB). Ingevolge dit beleid is verzoekster voor de opleiding verweerster jaarlijks collegegeld verschuldigd alsmede een service fee voor extra faciliteiten. In 2003/2004 bedroeg deze fee € 2.370,-. De service fee is verplicht voor buitenlandse studenten die niet de nationaliteit van

een EU/EFTA-land hebben, hierna de non-EU/EFTA-studenten. EU/EFTA-studenten hebben de keuze om de service fee te betalen en van de aangeboden voorzieningen gebruik te maken. Het collegegeld en de service fee zijn voor non-EU/EFTA-studenten met ingang van het academisch jaar 2004/2005 samengevoegd tot één bedrag.

2.4 Aangezien verzoekster geen EU/EFTA-student is, is zij een hoog collegegeld, het instellingscollegegeld III voor voltijdstudenten, verschuldigd. Ook is zij verplicht de service fee te betalen; in 2004/2005 maakte deze onlosmakelijk deel uit van het instellingscollegegeld.

2.5 In 2004 heeft verweerster € 600,- aan service fee teruggestort in verband met gebreken in de aangeboden faciliteiten.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 De Commissie zal buiten beschouwing laten de vraag of verweerster de faciliteiten waarop de servicefee betrekking heeft alle heeft geboden. Het al dan niet bieden van deze faciliteiten hangt op geen enkele wijze samen met de nationaliteit van verzoekster zodat ongeacht of deze faciliteiten zijn geboden er geen sprake kan zijn van verboden onderscheid.

3.2 In geding is of verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit door aan haar een hoger collegegeld te vragen dan aan EU/EFTA-studenten.

3.3 Artikel 7, eerste lid, onderdeel c, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, verbiedt het maken van onderscheid op grond van nationaliteit bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van onderwijs. Verweerster is een instelling op het gebied van onderwijs die goederen of diensten aanbiedt en valt derhalve onder het toepassingsbereik van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB.

3.4 Ingevolge artikel 1, aanhef en onderdeel a, AWGB wordt onder onderscheid verstaan direct en indirect onderscheid. Er is sprake van direct onderscheid wanneer er rechtstreeks wordt verwezen naar een beschermde grond, zoals nationaliteit. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden dat direct onderscheid tot gevolg heeft. Direct onderscheid op grond van nationaliteit is verboden, tenzij er een wettelijke uitzondering van toepassing is. Indirect onderscheid is verboden, tenzij dit objectief wordt gerechtvaardigd door een

legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Direct onderscheid op grond van nationaliteit

3.5 Paragraaf 5a van het RIB betreft de onderwijsretributies van verweerster. De paragraaf onderscheidt onder meer een wettelijk collegegeld en drie instellingstarieven (I, II en III) voor voltijdstudenten. In paragraaf 5b en 5c wordt vervolgens uitgewerkt welke studenten in welke tariefgroep vallen. Onderstaande tabel geeft een en ander weer:

Categorie Tarief 2003/04 Tarief 2004/05
Wettelijk collegegeld (geïndexeerd) voor studenten jonger dan 30 jaar afkomstig uit een EU/EFTA-land of een niet EU/EFTA-land mits studiefinanciering krachtens de Wet Studiefinanciering 2000 ontvangend. €1.445 €1.476.

Instellingscollegegeld I voor studenten op wie het wettelijk tarief niet van toepassing is, maar voor wie een van de in artikel 5a gespecificeerde uitzonderingen geldt, bijvoorbeeld vluchtelingenstudenten die een studietoelage van het UAF ontvangen. €1.445 €1.476

Instellingscollegegeld II voor studenten op wie het wettelijk tarief niet van toepassing is en voor wie geen uitzondering geldt ingevolge waarvan zij onder het instellingstarief I of III vallen. €1.965 €2.007

Instellingscollegegeld III voor voor non-EU/EFTA-studenten. €5.900* €8.150**

* Dit is exclusief een service fee van €2.370.

**Dit is inclusief een service fee.

3.6 Paragraaf 5a van het RIB maakt onderscheid op grond van nationaliteit. Dit blijkt onder meer uit het feit dat voor non-EU/EFTA-studenten een afzonderlijk instellingscollegegeld wordt vastgesteld. Dit onderscheid is voor de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving relevant als dit instellingscollegegeld wordt gevraagd voor hetzelfde onderwijsprogramma dat aan studenten uit de EU/EFTA, waaronder Nederlandse studenten wordt geboden.

3.7 Het verschil in collegegeld is volgens verweerster onder meer te verklaren door de extra kosten die hij maakt ten behoeve van buitenlandse studenten in vergelijking met die voor Nederlandse studenten omdat zij bijzondere faciliteiten behoeven, zoals het regelen van visa, huisvesting, bankrekening, sociale programma's, Summerschool en excursies. Dit verweer treft geen doel. Gelet op de hoogte van de service fee die voor deze faciliteiten tot en met het collegejaar 2003/2004 in rekening is gebracht en het ontbreken van enig aanknopingspunt dat de geboden service met ingang van het collegejaar 2004/2005 significant is uitgebreid, moet worden aangenomen dat het instellingscollegegeld ook hoger ligt voor non-EU/EFTA-studenten, indien de service fee buiten beschouwing wordt gelaten. Bovendien is van belang dat de non-EU/EFTA-studenten de extra faciliteiten verplicht dienen af te nemen, terwijl het anderen vrijstaat de hulp van verweerster in te roepen, al dan niet tegen betaling van een service fee.

3.8 Verweerster stelt voorts dat de non-EU/EFTA-studenten een andere opleiding krijgen dan de andere studenten. Hij biedt de non-EU/EFTA-studenten in het tweede jaar ook een Nederlandse masteropleiding in architectuur aan. Het verschil tussen de Nederlandse en internationale master is volgens verweerster vooral gelegen in het eerste jaar, dat er op gericht is het verschil in niveau van de internationale studenten – met name de ontwerpervaring – op te vangen. Er is extra formatieruimte vrijgemaakt voor onderwijs aan buitenlandse studenten en er is een coördinator aangesteld.

3.9 Verzoekster beaamt dat de Master of Science course in Architecture een internationaal programma zou moeten zijn, speciaal ontwikkeld voor buitenlandse studenten. Maar volgens verzoekster volgen buitenlandse studenten in het tweede jaar het Nederlandse programma. Indien bepaalde vakken alleen in het Nederlands gegeven worden, moeten de buitenlandse studenten een paper in het Engels schrijven. Desgevraagd heeft verweerster bevestigd dat het internationale programma in uren gelijk is aan het Nederlandse programma, dat beide programma's tot dezelfde titel leiden, namelijk master of science, en dat Nederlandse studenten het internationale programma kunnen volgen tegen het goedkopere tarief. Gelet hierop faalt het verweer dat non-EU/EFTA-studenten een andere opleiding krijgen dan de andere studenten.

3.10 Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat paragraaf 5a, b en c van het RIB direct onderscheid maakt naar nationaliteit.

3.11 Direct onderscheid op grond van nationaliteit is verboden, tenzij sprake is van een van de wettelijke uitzonderingen.

3.12 Direct onderscheid op grond van nationaliteit is verboden, tenzij sprake is van een van de wettelijke uitzonderingen.

Geen algemeen verbindend voorschrift

3.12 Volgens verweerster is de uitzondering van artikel 2, vijfde lid, onderdeel a, van de AWGB van toepassing, dat bepaalt dat het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van nationaliteit niet geldt indien het onderscheid is gebaseerd op onder meer algemeen verbindende voorschriften. Hieruit volgt dat de Commissie dient te beoordelen of de vaststelling van het instellingscollegegeld door verweerster is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift. De vraag

luit of het in paragraaf 5a, b en c van het RIB neergelegde verschil in collegegeld voor EU/EFTA-studenten en non-EU/EFTA-studenten is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift gelden de volgende overwegingen.

3.13 Verweerster meent dat het RIB niet berust op de algemene bestuursbevoegdheid van het College van Bestuur van verweerster, maar op de specifieke wettelijke grondslag van artikel 7.43 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Artikel 7.43 van de WHW betreft het collegegeld voor voltijdse opleidingen. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat er een wettelijk collegegeld is verschuldigd van €1.329,58 (dat jaarlijks geïndexeerd wordt wat heeft geleid tot een tarief van €1.445 in 2003/2004 en een tarief van €1.476 in 2004/2005) door voltijdstudenten aan een universiteit of hogeschool die jonger zijn dan 30 jaar, die de nationaliteit bezitten van een staat die partij is bij de Europese Economische Ruimte (EER) of die die nationaliteit niet bezitten, maar studiefinanciering krachtens de Wet Studiefinanciering 2000 ontvangen. Ingevolge het tweede lid zijn voltijdstudenten die niet onder het bereik van het eerste lid vallen een door het instellingsbestuur vast te stellen collegegeld verschuldigd van ten minste €1.329,58 (dat jaarlijks geïndexeerd wordt). Er is volgens verweerster dan ook geen sprake van een beleidsregel, omdat dan gebruik zou worden gemaakt van een bevoegdheid die het bestuursorgaan al heeft. Verweerster maakt echter met toepassing van artikel 7.43 WHW gebruik van een nog niet bestaande bevoegdheid.

Aan deze conclusie staat volgens verweerster niet in de weg dat hij de regeling de naam 'Retributie en inschrijvingsbeleid' heeft gegeven. Daarmee wordt weliswaar gesuggereerd dat sprake is van een beleidsregel, in plaats van een algemeen verbindend voorschrift. Hij heeft – naar eigen zeggen: kennelijk – aangeknoopt bij de in het dagelijks taalgebruik gangbare terminologie.

Verweerster stelt tenslotte dat volgens vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het hoger onderwijs (CHBO) de vaststelling van het instellingscollegegeld geschiedt bij algemeen verbindend voorschrift (onder meer CHBO, 23 maart 2005, CHBO 2004/055, r.o. 2.8 en CHBO, 10 februari 2004, CHBO 2003/032, r.o. 2.5).

3.14 De Commissie oordeelde eerder dat een uitvoeringsregeling van een instelling voor hoger onderwijs, waarin een hoger collegegeld was vastgesteld dan het wettelijk minimum – voor bepaalde studies en bepaalde groepen studenten – geen algemeen verbindend voorschrift is, maar een andersoortig besluit met algemeen karakter (CGB 14 oktober 2004, oordeel 2004-134).

3.15 De discrepantie tussen de uitspraken van het CHBO en het oordeel van de Commissie is aanleiding geweest voor de Commissie om deskundigen over deze kwestie om advies te vragen (zie overweging 1.4). De adviseurs komen tot de conclusie dat het onderscheid in artikel 5a, b en c van het RIB is gebaseerd op een besluit van algemene strekking dat niet als een algemeen verbindend voorschrift is aan te merken. De motivering luidt kort weergegeven als volgt.

Artikel 7.43 WHW bepaalt voor een aantal gevallen de hoogte van het collegegeld en geeft voor de overige gevallen het instellingsbestuur de opdracht de hoogte van het collegegeld vast te stellen. Een universitaire regeling waarin de hoogte van het collegegeld wordt vastgesteld kan niet worden gezien als een beslissing die een zelfstandige norm bevat. Collegegeld is immers al verschuldigd op basis van

artikel 7.32 en 7.42 WHW. De bevoegdheid van het instellingsbestuur om de hoogte van het instellingscollegegeld vast te stellen, geeft slechts een nadere invulling aan de al bestaande, algemeen verbindende norm dat een student collegegeld is verschuldigd. Daarom kan paragraaf 5a van het RIB niet worden gezien als een algemeen verbindend voorschrift, maar als een bestuurlijke maatregel of concretiserend besluit.

Paragraaf 5b en 5c van het RIB ten slotte, zijn een nadere uitwerking van paragraaf 5a van het RIB en kunnen dan ook niet los worden gezien van de tariefstelling zelf in paragraaf 5a. Zij kunnen worden gezien als onderdeel van de bestuurlijke maatregel (concretiserend besluit) die de vaststelling van het instellingscollegegeld inhoudt.

3.16 De Commissie neemt deze conclusie en de motivering over. Op grond hiervan komt de Commissie tot het oordeel dat het bepaalde in artikel 2, vijfde lid, AWGB niet van toepassing is.

3.17 Verweerster is van mening dat het in artikel 7.43 WHW gemaakte verschil tussen EU/EER-studenten en non-EU/EER-studenten zinloos is, indien het voor verweerster niet mogelijk zou zijn om het collegegeld voor buitenlandse studenten te verhogen boven het bedrag dat niet- buitenlandse studenten verschuldigd zijn. De Commissie kan verweerster hierin niet volgen. Uit niets blijkt dat de wetgever verweerster niet gebonden heeft willen achten aan artikel 7 AWGB. Voorts ziet verweerster over het hoofd dat het gebod van gelijke behandeling alleen van toepassing is. Indien en voor zover studenten van verschillende nationaliteit hetzelfde onderwijsprogramma wordt geboden.

3.18 Nu verweerster direct onderscheid maakt naar nationaliteit jegens verzoekster en nu de uitzondering van artikel 2, vijfde lid, onderdeel a, van

de AWGB niet geldt, maakt verweerster verboden onderscheid op grond van nationaliteit jegens verzoekster door aan haar een hoger collegegeld te vragen dan aan EU/EFTA-studenten.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat jegens verboden onderscheid maakt op grond van nationaliteit door aan haar een hoger collegegeld te vragen dan aan EU/EFTA-studenten.

Aldus gegeven te Utrecht op 24 mei 2006 door mr. A.G. Castermans, voorzitter, mr. A.B. Terlouw en mr. dr. L.M.M. Mulder, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. F. Wegman, secretaris.

Noot door: prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1. Dit is een onbegrijpelijk en onjuist oordeel. De centrale vraag in deze zaak is of het college van bestuur van de Technische Universiteit Delft (TUD) jegens een Amerikaanse studente verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit door aan haar een hoger collegegeld te vragen dan aan studenten afkomstig van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER). In confesso is, dat de bejegening door de TUD direct onderscheid oplevert. Direct onderscheid naar nationaliteit is verboden, tenzij het is gebaseerd – zoals het hier relevante art. 2, vijfde lid, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) onder meer bepaalt – op algemeen verbindende voorschriften. De Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) concludeert dat de TUD verboden onderscheid maakt, omdat het niet is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift. Ik meen dat juist het omgekeerde het geval is, de toepasselijke norm is wel degelijk neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift, namelijk artikel 7.43, tweede lid, in combinatie te bezien met het eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW).

2. De Commissie heeft het verkeerde uitgangspunt gekozen. Op grond van dit verkeerde uitgangspunt is advies gevraagd aan de professoren bestuursrecht Scheltema en Van der Vlies. Het rechtsgeleerd advies heeft overigens niet alleen op deze zaak betrekking. Ook bij de zaak, vastgelegd in oordeel 2006-111, is dit advies betrokken. Helaas moet worden vastgesteld dat in de onderhavige zaak het advies, dat rechtstreeks aan overweging 3.15 ten grondslag ligt, volkomen aan zijn doel voorbij schiet. Men concentreert zich daarin op de universitaire regeling Retributie- en inschrijvingsbeleid. In een vrij uitvoerig, en niet altijd even inzicht-

lijk betoog gaat men nader in op de vraag of en op welke onderdelen deze regeling algemeen verbindende voorschriften bevat. Het advies hoeft voor dit oordeel niet nader besproken te worden, want mist betekenis. Immers, niet de universitaire regeling maar de wet had hier in het vizier moeten staan. Niettemin zal er hieronder op terug worden gekomen, als het op deze zaak gelijkende oordeel 2006-111 kort wordt besproken.

3. Artikel 2, vijfde lid, AWGB luidt: “Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van nationaliteit geldt niet: a. indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht, en b. in gevallen waarin de nationaliteit bepalend is.” De bepaling is er bij de zesde Nota van Wijziging ingekomen (*Kamerstukken II 1992/1993*, 22 014, nr. 36). In de toelichting bij deze Nota van Wijziging wordt opgemerkt: ‘Evenmin is er sprake van discriminatie, indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften (welke reeds op grond van artikel 1 van de Grondwet daarmee in overeenstemming behoren te zijn) of internationaal recht.’ Intrigerend is de tussen haakjes geplaatste zin. Mijs inziens wordt daarmee gerefereerd aan de legitimerende werking van algemeen verbindende voorschriften (a.v.v.) voor ter zake te maken onderscheid, nu de a.v.v. de toets aan het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod van de Grondwet moeten hebben doorstaan. Art. 2, vijfde lid, AWGB is pas later in het voorstel opgenomen, omdat er enerzijds behoefte bestond aan de zelfstandige bescherming van nationaliteit, maar er anderzijds aanvankelijke aarzelingen waren over de reikwijdte ervan nu beperkingen op het verbod van onderscheid naar nationaliteit niet kunnen worden gemist. Zoals voormalig minister Dales van Binnenlandse Zaken opmerkte: ‘Met het wetsvoorstel is primair aansluiting gezocht bij artikel 1 van de Grondwet. Nationaliteit wordt niet in artikel 1 van de Grondwet genoemd. Sterker, in artikel 2 van de Grondwet wordt de basis gelegd voor wetgeving waarin onderscheid naar nationaliteit wordt gemaakt’, (zie *Handelingen II*, 10 februari 1993, p. 47-3503).

4. In artikel 7.43 WHW is de regel vastgelegd dat bij het in rekening brengen van collegegeld aan studenten het instellingsbestuur onderscheid kan maken tussen EER-studenten en niet-EER-studenten. Voor EER-studenten geldt het wettelijke tarief aan collegegeld. Bij niet-EER-studenten moet minstens het wettelijk tarief, maar kan een hoger bedrag aan collegegeld in rekening worden gebracht. De norm die het maken van onderscheid naar nationaliteit toelaat, is aldus klip en klaar in de wet, in een algemeen verbindend voorschrift, vastgelegd. De wet scheidt met andere woorden de bevoegdheid voor hogeronderwijsinstellingen om

onderscheid naar nationaliteit te maken. In de lijn van de toelichting bij art. 2, vijfde lid, kan men stellen dat de toets aan artikel 1 Grondwet met betrekking tot het te maken onderscheid naar nationaliteit reeds door de (onderwijs)wetgever is gemaakt. De TUD voert de wettelijke norm slechts uit.

5. Waar gaat het mis? De Commissie lijkt zich bij deze kwestie te richten op het uitgangspunt van art. 7.43 WHW dat aan de besturen van universiteiten en hogescholen beleidsvrijheid toekomt bij het daadwerkelijk aan niet-EER-studenten in rekening brengen van collegegeld. Uit het onderhavige oordeel valt niet af te leiden wat de logische achtergrond is van deze benadering. Daarvoor moeten we terug naar het oordeel in een gelijksoortige zaak van CGB 14 oktober 2004, 2004-134. Daarin wordt in overweging 5.5 het volgende opgemerkt: “De enkele wettelijke opdracht tot het vaststellen van instellingscollegegeld brengt niet mee dat er sprake is van een algemeen verbindend voorschrift. Gelet op het feit dat de wet voorziet in een wettelijk minimum is er veeleer sprake van een opdracht tot het voeren van een beleid. Artikel 7.43 lid 2 WHW laat verweerder de ruimte het instellingscollegegeld (..) op een hoger bedrag vast te stellen dan het wettelijk vastgestelde. Verweerder is hiertoe niet verplicht, laat staan dat zij bij het gebruik van de haar gegeven bevoegdheid zou dienen te differentiëren naar studie of nationaliteit”. De Commissie leidt hieruit af dat er bij de praktijk van het heffen van hoger collegegeld geen sprake is van een algemeen verbindend voorschrift, maar van andere regels van algemene aard. “Verweerder (in casu de Rijksuniversiteit Groningen, PZ) heeft haar bevoegdheid aldus geïnterpreteerd dat zij niet alleen bevoegd is een hoger instellingscollegegeld vast te stellen dan het wettelijk minimum, maar ook te differentiëren naar gelang studie en nationaliteit. Sommige universiteiten doen dit niet. De universiteit van Leiden bijvoorbeeld hanteert als criterium niet de nationaliteit van de student, maar wel onder meer de taal waarin de opleiding wordt gegeven en de kosten die daarmee samenhangen. Afhankelijk daarvan wordt een toeslag op het wettelijk collegegeld geheven. Het gaat hierbij naar het oordeel van de Commissie om beleidsregels.”

6. Beslissend is dat, zo tracht ik de redenering van de Commissie uit 2004 te volgen, de instelling een zelfstandige norm stelt bij het beleid ten aanzien van niet-EER-studenten. Immers, omdat de instelling niet wettelijk verplicht is om een hoger instellingscollegegeld vast te stellen, scheidt zij door aldus te doen een zelfstandig nieuw rechtsfeit, terwijl de daarvoor legitimerende norm – zoals art. 2, vijfde lid, AWGB eist – niet in een algemeen verbindend voorschrift is vastgelegd. Ook in het onderhavige oordeel wordt tot de slotsom geko-

men dat er geen algemeen verbindend voorschrift aan de orde is. Het is dan wel heel verwarrend dat daarvoor het argument wordt aangevoerd, zoals in overweging 3.15 van het onderhavige oordeel gebeurt, dat de universitaire regeling waarin de hoogte van het collegegeld wordt vastgesteld “niet kan worden gezien als een beslissing die een zelfstandige norm bevat”. Het is, dunkt mij, van tweeën één: óf de onderscheidmakende norm wordt gecreëerd met de universitaire regeling, óf de onderscheidmakende norm maakt deel uit van de wet, het algemeen verbindend voorschrift, waardoor deze in de universitaire regeling een onzelfstandig karakter heeft.

7. In wezen heeft de CGB met dit oordeel de wet zelf getoetst. Dat is in strijd met het uitgangspunt dat het ‘eenzijdig overheids-handelen’ buiten haar toetsingsbevoegdheid valt. Zie ook mijn bijdrage, getiteld: ‘Moet de CGB al het eenzijdig overheids-handelen toetsen?’, elders in dit boek.

8. Het maken van (indirect) onderscheid naar nationaliteit van studenten is ook het onderwerp van oordeel 2006-111. Maar het betreft een wezenlijk andere zaak. De TUD weigert iemand van de Britse nationaliteit die zijn bacheloropleiding in Belfast heeft gedaan, de toegang tot de Delftse Master of Science course in Computer Science omdat zijn grade point average (gpa: het gemiddelde van de cijferlijst van de bachelor) beneden de vereiste 75% ligt. Volgens art. 7.30a WHW kan het bestuur van de universiteit ten aanzien van degene die niet in het bezit is van een diploma van een direct aan de betreffende master gerelateerde bacheloropleiding van dezelfde instelling, nadere toelatingseisen stellen in het Onderwijs- en Examenreglement (OER) als bedoeld in art. 7.13 WHW. De wettelijke norm heeft dus in het algemeen betrekking op een ieder die niet aan dezelfde instelling een bachelor heeft gedaan, zoals hogeschoolstudenten en studenten van andere universiteiten in binnen- en buitenland. In de universitaire regeling Retributie- en inschrijvingsbeleid wordt echter een bijzondere, zelfstandige eis geformuleerd ten aanzien van bezitters van buitenlandse bachelordiploma's. Het gpa dient minimaal 75 procent van de maximaal te behalen aantal punten te bedragen. Daarnaast worden aanvullende eisen gesteld voor studenten van wie het Engels niet de moedertaal is. De Commissie oordeelt dat de eis zich in de meeste gevallen zal richten tot studenten met een niet-Nederlandse nationaliteit, en acht indirect onderscheid naar nationaliteit aanwezig. Zij acht het doel van de gpa-eis op zichzelf legitiem, maar de eis zelf disproportioneel omdat zij uniform is en niet differentieert tussen verschillende groepen van buitenlanders, terwijl dat met een minder ver- gaand middel – bijvoorbeeld een toelatingsexamen – gemakkelijk is te ondervangen. Uiteindelijk

komt men dan toe aan de vraag of de eis zijn grond vindt in een a.v.v. Men concludeert met een verwijzing naar het advies van Scheltema en Van der Vlies dat de universitaire regeling op dit onderdeel niet kan worden aangemerkt als een a.v.v., zodat de uitzondering op het verbod van onderscheid naar nationaliteit van art. 2, vijfde lid, AWGB niet opgaat.

9. In het advies wordt tot de conclusie gekomen dat de regel over het grade point average niet is vervat in een a.v.v. Dit hangt samen met de constatering dat de eis niet voorkomt, zoals de wet eist, in het OER en de universitaire regeling Retributie- en inschrijvingsbeleid niet als een zelfstandige grondslag voor deze regel kan en mag worden aangemerkt naast of in plaats van het OER. In het licht van art. 7.30a WHW is deze conclusie niet helemaal onbegrijpelijk: door niets te regelen in het OER hieromtrent, is voor het maken van onderscheid ter zake geen bevoegdheid geconstitueerd. Dat het OER in het advies als een a.v.v. wordt betiteld, is voor de situatie van de TUD – een publiekrechtelijke instelling – nog wel te volgen, hoewel onduidelijk blijft of de WHW dat zo bedoeld heeft. Men kan stellen dat het in dat geval gaat om een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat is belast met een bevoegdheid tot regelgeving. Artikel 7.13 WHW bevat immers de term 'regeling'. Het standpunt van een a.v.v. is evenwel moeilijk hard te maken in het geval het gaat om het bestuur van een privaatrechtelijke instelling dat een OER vaststelt. Dat geldt nagenoeg voor alle hogescholen, de Vrije Universiteit, de Universiteit van Tilburg en de Radboud Universiteit. Uit ABRS 21 december 2005, zaaknr. 200502560/1, LJN: AU8466, *School en Wet*, februari 2006, p. 34 e.v. m.n. P.W.A. Huisman (Hogeschool Zuyd) kan men afleiden dat de rechtsverhouding tussen de student en de bijzondere instelling, inclusief het OER, gekwalificeerd moet worden als privaatrechtelijk. De betrekkelijke toevalligheid van de privaatrechtelijke rechtsvorm van het bestuur van een instelling kan er aldus de oorzaak van zijn dat geen algemene uitzondering op het maken van onderscheid naar nationaliteit mogelijk is, terwijl dit bij de openbare instelling wel zo is. Dit is niet een bevredigende stand van zaken.

2006-152

Hypothecaire lening voor migranten

1 Procesverloop

1.1 Verzoeker heeft de Commissie verzocht te beoordelen of verweerster jegens hem verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit door zijn hypotheekaanvraag af te wijzen omdat hij slechts in het bezit is van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Verweerster heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

1.2 De Commissie heeft kennis genomen van het verzoek en het verweer van partijen en van de overige door hen ingediende stukken. Op 23 mei 2006 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

2 Feiten

2.1 Verzoeker heeft de Marokkaanse nationaliteit. Sedert enkele jaren wonen verzoeker en zijn echtgenote, met wie hij reeds jaren is gehuwd, in Nederland. De echtgenote van verzoeker heeft de Spaanse nationaliteit. Verzoeker beschikt over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd regulier voor verblijf bij echtgenote.

2.2 Verzoeker en zijn echtgenote zijn beiden werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Omdat het inkomen van de echtgenote van verzoeker onvoldoende was voor de door hen gewenste hypothecaire financiering, hebben verzoeker en zijn echtgenote gezamenlijk via een hypotheekadviseur een hypotheekaanvraag ingediend bij verweerster, een financiële instelling. Verweerster heeft hun hypotheekaanvraag afgewezen en hen dat bij brief van 26 oktober 2004 kenbaar gemaakt.

2.3 Verzoeker en zijn echtgenote hebben verweerster om uitleg gevraagd over deze afwijzing van hun aanvraag. Verweerster heeft op 21 november 2005 een schriftelijke toelichting gegeven op de afwijzing. Verweerster heeft de hypotheekaanvraag getoetst aan het acceptatiebeleid en afgewezen, omdat verzoeker slechts over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd beschikt. Verweerster vermeldt voorts in de brief van 26 oktober 2004 dat voor aanvragers die ingezetenen zijn van de EU en korter dan vijf jaar in Nederland zijn als voorwaarde voor het verkrijgen van hypothecaire financiering geldt dat een EU-identiteitskaart wordt overgelegd. Voor niet EU-ingezetenen die korter dan vijf jaar in Nederland zijn, is een voorwaarde dat

een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd wordt overgelegd.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 In geding is de vraag of verweerster onderscheid maakt op grond van nationaliteit door de hypotheekaanvraag van verzoeker en zijn echtgenote af te wijzen omdat verzoeker slechts beschikt over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd.

3.2 Artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de AWGB verbiedt, in samenhang met artikel 1 AWGB, het maken van onderscheid op grond van nationaliteit bij het aanbieden van goederen en diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten terzake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of een bedrijf. Het weigeren om een overeenkomst terzake aan te gaan, valt volgens vaste oordelenlijn van de Commissie onder de reikwijdte van deze bepaling.

3.3 Verweerster heeft haar acceptatiebeleid toegelicht en toegespitst op de afwijzing van de aanvraag van verzoeker. Verweerster verstrekt hypothecaire geldleningen aan kopers van een woning of aan hen die al een eigen woning bezitten, waarbij het onderpand is bestemd voor eigen bewoning. Bij de beoordeling van een aanvraag geldt als uitgangspunt dat de juridische looptijd van een overeenkomst tot hypothecaire financiering in beginsel dertig jaar is. De beoordeling is daarom gericht op de vraag of de aanvrager in staat is gedurende (een aanmerkelijk deel van) de juridische looptijd aan zijn verplichtingen te voldoen. In dit verband is de hoogte en de bestendigheid van het inkomen van de aanvrager van belang. Indien de aanvrager is aangewezen op inkomen uit arbeid en indien hij niet de nationaliteit bezit van een land dat lid is van de EU en slechts in het bezit is van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, wordt zijn hypotheekaanvraag afgewezen.

3.4 Onder direct onderscheid op grond van nationaliteit wordt in dit geval verstaan onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar de nationaliteit van verzoeker.

Het staat vast dat verweerster de hypotheekaanvraag heeft afgewezen omdat verzoeker slechts in het bezit was van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Zij stelt in dit verband de eis dat een aanvrager, kort gezegd, aanspraak heeft op permanent verblijf in Nederland. Aangezien ook mensen met een niet-Nederlandse nationaliteit aan deze eis kunnen voldoen, heeft verweerster bij de afwijzing niet rechtstreeks verwezen naar verzoekers nationaliteit. In dezelfde zin is geoordeeld in onder meer CGB 13 juni 2006, oordeel 2006-121 en CGB 26 maart 2002, oordeel 2002-29.

Verweerster heeft derhalve geen direct onderscheid op grond van nationaliteit gemaakt.

3.5 Indirect onderscheid op grond van nationaliteit is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan nationaliteit dat onderscheid op grond van nationaliteit tot gevolg heeft. De eis dat een aanvrager aanspraak heeft op permanent verblijf in Nederland treft onder meer de houders van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd in Nederland. Houders van een dergelijke vergunning hebben per definitie niet de Nederlandse nationaliteit. Verweerster maakt derhalve indirect onderscheid op grond van nationaliteit.

3.6 Het maken van indirect onderscheid kan zijn gerechtvaardigd. Of er 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 wordt gehanteerd om dit doel te bereiken. Het doel dient te beantwoorden aan een werkelijke behoefte en niet discriminerend te zijn en het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het beoogde doel te bereiken, en noodzakelijk indien het in evenredige verhouding staat ten opzichte van het doel en hetzelfde doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot verboden onderscheid. Pas als aan al deze criteria is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijke behandelingswetgeving. Verweerster dient feiten en omstandigheden aan te voeren en zo nodig te bewijzen, waaruit is af te leiden dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Het is aan de verwerende partij om te bewijzen dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging dan wel dat er anderszins geen sprake is van strijd met de wetgeving gelijke behandeling.

3.7 Met het beleid dat aanvragen voor een hypothecaire financiering worden afgewezen indien de aanvrager geen aanspraak heeft op permanent verblijf in Nederland, heeft verweerster twee doelen. Enerzijds wenst verweerster het financiële risico dat zij loopt bij het aangaan van een hypothecaire geldleenovereenkomst te beperken. Anderzijds dient zij te voldoen aan haar zorgplicht op grond van artikel 51 van de Wet financiële dienstverlening. Dit houdt in dat zij de aanvrager dient te beschermen door erop toe te zien dat de financiële risico's voor hem beheersbaar en aanvaardbaar zijn. De Commissie stelt vast dat beide doelen beantwoorden aan een werkelijke behoefte en niet discriminerend zijn.

3.8 Als middel om deze doelen te bereiken hanteert verweerster een acceptatiebeleid, inhoudend dat aanvragen worden geweigerd indien de aanvrager niet de nationaliteit heeft van een EU-land en

slechts beschikt over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. De achtergrond van deze eis is dat wie in het bezit is van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, het risico loopt dat hij na ommekomst van een aantal jaren Nederland dient te verlaten en dan niet langer in Nederland kan werken. Daarmee bestaat het risico dat de aanvrager niet gedurende een aanmerkelijk deel van de juridische looptijd van een hypothecaire lening aan zijn verplichtingen voldoet, op grond waarvan verweerster het niet verantwoord acht de aanvraag te honoreren. Verweerster heeft aangegeven dit risico, ongeacht de omvang ervan, te willen uitsluiten.

3.9 Verweerster heeft geen cijfers overgelegd waaruit blijkt dat het in overweging 3.8 geschetste risico, mede in vergelijking tot andere risico's dat niet aan de betalingsverplichting zal kunnen worden voldaan, bijvoorbeeld in het geval van echtscheiding, zodanig is dat er aanleiding is dit in alle gevallen uit te sluiten. Bezitters van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd mogen immers doorgaans in Nederland blijven. Zo blijkt uit jaarresultaten van de Immigratie- en naturalisatiedienst dat in 2004 en 2005 meer dan 97% van de bijna honderdduizend aanvragen voor een verlenging van een tijdelijke verblijfsvergunning (regulier) is gehonoreerd (uit: De IND belicht, Jaarresultaten van de IND, p. 4). Deze cijfers zijn temeer relevant omdat de voorwaarden voor het verlenen van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd niet verschillen van die voor verlenging van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd (artikel 18 en 21 van de Vreemdelingenwet), afgezien van de voorwaarden dat de eerste vergunning slechts wordt verleend indien de aanvrager tenminste vijf jaren in het bezit is geweest van de tweede vergunning. In het geval van verzoeker en zijn echtgenote is dit risico zelfs verwaarloosbaar, nu beiden hun verblijfsrecht vanwege de Spaanse nationaliteit van verzoekers echtgenote rechtsreeks onlenen aan het EG-recht (vergelijk artikel 7 Richtlijn 2004/38 van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, waaraan de lidstaten voor 30 april 2006 moeten voldoen blijkens artikel 40 van de Richtlijn), terwijl dit verblijfsrecht indien zij langer dan vijf jaar in Nederland verblijven zelfs een permanent verblijfsrecht is (artikel 16 van genoemde Richtlijn).

3.10 De Commissie heeft bovendien al eerder geoordeeld dat het uitsluiten van houders van een verblijfsdocument voor bepaalde duur zonder nader onderzoek naar de daaraan ten grondslag liggende verblijfstitel of andere relevante omstandigheden een verboden indirect onderscheid op grond van nationaliteit kan opleveren (CGB 26 maart 2002, oordeel 2002-39). Verblijfsvergun-

ningen worden immers op verschillende gronden en in verband daarmee onder verschillende beperkingen verleend. De waarschijnlijkheid dat uiteindelijk een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd wordt verleend, hangt mede af van die gronden en beperkingen. Dit geldt voor het onderhavige geval in het bijzonder, omdat hoewel verzoeker kennelijk in het bezit is van verblijfsvergunning onder de beperking “verblijf bij echtgenote”, zijn echtgenote, een EU-onderdaan met wie hij al vele jaren is gehuwd, terwijl beiden een arbeidsovereenkomst hebben voor onbepaalde tijd. Nu verzoeker voldoet aan het vereiste dat hij ten minste drie jaar is gehuwd, waarvan ten minste een jaar in het gastland, kan op grond van artikel 13 van de in overweging 3.9 genoemde Richtlijn 2004/38 maar ook op grond van artikel 3:51 van het Vreemdelingenbesluit worden aangenomen dat verzoekers verblijfsrecht in Nederland niet langer afhankelijk is van zijn band met zijn echtgenote. Gelet hierop heeft verweerster niet aannemelijk gemaakt dat verzoeker vanwege de aard van zijn verblijfsdocument een groter financieel risico vormt dan aanvragers met de Nederlandse nationaliteit of van een van de andere EU-landen, danwel houders van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, die ook allen het land kunnen verlaten. De Commissie is derhalve van oordeel dat niet op voorhand kan worden aangenomen dat het risico dat verzoeker niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen mede wordt bepaald door de aard van zijn verblijfsvergunning. De Commissie acht in dit verband van belang de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin het Hof het onderscheid tussen verblijfstitels voor bepaalde en onbepaalde tijd onvoldoende vond om een verschil in behandeling te rechtvaardigen. Het Hof refereerde hierbij aan overwegingen van het Duitse Constitutionele Hof dat een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd onvoldoende grond vormt om de verblijfsduur in Duitsland te voorspellen (EHRM 25 oktober 2005, Niedzwiecki t. Duitsland, EHRC 2005, 121 (m.nt. J.H. Gerards & F.M.J. den Houdijker), JV 2006, 1 (m.nt. P.E. Minderhout)).

3.11 De voorwaarde dat een aanvrager die niet de nationaliteit bezit van een EU-land niet slechts over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd in Nederland mag beschikken, is derhalve te grofmazig om te kunnen dienen als middel ter beperking van het bedrijfsrisico. De Commissie wijst erop dat op grond van artikel 21, eerste lid, Vw (in geval van een verblijfsvergunning regulier) en artikel 34 Vw (in geval van een verblijfsvergunning asiel) een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd slechts wordt verleend indien de aanvrager gedurende vijf jaar in het bezit is geweest van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, ongeacht de grond waarop of de beperking waaronder de verblijfsvergunning is verleend. Het beleid van verweerster leidt

er daarom toe dat een niet EU-burger in alle gevallen – ongeacht de verwachtingen over de al dan niet permanente aard van zijn verblijf en ongeacht de hoogte van zijn inkomen – de eerste vijf jaar van zijn verblijf in Nederland niet in aanmerking komt voor een hypothecaire financiering door verweerster. Verweerster sluit hierdoor een groep potentiële klanten uit die geen of hooguit een gering verhoogd risico vormen.

3.12 Op grond van bovenstaande concludeert de Commissie dat het middel niet passend is. Het onderscheid is daarom niet- objectief gerechtvaardigd. De Commissie is van oordeel dat het uitsluiten van houders van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd zonder nader onderzoek naar de daaraan ten grondslag liggende verblijfstitel of andere relevante omstandigheden tot verboden indirect onderscheid op grond van nationaliteit leidt.

3.13 De Commissie gaat voorbij aan verweersters beroep op de voorwaarden van de Nationale Hypotheek Garantie (NHG), die een soortgelijke bepaling bevatten omtrent het accepteren van een hypotheekaanvraag van een aanvrager met een tijdelijke verblijfsvergunning. Uit de stukken blijkt niet dat verzoeker een beroep op de NHG heeft willen doen. Zelfs indien dat de bedoeling van verweerster zou zijn, ontslaan de voorwaarden van de NHG verweerster niet van haar eigen verantwoordelijkheid en beleidsvrijheid om aanvragen individueel te toetsen. Gelet evenwel op de omstandigheid dat verweerster in voorkomende gevallen ook aanvragen om een NHG beoordeelt en om die reden de acceptatievoorwaarden van verweerster en de NHG – zoals verweerster ter zitting heeft toegelicht – zeer verwant zijn, beveelt de Commissie verweerster aan om in overleg te treden met . . . die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de NHG, om te komen tot wijziging van de voorwaarden van de NHG op een manier die zich verdraagt met artikel 7 AWGB.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . jegens . . . indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit, waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat.

5 Aanbeveling

De Commissie beveelt verweerster aan om in overleg te treden met . . . om te komen tot wijziging van de voorwaarden van de Nationale Hypotheekgarantie op een manier die zich verdraagt met artikel 7 AWGB.

Noot door: mr. D.C. Houtzager

1. Wie geen hypotheek kan krijgen, hoeft zich ook geen zorgen te maken over de vraag of de rente fiscaal aftrekbaar blijft. Dat is wellicht het enige lichtpuntje als een bank je aanvraag voor een hypotheek afwijst.

Het oordeel betreft een man met de Marokkaanse nationaliteit, die met zijn echtgenote een hypotheek wil afsluiten bij een bank. De man verblijft in Nederland op basis van zijn huwelijk met een Spaanse vrouw, die hier verblijft op grond van het EU-recht. Ze voldoen aan de financiële voorwaarden voor het aangaan van de hypotheekverplichting, maar de bank weigert de lening te verstrekken. De aanvraag voldoet niet aan de eis in de acceptatievoorwaarden van de bank, aangezien de man over een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd beschikt. Volgens de voorwaarden wordt een hypothecaire financiering alleen verstrekt aan personen die in het bezit zijn van een vergunning tot verblijf voor onbepaalde tijd.

Volgens de bank bestaat het risico dat aanvragers die slechts beschikken over een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd na ommekomst van die bepaalde tijd het land verlaten, zonder dat zij aan hun betalingsverplichtingen hebben voldaan. In haar verweer brengt de bank twee argumenten naar voren, die volgens haar voortvloeien uit de Wet financiële dienstverlening (Wfd). In de eerste plaats beperkt zij haar eigen risico en ten tweede dient zij er op grond van art. 51 Wfd op toe te zien dat de financiële risico's voor de klant beheersbaar en aanvaardbaar zijn. Om beide risico's uit te sluiten, accepteert de bank dergelijke vergunningen niet.

2. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelt dat hier sprake is van indirect onderscheid naar nationaliteit. De beide doelen die met de voorwaarden worden nagestreefd zijn niet discriminerend. Echter, het door de bank gekozen middel, namelijk het uitsluiten van iedereen met een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd, is volgens de Commissie niet passend. Uit cijfers van de Immigratie- en Naturalisatiedienst die de CGB aanhaalt, blijkt dat 97% van de aanvragen voor een verlenging van een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd, ingewilligd wordt. Het risico dat een houder van zo'n vergunning het land moet verlaten is daarom laag. Het is niet aannemelijk dat een groter financieel risico bestaat dan bij Nederlanders, EU-onderdanen of houders een vergunning tot verblijf voor onbepaalde tijd, die immers ook ieder moment het land kunnen verlaten. Daarmee ontbreekt een objectieve rechtvaardiging en is er sprake van ongeoorloofd onderscheid.

3. Met dit oordeel volgt de Commissie de eerder ingezette jurisprudentielijn. Het alleen wijzen op

het tijdelijke karakter van een vergunning tot verblijf als reden voor het weigeren van een hypotheeklening is onvoldoende of, in de woorden van de Commissie, het is een te grofmazig middel, om passend te zijn voor het doel dat wordt nagestreefd. Zowel in zaken waar het financiële dienstverleners (bijv. oordeel 2002-29, inzake kredietfaciliteit) als waar het andere diensten betrof (bijv. oordeel 2006-259, inzake mobiele telefonie) stelde de Commissie ongeoorloofd indirect onderscheid vast.

De consequentie van deze oordelenlijn is dat hypotheekverstrekkers en andere financiers er verstandig aan doen om, naast de toetsing van de gebruikelijke risico's zoals financiële positie en staat van het onderpand, niet alleen sec te letten op de soort verblijfsvergunning, maar om ook na te gaan of de kans aannemelijk is dat de aanvrager langer in Nederland zal blijven. Voor banken of verzekeraars zal het niet doenlijk zijn om in ieder apart geval een op de persoon toegesneden onderzoek uit te voeren; zij doen er verstandiger aan om de standaardvoorwaarden aan te passen.

Opvallend is de positie van de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (SWEW) in dit opzicht. Deze stichting is door de overheid in het leven geroepen met het doel toe te zien op de toekenning van de Nationale Hypotheekgarantie (NHG). De SWEW heeft voor de toekenning van een NHG-garantie haar 'Voorwaarden en Normen' opgesteld. In die voorwaarden wordt als uitsluitend criterium eveneens het bezitten van een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd gehanteerd. In de onderhavige zaak verweert de bank zich met een verwijzing naar die voorwaarden. De Commissie gaat daaraan voorbij en wijst de bank er op dat zij een eigen verantwoordelijkheid heeft om aanvragen individueel te toetsen. Dat lijkt mij terecht. Banken zijn niet verplicht om dezelfde voorwaarden als de SWEW toe te passen. De Commissie heeft in deze zaak geen bevoegdheid om zelf de SWEW te verzoeken om de NHG-voorwaarden aan te passen, maar beveelt de bank aan om hierover met de SWEW in overleg te gaan.

4. Financiële dienstverleners hebben zich het laatste jaar in de speciale belangstelling van de CGB mogen verheugen. Naar aanleiding van signalen dat de voorwaarden die financiers hanteren nadelig kunnen uitpakken voor mensen met een migratieachtergrond heeft de CGB een onderzoek uit eigen beweging uitgevoerd (*Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus. Een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypothecair financiers*. Utrecht: Commissie Gelijke Behandeling 2006). Dit onderzoek begon voordat de AWGB in 2005 gewijzigd werd (*Kamerstukken II 2004/05, 29 311*). Bij de wetswijziging werd bepaald dat de CGB niet langer een gehele sector aan een onderzoek

uit eigen beweging hoeft te onderwerpen; zo'n onderzoek kan dan enkele bedrijven omvatten. Bij dit onderzoek betrof de Commissie nog de gehele hypotheeksector.

Hoewel zowel bij de CGB zelf als bij andere klachtinstanties, zoals de Anti-Discriminatie Bureaus, weinig klachten binnenkwamen, waren er toch aanwijzingen dat financiers de praktijk van *redlining* toepasten (zie bijvoorbeeld: M. Aalbers: *Redlining in Nederland. Oorzaken en gevolgen van uitsluiting op de hypotheekmarkt*, Amsterdam: Aksant 2003). *Redlining* is het aanwijzen van een bepaald gebied, vaak een postcodegebied in een van de grotere steden, waar geen hypotheekleningen worden verstrekt of waar andere voorwaarden voor bepaalde financiële diensten gelden. In veel gevallen betreft het gebieden waar het gemiddelde inkomen laag is en waar niet-westerse allochtonen oververtegenwoordigd zijn. Blijkens het onderzoek van Aalbers weigeren financiële instellingen soms mensen uit een wijk waar veel etnische minderheden wonen een lening te verstrekken, omdat zij er geen vertrouwen in hebben dat deze mensen hun schuld kunnen inlossen. In zijn proefschrift (*Who's afraid of red, yellow and green*, UvA 2006) heeft Aalbers deze thesis verder uitgewerkt. Zie ook de bijdrage van Rodrigues en Van Walsum elders in deze bundel.

Een effect van dergelijk restrictief of uitsluitend acceptatiebeleid is dat het eigenwoningbezit onder niet-westerse allochtonen bemoeilijkt wordt. Dit belemmert de opwaartse dynamiek van minderheden en kan uiteindelijk negatieve effecten hebben op de leefbaarheid van oude wijken. Dit staat haaks op overheidsdoelstellingen voor doorstroming op de woningmarkt en integratie van minderheden.

Het CGB-onderzoek omvatte naast *redlining* ook de praktijk van het uitsluiten van aanvragers op grond van hun verblijfsstatus, waar ook sprake van was in het besproken oordeel. Het onderzoek toont aan dat een aantal banken en verzekeraars de voorwaarden hanteren die in het besproken oordeel aan de orde zijn: het weigeren van een hypotheeklening aan personen die een vergunning tot verblijf voor bepaalde tijd hebben of nog niet een minimaal aantal jaren in Nederland verblijven. De conclusie van de CGB op beide punten is dat van direct onderscheid geen sprake is, maar dat de voorwaarden zowel wat betreft de uitsluiting op grond van verblijfsstatus als het hanteren van postcode leiden tot indirect onderscheid naar nationaliteit en ras. Hoewel het doel van de voorwaarden, namelijk het beperken van het financiële risico, niet discriminerend is, acht de CGB het toegepaste middel niet noodzakelijk en niet geschikt. Er zijn andere, meer op de zaak toegesneden voorwaarden beschikbaar die niet leiden tot indirect onderscheid. Dergelijke voorwaarden worden al door andere financiers toegepast.

De Commissie heeft aanbevelingen gedaan aan de onderzochte financiers, wat moet leiden tot een betere inrichting van de hypotheekvoorwaarden. Zowel de SWEW als het Contactorgaan Hypothecair Financiers, de brancheorganisatie, hebben een begin gemaakt met het aanpassen van de standaardvoorwaarden.

5. De uitkomsten van dit onderzoek tonen aan dat het werk van de Commissie een breed effect kan hebben. Daar waar bij het oordeel over een individuele zaak vaak alleen een oplossing in dat specifieke geval wordt bereikt, kan met een onderzoek uit eigen beweging worden bereikt dat gelijke behandeling voor een grote groep gerealiseerd wordt. De wetwijziging uit 2005 maakt het instrument van een onderzoek uit eigen beweging nog beter inzetbaar. Tijdens de parlementaire behandeling van de wijziging werd de zorg geuit dat een dergelijk onderzoek stigmatiserend zou kunnen zijn voor het betrokken bedrijf of de betrokken bedrijven. Als de Commissie het voorkomen van stigmatisering als nadrukkelijke randvoorwaarde hanteert, kunnen deze onderzoeken in de toekomst een doeltreffende aanvulling zijn op de bevoegdheid om in individuele zaken een oordeel te geven.

6. Ten slotte nog even terug naar het oordeel. De betrokkenen hebben zich in dit geval tot de Commissie gewend. Hadden ze een alternatieve (kosteloze) rechtsgang gehad? Bij geschillen met een bank staat ook de weg open naar de Geschillencommissie. Bij de Stichting Geschillencommissie zijn op het terrein van financiële diensten twee commissies actief: die over bankzaken en die over hypothecaire financieringen. De Geschillencommissies zijn opgericht om geschillen tussen consumenten en ondernemers op een goedkope, snelle en eenvoudige manier uit de wereld te helpen. Klachten over ongelijke behandeling en discriminatie komen echter vrijwel nooit bij de geschillencommissie terecht. In de enkele zaak over een kredietfaciliteit die wel werd behandeld, overwoog de Geschillencommissie dat zij 'niet bevoegd is tot het in behandeling nemen van klachten ten aanzien van discriminerend handelen van de bank in het algemeen'. Consumenten worden ter zake van deze klacht gewezen op het bestaan van de Commissie Gelijke Behandeling. De vordering van consumenten wordt afgewezen. (www.geschillencommissie.nl; uitspraak ongedateerd).

Nu de Geschillencommissie zich niet bevoegd acht in gelijkebehandelingszaken, is het voor consumenten zinvol om een oordeel aan de CGB te vragen.

2006-154

Kerkgenootschap en geestelijk ambt

1 Procesverloop

1.1 Verzoeker heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat door hem niet opnieuw in te schrijven voor door verweerster aangeboden onderwijs, omdat hij ongehuwd samenwoont met een vrouw.

1.2 Verweerster erkent dat zij onderscheid maakt, mede op grond van burgerlijke staat, maar geeft primair aan dat de wetgeving gelijke behandeling niet op haar van toepassing is, omdat zij een instituut is van een kerkgenootschap. Subsidiair beroept verweerster zich op de uitzonderingsbepaling van de wetgeving gelijke behandeling voor instellingen van bijzonder onderwijs.

1.3 De Commissie heeft op 16 mei 2006 zitting gehouden, waarbij partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

2 Feiten

2.1 Verzoeker volgde in het cursusjaar 2004/2005 de propedeuse voor een theologische opleiding bij verweerster, een christelijke instelling voor hoger onderwijs op evangelisch-charismatische grondslag. Verzoeker woont sinds oktober 2005 ongehuwd samen met een vrouw.

2.2 Verweerster leidt mannen en vrouwen op tot voorganger, evangelist, zendeling, pastoraal of diaconaal werker en godsdienstleraar. Zij is het opleidingsinstituut van de Verenigde Pinkster- en Evangeliegemeenten (VPE). Zij staat daarnaast ten dienste van alle pinkstergemeenten, volle evangeliegemeenten, evangeliegemeenten en andere zich hiermee verwant voelende kerkelijke gemeenschappen of organisaties. Ingevolge haar statuten stelt verweerster zich ten doel mensen op te leiden voor de dienst in Gods Koninkrijk. Als grondslag heeft verweerster de Bijbel als Gods onfeilbaar woord en Jezus Christus als de enige weg tot zaligheid, een en ander zoals nader omschreven in de statuten van de VPE.

2.3 Verweerster is krachtens haar statuten een instituut van het kerkgenootschap van de VPE en een stichting als bedoeld in titel 6 Boek 2 van het BW.

2.4 Het bestuur van verweerster is een stichtingsraad. De leden van de stichtingsraad worden

benoemd door de algemene vergadering van de VPE op voordracht van de stichtingsraad, welke voordracht is goedgekeurd door het algemeen bestuur van de VPE. De leden van de stichtingsraad kunnen, na goedkeuring of bekrachtiging door de algemene vergadering van de VPE, worden geschorst en ontslagen door het algemeen bestuur van de VPE. De directeur wordt benoemd bij gezamenlijk besluit van de stichtingsraad en het algemeen bestuur van de VPE. De adjunct-directeur en de overige stafleden worden op advies van de directeur benoemd door de stichtingsraad. Alle voornoemde functionarissen dienen ingevolge de statuten van verweerster de grondslag van verweerster en de geloofsbasis van de VPE volledig te onderschrijven en moeten lid zijn van een bij de VPE aangesloten gemeente of het persoonlijk lidmaatschap van de VPE bezitten.

2.5 Ingevolge het studentenstatuut dient “het blijvende Woord van God, de Bijbel, van richtinggevend betekenis te zijn in elk aspect van het leven”. Verweerster is gericht op christenen uit pinkster- en volle evangeliegemeenten, maar staat open voor iedere toegewijde christen, mits deze openstaat voor charismatische geloofsbeleving. Bij de charismatische geloofsbeleving wordt grote nadruk gelegd op de gaven van de Heilige Geest, waarbij het onder andere gaat om bovennatuurlijke gaven zoals het spreken in tongen en het functioneren van andere geestesgaven in de levens van gelovigen.

2.6 Het verzoek tot toelating aan verweersters opleiding vindt plaats door middel van een aanmeldingsformulier waarbij het onderwerp identiteit en overtuiging expliciet aan de orde komt. Bij de toelating wordt door verweerster een onderzoek gedaan onder andere tijdens een toelatingsgesprek. Daarbij wordt gezien of een kandidaat past binnen de identiteit van de opleiding en of hij instemt met de confessionele basis en doelstellingen van verweerster. Een kandidaat erkent met het tekenen van het aanmeldingsformulier de doelstellingen en de identiteit van verweerster.

2.7 Het studentenstatuut van verweerster stipuleert dat verweerster zich het recht voorbehoudt om inschrijving te weigeren dan wel in te trekken, indien de voornoemde overtuiging niet of niet langer wordt onderschreven.

2.8 Verzoeker heeft op 21 juli 2005 een evaluatiegesprek van het propedeusejaar gehad met de directeur van verweerster. In dit gesprek deelde verzoeker de directeur mee dat hij het volgende jaar een andere studie bij een andere onderwijsinstelling wilde volgen en dat hij zich niet meer kon identificeren met verweerster. Tevens hebben partijen tijdens deze bijeenkomst gesproken over een aantal tentamens die verzoeker nog af moest leg-

gen ter behaling van het propedeusediploma.

2.9 Verzoeker heeft zich vervolgens uitgeschreven bij verweerster en is met ingang van het cursusjaar 2005/2006 begonnen met een studie HBO-rechten bij een andere onderwijsinstelling.

2.10 Op 2 september 2005 heeft verweerster met verzoeker een gesprek gehad over een mogelijke herinschrijving. Aanleiding voor dit verzoek vormde de omstandigheid dat verzoeker nog vier vakken bij verweerster diende te behalen ter verkrijging van zijn propedeusediploma. Verweerster heeft verzoeker toen meegedeeld dat het voorgenomen plan van verzoeker om ongehuwd te gaan samenwonen in de weg stond aan herinschrijving bij verweerster.

2.11 Verweerster heeft verzoeker bij brief van 4 oktober 2005 onder andere het volgende meegedeeld:

“Wij leiden mensen op voor leidinggevende posities in pinkster- en evangeliegemeenten. Binnen de pinkster- en evangeliegemeenten leven strikte opvattingen rondom huwelijk en seksualiteit die gebaseerd zijn op de Bijbel. Het huwelijk wordt gezien als een door God ingestelde verbintenis voor het leven tussen man en vrouw. Een verbintenis die voor God en getuigen wordt gesloten. Slechts binnen deze veilige kaders van het huwelijk krijgt seksuele gemeenschap een rechtmatige plaats. Ongehuwd samenwonen wordt gezien als strijdig met de in de Bijbel neergelegde regelgeving. Om de grondslag en doelstellingen van [de hogeschool] te verwezenlijken is het noodzakelijk dat [de hogeschool] normen stelt die overeenkomen met bovengenoemde opvattingen. Hieruit volgt dat wij van studenten verlangen te leven overeenkomstig de genoemde opvattingen in pinkster- en evangeliegemeenten rondom seksualiteit en huwelijk.”

2.12 Verzoeker heeft in reactie hierop bij brief van 24 november 2005 verweerster onder andere meegedeeld dat hij de opvatting van verweerster over seksuele gemeenschap binnen het huwelijk niet deelt en niet kan leven volgens de opvattingen van pinkster- en evangeliegemeenten rondom seksualiteit en huwelijk. Verzoeker meent dat zijn levensvisie in eerste instantie niet is gebaseerd op de Bijbel, maar op zijn eigen geweten en visie der dingen.

2.13 Verzoeker heeft desgevraagd ter zitting meegedeeld dat hij de grondslag en identiteit van verweerster niet meer volledig kan onderschrijven. Hij kan de grondslag en identiteit wel respecteren, maar niet accepteren voor zijn manier van geloven en leven.

3 Beoordeling van het verzoek

Bevoegdheid

3.1 Allereerst is in geding of de Commissie de bevoegdheid toekomt over de door verzoeker voorgelegde zaak te oordelen.

3.2 Verweerster betwist de bevoegdheid van de Commissie en heeft daartoe aangevoerd dat de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel a, niet van toepassing is op rechtsverhoudingen tussen haar en (gewezen) studenten. Deze bepaling luidt als volgt: “Deze wet is niet van toepassing op:

a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag.” De Commissie begrijpt uit het verweer van verweerster, dat het voorliggende verzoek haars inziens tevens raakt aan onderdeel b van genoemd artikel. Ingevolge het aldaar bepaalde is de AWGB evenmin van toepassing op het geestelijke ambt, waaronder begrepen – aldus de wetsgeschiedenis – opleidingen met een zuiver godsdienstige functie (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 77 en Kamerstukken II 1991/92, 22014, nr. 10, p. 30). De Commissie zal het verzoek derhalve aan artikel 3, aanhef en onderdelen a en b, AWGB in samenhang toetsen.

3.3 Ter onderbouwing van haar stelling dat artikel 3 AWGB op de voorliggende situatie van toepassing is, en de Commissie derhalve onbevoegd is tot het onderzoeken van de zaak en het geven van een oordeel hierover, heeft verweerster naar voren gebracht dat zij, mede gelet op haar statuten, een instituut is van een kerkgenootschap. Zij dient derhalve te worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel dan wel een ander genootschap op geestelijke grondslag, in de zin van artikel 3, onderdeel a, AWGB.

3.4 Verzoeker betwist dat voornoemd artikel van toepassing is op verweerster, omdat zij valt onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en de studenten van verweerster in aanmerking komen voor studiefinanciering. Voorts staat verweerster niet alleen open voor christenen die zijn aangesloten bij de VPE, maar voor iedere toegewijde christen, mits hij openstaat voor charismatische geloofsbeleving. Met haar verbod op ongehuwd samenwonen maakt verweerster volgens verzoeker tevens inbreuk op het recht op privacy van studenten.

3.5 De Commissie overweegt omtrent het voorgaande als volgt. De wetgever heeft, mede gelet op het beginsel van scheiding tussen kerk en staat, door middel van

artikel 3 AWGB getracht evenwicht aan te brengen tussen de werking van de in de AWGB besloten liggende gelijkebehandelingsnormen en het respect voor de vrijheid van godsdienst, meer in het bijzonder de kerkelijke autonomie. Ingevolge deze afbakening zijn de gelijkebehandelingsnormen niet van toepassing verklaard op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en daarmee vergelijkbare organisaties (onderdeel a) alsmede op (de opleiding tot en de kwalificaties voor) het geestelijk ambt (onderdeel b). Artikel 3 AWGB omvat daarmee een wettelijke uitzondering op het verbod van onderscheid.

3.6 In verband hiermee roept de Commissie allereerst in herinnering dat uitzonderingen op het verbod van onderscheid volgens vaste rechtspraak restrictief dienen te worden uitgelegd (vgl. HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (Johnston), Jur. 1986, p. 1651 en HvJ EG 11 januari 2000, zaak C-285/98 (Kreil), Jur. 2000, p. I-69, NJ 2000, 302). Dit ter voorkoming dat dit verbod, mede gelet op het achterliggende doel (het voorkomen van uitsluiting), in het maatschappelijk leven haar betekenis verliest. Tegelijkertijd beoogt de AWGB ruimte te bieden aan pluriformiteit, waaronder godsdienstige diversiteit, en daartoe de noodzakelijke randvoorwaarden te waarborgen.

3.7 De wetgever heeft met artikel 3 AWGB gedoeld op aangelegenheden die rechtstreeks verband houden met de belijden van de religieuslevensbeschouwelijke overtuiging (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 8). Naast rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen en andere genootschappen op geestelijke grondslag (onderdeel a), ziet artikel 3 op (intern)kerkelijke aangelegenheden aangaande het geestelijk ambt, waaronder de kwalificaties voor de vervulling van geestelijke ambten en daartoe benodigde opleidingen (onderdeel b).

3.8 Hieruit volgt dat de in de AWGB besloten liggende gelijkebehandelingsnormen integraal van toepassing zijn op andere dan (intern)kerkelijke rechtsverhoudingen, zoals bedoeld in artikel 3, onderdeel a, AWGB, en op andere dan (intern)kerkelijke aangelegenheden aangaande de kwalificaties voor de vervulling van geestelijke ambten en daartoe benodigde opleidingen, zoals bedoeld in artikel 3, onderdeel b, AWGB. Dit geldt bijvoorbeeld voor situaties waarin een genootschap op gelijke voet met anderen – dus buiten het eigen verband – in het maatschappelijk verkeer optreedt (Kamerstukken II 1990/91, nr. 3, 22 014, p. 7). Volgens de wetgeschiedenis geldt de in artikel 3 AWGB besloten liggende uitzondering dan ook niet met betrekking tot de functies van schoonmaker, tuinman en glazenwasser. Er is dan weliswaar sprake van een rechtsbetrekking met

een kerkgenoot, maar niet van een rechtsverhouding binnen een kerkgenootschap (Kamerstukken II 1991/92, 22014, nr. 5, p. 76). De wet biedt, ook in de bewoordingen van artikel 2:2, tweede lid, BW, derhalve geen ruimte voor een dergelijk ruime uitleg van het beginsel van kerkelijke autonomie (vgl. US Court of Appeals of the Third Circuit 24 mei 2006, Petruska v. Gannon Univerisy et al., No. 05-1222). De vraag of het maken van onderscheid vanwege de identiteit van een instelling kan worden gerechtvaardigd, dient dan in voorkomende gevallen te worden beoordeeld aan de hand van het in de artikelen 5 en 7 AWGB neergelegde toetsingskader.

Het eerste wetsartikel heeft betrekking op het terrein van de arbeid. Artikel 7 AWGB, waarop verzoeker zich beroept, verbiedt onder andere het maken van onderscheid bij de toelating van en de deelname aan onderwijs (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 8).

3.9 Of verweerster in de voorliggende situatie met succes een beroep kan doen op een van de in artikel 3 AWGB neergelegde uitzonderingen is derhalve afhankelijk van de vraag of zij kan worden aangemerkt als zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap en/of de door haar verzorgde opleiding opleidt voor een zuiver godsdienstige functie. Deze vragen laten zich, zoals in het navolgende zal worden aangegeven, op basis van de wetgeschiedenis en de bestaande jurisprudentie niet aanstonds eenduidig beantwoorden.

(Zelfstandig onderdeel van een) kerkgenootschap

3.10 Het begrip kerkgenootschap is tijdens de wordingsgeschiedenis van de AWGB omschreven als “een organisatie van aangeslotenen welke zich de gemeenschappelijke godsverering van de aangeslotenen op de grondslag van de gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt en welke als kerkgenootschap wil gelden. (...)” (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 76). Bij de formulering van dit artikel is terminologisch aangesloten bij het hierboven aangehaalde artikel 2:2, tweede lid, BW (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 15), dat handelt over de rechtspersoonlijkheid van kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen.

3.11 Ten aanzien van de VPE geldt dat zij in artikel I van haar statuten worden aangemerkt als een kerkgenootschap met die naam. De geloofsovertuiging van de VPE is neergelegd in een Verklaring die voorafgaat aan de statuten. Het kerkgenootschap is de fusie van de “Broederschap van Pinkstergemeenten in Nederland” en het “Kerkgenootschap van Volle Evangelie Gemeenten Nederland.” In artikel II van de statu-

ten wordt bepaald dat VPE een gemeenschap is waarin plaatselijke gemeenten en persoonlijke leden, te weten: voorgangers, predikanten, zendingen en andere geestelijke werkers, elkaar ontmoeten. Gelet op het voorgaande en hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB blijkens de geciteerde passage uit de memorie van antwoord naar voren is gekomen, stelt de Commissie vast dat de VPE een kerkgenootschap is, in de zin van artikel 3 AWGB.

3.12 Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR) kan pas worden gesproken van een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap indien er een verband is tussen het doel van een kerkgenootschap en de activiteiten van een zelfstandig onderdeel (HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173). Voorts is nodig dat een kerkgenootschap een zelfstandig onderdeel als zodanig erkent en sprake is van enige religiositeit binnen de uitvoering van de organisatie van het zelfstandig onderdeel (HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 392).

3.13 De Commissie heeft in het verleden geoordeeld dat de statutaire regels van een kerkgenootschap alsmede de bestuurlijke verhoudingen die er zijn tussen een kerkgenootschap en het onderdeel van belang zijn om een organisatie als een onderdeel van een kerkgenootschap te kunnen aanmerken (CGB 12 februari 1998, oordeel 1998-10). Om te bepalen of een instelling aanspraak kan maken op de status van zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap, en derhalve buiten de reikwijdte van de AWGB valt, is echter niet zonder meer beslissend dat de instelling zichzelf als zodanig beschouwt dan wel als zodanig wordt aangemerkt. Deze opvatting heeft de minister tijdens de behandeling van de Vaststellingwet van Boek 2 BW ook expliciet verworpen. De HR heeft in zijn arrest van 30 oktober 1987 (NJ 1988, 392) onder meer geoordeeld dat niet als onderdeel van een kerkgenootschap kan worden aangemerkt een instelling die door dat kerkgenootschap zelf niet als onderdeel wordt beschouwd. Dit oordeel is, mede gelet op het voorgaande, niet simpelweg omkeerbaar. Evenmin is voldoende dat het betreffende kerkgenootschap de instelling als zodanig erkent. De erkenning door het kerkgenootschap is weliswaar een noodzakelijke, doch niet een voldoende voorwaarde om als zelfstandig onderdeel van dat kerkgenootschap te kunnen gelden. Daartoe dient, volgens vaste oordelenlijnen van de Commissie, ook te worden gekeken naar het godsdienstige of levensbeschouwelijke karakter van de instelling (CGB 13 augustus 2002, oordelen 2002-111 en 2002-113).

3.14 De Commissie stelt vast dat in de statuten van verweerster is beschreven dat zij een instituut is van de VPE. De Commissie heeft voorts geconsta-

teerd dat de VPE verweerster erkent als een onderdeel van haar kerkgenootschap. In artikel II van de statuten van de VPE is voorts bepaald dat de VPE instituten en organisaties voor het geven van onderwijs kent en deze als "Afdelingen" worden aangeduid. Deze Afdelingen zijn - binnen de algemene beleidslijnen bepaald door de VPE - zelf verantwoordelijk voor hun beleid, doch leggen daarvan wel verantwoording af aan het algemeen bestuur en de algemene vergadering. Blijkens artikel VII van de statuten van de VPE maakt de directeur van de deel uit van het algemeen bestuur van de VPE.

3.15 De Commissie constateert voorts dat verweerster niet alleen statutair (vgl. 2.4), maar ook anderszins nauw is vervlochten met de VPE. Zo is een besluit tot wijziging van de statuten van verweerster en tot opheffing van de stichting afhankelijk van de goedkeuring van de algemene vergadering van de VPE (art. 10 lid 1), terwijl in geval van liquidatie een eventueel batig saldo ten goede komt aan de VPE. In het verlengde hiervan wordt de relatie van verweerster met de VPE in het studentenstatuut onderstreept. Daarin wordt expliciet gesproken van de geloofsbasis van verweerster, een eis die bij de inschrijving van de aspirant-student door middel van het inschrijfformulier en het toelatingsgesprek expliciet wordt nagegaan. Ter zitting heeft verweerster uiteengezet dat ze door middel van tussentijdsgesprekken met de studenten nagaat of zij zich aan de regels houden. Mocht dat niet het geval zijn en als de twijfel over de identiteit en de grondslag van de school niet een onderdeel is van de door de school geaccepteerde zoektocht in het kader van hun opleiding, maar er sprake is van een keuze van een student dat zij of hij zich niet langer herkennen in de identiteit en de grondslag van de school, dan behoudt de school zich het recht voor de inschrijving te beëindigen.

3.16 De Commissie concludeert op basis van het bovenstaande dat verweerster moet worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap van de VPE. De omstandigheid dat verweerster (tevens) valt onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en dat studenten van verweerster in aanmerking komen voor studiefinanciering, doet aan het voorgaande niet af, nu dit alles niet impliceert dat geen sprake kan zijn van een (zelfstandig onderdeel van een) kerkgenootschap. Ten overvloedige geldt dat de hogeschool zelf niet wordt gefinancierd door de overheid. Zij verkrijgt haar inkomen met name uit collegegelden en giften. De VPE zorgt mede, door middel van speciale collectes vier keer per jaar, voor het werk van de afdelingen van de VPE waaronder verweerster valt.

(Intern)kerkelijke aangelegenheden

3.17 Met betrekking tot de vraag of het toelatingsbeleid van de opleiding, meer in het bijzonder het stellen van de eis dat studenten de identiteit van verweerster onderschrijven, kan worden aangemerkt als (intern)kerkelijke aangelegenheden overweegt de Commissie als volgt.

3.18 De wetgever heeft, zoals hierboven opgemerkt, met artikel 3 AWGB bedoeld op aangelegenheden die rechtstreeks verband houden met de belijdenis van de religieus-levensbeschouwelijke overtuiging (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 8). In het verlengde hiervan is in de wetgeschiedenis onderscheid gemaakt tussen rechtsverhouding binnen een kerkgenootschap, in welk geval artikel 3 van toepassing is, en rechtsverhoudingen met een kerkgenootschap, in welk geval dit artikel toepassing mist en eventueel kan worden getoetst aan de elders in de AWGB neergelegde uitzonderingsbepalingen.

Van de zijde van verweerster is gemotiveerd aangevoerd dat haar toelatingsbeleid onlosmakelijk is verbonden met het doel en de grondslag van de instelling, die – zoals zojuist is vastgesteld – moet worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap. Het onderschrijven van de identiteit van verweerster en het voldoen aan de eisen en consequenties die voortvloeien uit de identiteit en de grondslag van de instelling zijn statutaire voorwaarden om toegelaten te kunnen worden respectievelijk om ingeschreven te kunnen blijven zijn.

3.19 Of verweerster door het stellen van deze eisen, meer in het bijzonder het hanteren van een verbod van ongehuwd samenwonen, aan studenten de grenzen van (intern)kerkelijke aangelegenheden overschrijdt kan op basis van de wetgeschiedenis en de jurisprudentie verschillend worden gedacht. Hetzelfde geldt met betrekking tot het hieronder te bespreken criterium ‘opleiding voor zuiver godsdienstige functies’ (zie 3.22). De Commissie zal daarom, alvorens tot een eindoordeel te komen (zie 3.23), de verschillende argumenten uiteenzetten.

3.20 Met betrekking tot het al dan niet overschrijden van de grenzen van (intern)kerkelijke aangelegenheden kan enerzijds worden verdedigd, zoals verzoeker doet, dat verweerster in het openbaar een opleiding aanbiedt, hetgeen onder meer blijkt uit de omstandigheid dat zij valt onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en dat haar studenten in aanmerking komen voor studiefinanciering. In een dergelijke context, waarbij het toelatingsbeleid niet kan worden aangemerkt als een aangelegenheid die rechtstreeks verband houdt met de belijdenis van de religieus-levensbeschouwelijke overtuiging, kan niet wor-

den volgehouden dat er sprake is van (intern)kerkelijke aangelegenheden. Hieruit volgt dat door verweerster geen beroep kan worden gedaan op artikel 3 AWGB. Toetsing aan de hand van artikel 7, tweede lid, AWGB ligt dan in de rede, temeer nu het verbod van ongehuwd samenwonen ontegenzeggelijk raakt aan het recht op privacy van verzoeker (en zijn partner).

Hiertegenover kan worden betoogd, zoals verweerster doet, dat verweersters toelatingsbeleid rechtstreeks samenhangt met haar identiteit. Als zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap is het aan verweerster om zelf te bepalen welke eisen voortvloeien uit haar identiteit en grondslag. Het is inherent aan de systematiek van artikel 3 AWGB dat het niet aan de Commissie is om deze beoordeling bij (intern)kerkelijke aangelegenheden over te doen.

Hetzelfde geldt ingeval deze eisen inbreuk maken op het recht op privacy of, in termen van de AWGB, het verbod van onderscheid naar burgerlijke staat, dan wel strijd opleveren met het verbod van onderscheid naar een van de andere door de wetgeving gelijke behandeling beschermde gronden. De enkele omstandigheid dat verweerster niet alleen openstaat voor christenen die zijn aangesloten bij de VPE, maar voor iedere toegewijde christen, mits hij openstaat voor charismatische geloofsbeleving, impliceert niet dat het door haar gevoerde toelatingsbeleid niet kan worden gekwalificeerd als een (intern)kerkelijke aangelegenheid. Voor alle toegelaten studenten geldt immers dat zij met betrekking tot identiteit en grondslag aan dezelfde, door de identiteit van het kerkgenootschap ingegeven, regels zijn gebonden. Indien men dit betoog onderschrijft, moet het voor verweerster mogelijk zijn een beroep te doen op artikel 3 AWGB.

3.21 Alvorens een weging tussen deze argumenten te maken, wenst de Commissie tevens te kijken naar de vraag of het door verweerster gevoerde toelatingsbeleid onder de reikwijdte valt van artikel 3, onderdeel b, AWGB inzake het geestelijk ambt.

Opleiding voor zuiver godsdienstige functie

3.22 Voor de beantwoording van de vraag of het door verweerster gevoerde toelatingsbeleid valt binnen de werkingsfeer van artikel 3, onderdeel b, AWGB is bepalend of de opleiding voldoet aan het predikaat “zuiver godsdienstige functie”. Er is weinig jurisprudentie en er ontbreekt een scherp omlijnende en juridisch sluitende definitie over wat er onder “zuiver godsdienstige functie” kan worden verstaan. Tijdens de totstandkoming van de AWGB is door de regering in verband met de vraag of onder de uitzondering van artikel 3 ook de opleiding tot pastoraal werker valt geantwoord: “Geestelijke genootschappen en kerkge-

nootschappen kunnen ervoor kiezen de opleiding van personen voor het geestelijk ambt te laten plaatsvinden bij instellingen die niet vallen onder de rechtspersoonlijkheid van het genootschap, bijvoorbeeld aan een bijzondere school of universiteit. Dergelijke opleidingen hebben een zuiver godsdienstige functie en vallen onder de uitzondering in artikel 3, tweede lid. Deze uitzondering voor het geestelijk ambt is gemaakt in verband met de eerbiediging van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging” (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 77).

Op grond hiervan kan enerzijds worden verdedigd, zoals verzoeker doet, dat verweerster niet aan deze strenge eisen voldoet. Verweerster leidt immers op tot verschillende beroepen, meer in het bijzonder tot voorganger, evangelist, zending, pastoraal of diaconaal werker en godsdienstleraar. Los van de omstandigheid dat men zich kan afvragen of al deze beroepen wel kunnen worden aangemerkt als zuiver godsdienstige functie, voldoet verweerster alleen al om deze reden niet aan de eis nu zij opleidt tot verschillende functies. Daar komt bij, zoals door verzoeker is aangevoerd en door verweerster niet is betwist, dat de opleiding die verweerster aanbiedt valt onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en dat haar studenten in aanmerking komen voor studiefinanciering. Daarmee treedt verweerster buiten de door de wetgever gereserveerde kaders waarbinnen een beroep op onderdeel b van artikel 3 AWGB mogelijk is.

Hiertegenover kan worden volgehouden, zoals verweerster doet, dat verweerster een christelijke instelling is voor hoger onderwijs op evangelisch-charismatische grondslag. Het is haar missie mannen en vrouwen op te leiden tot bepaalde ambten met een zuiver geestelijke functie. Daar komt bij dat bij het vervullen van haar missie de volgende kenmerken voor verweerster richtinggevend zijn:

- het normatieve gezag van de Bijbel;
 - dienst aan God en mensen, met name binnen kerk of gemeente, binnen categoriale pastoraten zoals in gevangenis, leger en verzorgingstehuizen of binnen het voortgezet onderwijs en de zending;
 - het vormen van studenten tot bewogen christenen, breed georiënteerd, met een openheid naar andersdenkenden;
 - het bevorderen van een geestelijk leven die evangelisch is en gekenmerkt wordt door de tegenwoordigheid van de Heilige Geest.
- De omstandigheid dat verweerster (tevens) valt onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en dat haar studenten in aanmerking komen voor studiefinanciering, doet aan het zuiver godsdienstig karakter van de functies niet af.

Eindoordeel

3.23 Nadat de Commissie eerder heeft geconcludeerd dat verweerster moet worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap, constateerde de Commissie dat de vraag over de toepasselijkheid van de onderdelen a en b van artikel 3 AWGB op basis van de wetgeschiedenis en jurisprudentie verschillend kan worden – en door partijen wordt – beantwoord. In de voorliggende zaak komt de Commissie, alles overwegende en gelet op het doel en de systematiek van de AWGB ook in relatie tot andere wetten en rechtstatelijke beginselen, tot de conclusie dat verweerster het recht toekomt zich te beroepen op artikel 3 AWGB. De Commissie kent daarbij bijzonder gewicht toe aan de omstandigheid dat het door verweerster gevoerde toelatingsbeleid onbetwist samenhangt met haar identiteit, dat verweerster dezelfde identiteitseisen stelt aan alle studenten en dat de functies waartoe zij opleidt ontegenzeggelijk identiteitsgebonden zijn. Dat niet valt uit te sluiten dat studenten, die bij verweerster afstuderen, ook bij andere kerkelijke genootschappen of instellingen, of misschien zelfs bij niet-kerkelijke genootschappen of instellingen gaan werken, doet niet af aan het karakter van de functies waartoe verweerster opleidt.

3.24 Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat zij niet bevoegd is te oordelen of verweerster in strijd heeft gehandeld met de in de AWGB neergelegde gelijkebehandelingsnormen. Dit impliceert tevens dat de Commissie niet toekomt aan toetsing aan artikel 7 AWGB.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat artikel 3, aanhef en onderdelen a en b, AWGB op de voorliggende zaak van toepassing is en dat zij derhalve niet bevoegd is te oordelen of . . . jemens . . . onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat.

Noot door: prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

1. Dit oordeel betreft de interessante vraag naar de reikwijdte van artikel 3 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Op grond van deze bepaling is de AWGB niet van toepassing op intern-kerkgenootschappelijke verhoudingen en op het geestelijk ambt. De Commissie wordt maar incidenteel gevraagd zich omtrent deze kwestie uit te laten.¹ Het is te waarden dat zij deze zeldzame gelegenheid heeft aangegrepen om een uitgebreide en grondig onderbouwde uitspraak te doen. Wat ik zelfs buitengewoon apprecieer is de enerzijds-anderzijds benadering, waarin de standpunten voor

en tegen helder tegenover elkaar geplaatst worden (zie r.o. 3.20 en 3.22). Een dergelijke afwegende benadering is in zaken als deze, waar een klip en klaar antwoord niet voorhanden is, de aangewezen weg. Mijn enige punt van kritiek is, dat de Commissie in de uiteindelijke conclusie in r.o. 3.23 onvoldoende expliciet maakt op welke grond(en) in artikel 3 AWGB verweerster een geslaagd beroep heeft gedaan. Ik kom daar op terug in punten 3 en 4.

2. Het gaat hier om de vraag of een stichting, die een particuliere instelling voor hoger beroepsonderwijs in stand houdt, in strijd handelt met de AWGB door een gewezen student de herinschrijving te weigeren omdat hij in strijd met de principes van de instelling ongehuwd samenwoont. De instelling beroept zich terzake op artikel 3 AWGB. Ingevolge deze bepaling is de AWGB niet van toepassing op:

“a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag; b. het geestelijk ambt.”

Allereerst moet bepaald worden of sprake is van een zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap. De Commissie gaat er van uit dat de Verenigde Pinkster- en Evangeliegemeenten (VPE) een kerkgenootschap vormt (r.o. 3.11). Vervolgens concludeert zij dat de verwevenheid van de stichting met de VPE zodanig is, dat de stichting als zelfstandig onderdeel van dit kerkgenootschap aangemerkt moet worden (r.o. 3.15). Dit standpunt lijkt mij juist. Interessant is de overweging van de Commissie, dat het enkele feit dat de stichting (tevens) valt onder de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (zij houdt immers een hbo-instelling in stand) niet in de weg staat aan de kwalificatie als zelfstandig onderdeel (r.o. 3.16). Ook dat lijkt mij juist. Een lastige vraag die de Commissie niet expliciet beantwoordt is, of een stichting tevens (onderdeel van een) kerkgenootschap kan zijn, dus in zoverre twee ‘rechtspersoonlijkheden’ zou kunnen hebben – twee vormen van rechtspersoon in één zou kunnen zijn. Zelf meen ik dat dat inderdaad mogelijk is, nu het zijn van (een zelfstandig onderdeel van) een kerkgenootschap een materieel-feitelijke vraag is, die los staat van de formele vraag of de betreffende organisatie/gemeenschap is gegoten in de vorm van een stichting (of vereniging).

3. Een tweede beslispunt is, of sprake is van een *interne* rechtsverhouding, een rechtsverhouding *binnen* het zelfstandig onderdeel van het kerkgenootschap. Uiteraard is een beroep op artikel 3 AWGB immers niet aan de orde, als het (onderdeel van het) genootschap op gelijke voet met anderen – dus buiten het eigen verband – in het maatschappelijk verkeer optreedt (r.o. 3.8). Als ik

het goed zie – dat wordt helaas niet expliciet gemaakt in overweging 3.23 – gaat de Commissie er inderdaad van uit dat sprake is van een interne rechtsverhouding.² Dat de stichting openstaat voor iedere toegewijde christen staat daaraan niet in de weg, nu aan allen dezelfde strikte, identiteitsgebonden eisen gesteld worden.

4. De laatste kwestie is, of aan verweerster een beroep op de b-grond van artikel 3 AWGB (geestelijk ambt) toekomt. Deze uitzondering geldt ook voor aangelegenheden die de *opleidingen* voor het geestelijk ambt betreffen. Voorwaarde is daarbij dan wel, dat het gaat om opleidingen voor zuiver godsdienstige functies (r.o. 3.22). Ook op dit punt biedt de conclusie in r.o. 3.23 geen volstreekte helderheid. Niettemin lijkt het mij, dat de Commissie van oordeel is dat ook de b-grond hier van toepassing is. In r.o. 3.22 lijkt zij te neigen naar het standpunt, dat de instelling met name opleidt tot bepaalde ambten met een zuiver geestelijke functie; en in r.o. 3.23 overweegt zij dat de functies waartoe opgeleid wordt ontegenzeggelijk identiteitsgebonden zijn.

5. De Commissie heeft een ruimhartige uitleg van artikel 3 AWGB gegeven, ongetwijfeld mede ingegeven door de wens de AWGB verdrags- en grondwetsconform – in overeenstemming met de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat – uit te leggen (klaarblijkelijk zijn dat de wetten en rechtstatelijke beginselen waarnaar zij in r.o. 3.23 verwijst). Waar zit nu het verschil in uitkomst ten opzichte van oordeel 1998-10 (Huize Het Oosten), dat een stichting betrof welke ten behoeve van oudere vrijmetselaars huisvesting verzorgde, en oordelen 2002-111 en 2002-113 (Katholiek pensioenfonds), die het door de Bisschoppenconferentie ten behoeve van het personeel opgericht pensioenfonds betroffen, en waarin het beroep op artikel 3 AWGB telkens faalde? Vermoedelijk is dat enerzijds gelegen in het educatieve doel, in de sterkere binding met het uitdragen van de identiteit van het kerkgenootschap waar in de onderhavige zaak sprake van is, en anderzijds in het nogal ‘stoffelijke’ karakter en de wat zwakkere ‘link’ met de identiteit in de zaken waarin artikel 3 AWGB niet opging.

2006-169

Taaless bij geldening

1 Procesverloop

1.1 Verzoeker heeft de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door zijn verzoek om opening van een rekening-courant af te wijzen vanwege zijn taalbeheersing.

1.2 Bij brief van 25 maart 2006 heeft verzoeker de Commissie desgevraagd nadere inlichtingen versoukt.

1.3 Verweerster heeft bij brief van 20 april 2006 aan de Commissie meegedeeld alsnog een rekening-courant voor verzoeker te willen openen. Verzoeker heeft bij e-mail van 30 april 2006 aangegeven de zaak bij de Commissie te willen voortzetten. De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren met een verweerschrift. Bij fax van 31 mei 2006 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen.

Op 8 juni 2006 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

2 Feiten

2.1 Verzoeker woont in Nederland. Hij heeft de Dominicaanse nationaliteit en is in het bezit van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Hij spreekt geen Nederlands of Engels.

Verweerster is een bankinstelling.

2.2 Verzoeker heeft op 18 augustus 2005 in een bankfiliaal van verweerster verzocht een rekening-courant voor hem te openen. De medewerker van het bankfiliaal vertelde hem dat daarvoor een uittreksel van de burgerlijke stand nodig was. Nadat verzoeker dit op 25 augustus 2006 toonde, verklaarde de medewerker ditmaal dat het niet mogelijk was een rekening-courant voor verzoeker te openen omdat hij geen Nederlands sprak. Door de cliëntenservice van verweerster is aan de partner van verzoeker desgevraagd verteld dat een taaleis niet tot de acceptatievoorwaarden voor het openen van een rekening-courant bij verweerster behoort. Verzoeker werd geadviseerd om het bij een andere locatie opnieuw te proberen. Voorts werd hem voorgesteld een klacht in te dienen bij de bank.

2.3 Verzoeker en zijn partner hebben vervolgens op 25 augustus 2005 telefonisch een klacht ingediend bij de cliëntenservice. Bij brief van 30 augustus 2005 heeft de cliëntenservice de aanvraag voor het openen van een rekening-courant door verzoeker als volgt schriftelijk afgewezen: *“Als er een nieuwe rekening wordt geopend, moet de rekeninghouder met ons kunnen communiceren. Gezien de taalbarrière die wij hebben ondervonden is het voor uw partner niet mogelijk een rekening alleen op zijn naam te openen. Onze organisatie communiceert in onze bankshops in het Nederlands en in het Engels. Dit is de reden dat wij uw aanvraag moeten afwijzen. Wel kunnen wij een rekening op twee namen voor u openen zodat u beiden hoofdelijk aansprakelijk bent. Als u met bovenstaande uitleg geen genoegen neemt, dan adviseren wij u om uw klacht schriftelijk in te dienen”.*

2.4 Verzoeker heeft vervolgens de Commissie om een oordeel verzocht. Nadat verweerster hiervan in kennis is gesteld, heeft zij bij brief van 20 april 2006 meegedeeld dat zij het standpunt, zoals ingenomen in de brief van haar cliëntenservice van 30 augustus 2005, niet onderschrijft. Verweerster biedt in deze brief verzoeker haar verontschuldigen aan en geeft verzoeker de mogelijkheid alsnog een rekening-courant te openen bij verweerster. Verzoeker heeft dit aanbod afgewezen. Bij e-mail van 30 april 2006 heeft hij aan de Commissie meegedeeld dat hij persisteert in zijn verzoek.

2.5 Verweerster heeft de toegangseisen voor het openen van een particuliere rekening-courant op internet openbaar gemaakt onder het onderwerp “Klant worden bij de ABN AMRO”. Hierin staan als toegangseisen voor het openen van een particuliere rekening-courant: het kunnen overleggen van identiteitsdocumenten en documenten die het adres verifiëren. Een taaleis wordt niet genoemd.

2.6 Uit de door verweerster overgelegde ‘Voorwaarden Gemeenschappelijke Rekening’ blijkt dat, net als voor het openen van een rekening-courant, geen speciale voorwaarden gelden voor het openen van een gemeenschappelijke rekening. Een taaleis wordt hiervoor niet gesteld.

3 Beoordeling van het verzoek

Ontvankelijkheid

3.1 In artikel 14, eerste lid, onderdeel b, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is bepaald dat de Commissie geen onderzoek instelt onder meer indien het belang van de verzoeker kennelijk onvoldoende is. Ter beantwoording van de vraag of verzoeker voldoende belang heeft strekken de volgende overwegingen.

3.2 Verweerster heeft aangevoerd dat verzoeker geen belang meer heeft bij een oordeel van de Commissie. Verweerster heeft immers haar excuses aangeboden voor de brief van 30 augustus 2006 en verzoeker alsnog de mogelijkheid geboden een rekening-courant te openen. Zij stelt dat daarmee het belang van verzoeker bij een oordeel van de Commissie is komen te ontvallen.

3.3 Verzoeker heeft hier tegenover gesteld dat het openen van een rekening op zichzelf geen probleem voor hem is, nu er andere banken zijn waar hij wel een rekening kan openen als niet-Nederlands of Engels sprekende burger. Verzoeker heeft dit ook gedaan. Hij vindt echter dat het gaat om een principiële zaak. Hij vindt dat hij onjuist is bejegend omdat hij gedurende een periode door verweerster niet in de gelegenheid is gesteld om een rekening te openen om zijn salaris op te storten, terwijl hij een verblijfsvergunning heeft, werkt, belasting betaalt en alle moeite doet om te integreren, onder andere door taalonderwijs te volgen.

3.4 De Commissie wijst erop dat de enkele reden dat verweerster inmiddels heeft ingezien dat zij verzoeker ten onrechte het openen van een rekening-courant heeft geweigerd, niet wegneemt dat verzoeker in periode tussen 18 augustus 2005 en 20 april 2006 uitgesloten is geweest van de mogelijkheid een rekening-courant bij verweerster te openen. De gelijkebehandelingswetgeving laat - ongeacht excuses in een later stadium - de ruimte tot het vaststellen of op enig moment sprake is geweest van onderscheid.

Een oordeel van de Commissie over de in het geding zijnde kwestie geeft immers duidelijkheid over de normen en reikwijdte van de AWGB. De Commissie oordeelt op grond van het bovenstaande dat verzoeker voldoende belang heeft bij een oordeel en derhalve ontvankelijk is in zijn verzoek.

Onderscheid op grond van ras

3.5 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door hem in de periode tussen 18 augustus 2005 en 20 april 2006 niet toe te staan een rekening-courant te openen omdat hij niet de Engelse of de Nederlandse taal spreekt.

3.6 Artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van de AWGB bepaalt, in samenhang met artikel 1 AWGB dat onderscheid op grond van ras is verboden bij het aanbieden van en het verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

3.7 Artikel 1 AWGB bepaalt dat onder onderscheid onder andere wordt verstaan onderscheid tussen personen op grond van ras. Het begrip ras in de AWGB moet overeenkomstig de definitie in het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie en overeenkomstig vaste jurisprudentie van de Hoge Raad ruim worden uitgelegd. Het begrip ras omvat tevens: huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming (*Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 014, nr. 3, p. 13 en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 551, m.nt. Van Veen).

3.8 Ingevolge artikel 1 AWGB is zowel direct als indirect onderscheid op grond van ras verboden. Direct onderscheid is onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar een van de in de AWGB genoemde discriminatiegronden zoals ras. Indirect onderscheid op grond van ras is onderscheid, dat op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan ras, direct onderscheid op deze grond tot gevolg heeft.

3.9 Tussen partijen staat vast dat verzoeker aanvankelijk geen rekening-courant bij verweerster mocht openen omdat hij niet de Engelse of Nederlandse taal spreekt. Verweerster heeft hierbij niet rechtstreeks verwezen naar de afkomst van verzoeker en derhalve geen direct onderscheid op grond van ras gemaakt.

3.10 Vervolgens is de vraag aan de orde of deze handelwijze indirect onderscheid op grond van ras tot gevolg heeft. Van indirect onderscheid op grond van ras is sprake als het nadelig effect van deze taaleis in overwegende mate personen treft van een bepaalde (niet-Nederlandse) nationale of etnische afstamming.

Door de eis van verweerster dat Nederlands of Engels moet worden gesproken, worden in overwegende mate personen getroffen die niet afkomstig zijn uit een land waar Nederlands of Engels wordt gesproken. Verweerster heeft derhalve jegens verzoeker indirect onderscheid op grond van ras gemaakt.

Objectieve rechtvaardiging

3.11 Het maken van indirect onderscheid kan worden gerechtvaardigd. Of er 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 wordt gehanteerd om dit doel te bereiken. Het doel dient voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend te zijn en het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken, en noodzakelijk indien het in evenredige verhouding staat ten opzichte

van het doel en hetzelfde doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot verboden onderscheid. Pas als aan al deze criteria is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkbehandelingswetgeving.

3.12 Verweerster heeft ter zitting verklaard dat zij geen gebruik wenst te maken van de mogelijkheid in te gaan op haar algemene beleid. Zij stelt dat de taaleis niet behoort tot de algemene acceptatievoorwaarden voor het openen van een rekening-courant. Verweerster is van mening dat de Commissie zich tot de individuele zaak van verzoeker moet beperken. Nu zij verzoeker excuses heeft aangeboden en alsnog heeft aangeboden een rekening-courant te openen beschouwt zij de zaak als afgedaan.

3.13 De Commissie constateert op basis van hetgeen verweerster omtrent haar algemene beleid heeft overgelegd, te weten de tekst van de 'Voorwaarden Gemeenschappelijke Rekening' en de tekst 'Klant worden bij ABN AMRO' dat niet blijkt dat het beleid is van verweerster om een taaleis te stellen aan personen die bij haar een rekening-courant willen openen. Verweerster heeft ter zitting benadrukt dat het haar beleid is dat geen taaleis mag worden gesteld bij het openen van een rekening-courant. Verweerster heeft daarbij echter onduidelijkheid laten bestaan over de wijze waarop en de mate waarin (onder meer) filialen van verweerster en de cliëntenservice op de hoogte zijn en worden gesteld van dit beleid.

3.14 Vast staat dat in het onderhavige geval een taaleis is gesteld. Bij het stellen van deze eis heeft verweerster in eerste instantie verwezen naar de noodzaak voor een bankfiliaal om goed te kunnen communiceren met cliënten. De Commissie leidt hieruit af dat het goed communiceren met de cliënten op dat moment door verweerster als doel van het gemaakte onderscheid werd gezien. Dit is een legitiem doel. De Commissie erkent het belang voor een bankfiliaal om goed te kunnen communiceren met cliënten. Het stellen van een taaleis is in beginsel een geschikt middel om een goede communicatie met cliënten te bereiken en dat hierbij wordt aangehaakt bij de voertaal ligt in de rede. De Commissie acht het strikt vasthouden aan het Nederlands dan wel Engels niet noodzakelijk, nu verzoeker zelf een - ook voor verweerster - aanvaardbaar alternatief heeft aangedragen. Verzoeker werd immers vergezeld door zijn Nederlands sprekende partner die zich bereid heeft

getoond om voor zover nodig als intermediair op te treden.

3.15 Op grond van het bovenstaande oordeelt de Commissie dat het door verweerster gemaakte indirecte onderscheid op grond van ras niet objectief gerechtvaardigd was.

Klachtbehandeling

3.16 De verplichting van een aanbieder van goederen of diensten zich te onthouden van ongelijke behandeling omvat tevens de plicht een klacht hierover zorgvuldig te behandelen. Een zorgvuldige klachtenbehandeling vereist een deugdelijk onderzoek.

Dat wil zeggen dat in ieder geval het principe van hoor en wederhoor dient te worden toegepast door een onpartijdige en bij voorkeur onafhankelijke en deskundige klachtenbehandelaar. Daarnaast vereist de zorgvuldigheid dat een klacht voortvarend en vertrouwelijk wordt behandeld en dat klager(s) en beklagde(n) op de hoogte worden gesteld van de conclusies en de eventueel te treffen maatregelen. Verweerster stelt dat verzoeker geen officiële klacht bij haar Centrale Klachtbehandeling heeft ingediend hoewel hij op die mogelijkheid is geweest.

3.17 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat verzoeker telefonisch bij de cliëntenservice van verweerster heeft geklaagd en daarop aanvankelijk een telefonische en later een schriftelijke reactie heeft gekregen. Dat in deze schriftelijke reactie werd verwezen naar een verdere klachtmogelijkheid bij de Centrale Klachtbehandeling wil niet zeggen dat hetgeen verzoeker naar voren heeft gebracht bij de cliëntenservice niet als klacht kan worden aangemerkt, noch dat verweerster de klacht als bevredigend afgehandeld had mogen beschouwen.

Nu verweerster desgevraagd ter zitting heeft verklaard dat de cliëntenservice de klacht slechts heeft besproken met het betreffende filiaal en geen contact heeft opgenomen met het hoofdkantoor of de Centrale Klachtbehandeling, terwijl dit heeft geresulteerd in een brief aan verzoeker die niet in overeenstemming is met het beleid van verweerster, concludeert de Commissie dat de klachtbehandeling niet heeft plaatsgehad conform de in 3.15 genoemde vereisten van zorgvuldigheid en deugdelijkheid. Hieraan doet niet af dat verweerster, nadat verzoeker bij de Commissie een verzoek om een oordeel had ingediend, excuses aan

¹ Zie voor een overzicht mijn beschouwing ter zake in het (tweede) evaluatieonderzoek, 'Kerkgenootschap en geestelijk ambt', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 223-226.

² Dat zou in lijn zijn met oordelen 2003-42 en 2003-43: de functie van mentor binnen de onderwijsinstelling betreft een interne rechtsverhouding binnen een genootschap op geestelijke grondslag.

verzoeker heeft gemaakt en hem in de gelegenheid heeft gesteld alsnog een rekening-courant te openen.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat jegens verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door het stellen van een taaleis voor het openen van een rekening-courant bij verweerster.

5 Aanbevelingen

De Commissie beveelt verweerster aan om haar beleid, dat geen taaleis mag worden gesteld bij het openen van een rekening-courant op schrift te stellen, en dit beleid bekend te maken aan zowel medewerkers als cliënten.

In de tweede plaats beveelt de Commissie verweerster aan om in het beleid op te nemen dat voor zover klachten door een filiaal of de cliënten-service worden afgehandeld, dit in overleg geschiedt met de Centrale Klachtbehandeling, opdat klachtafhandeling op ieder niveau conform het beleid geschiedt.

Noot door: mr. M. Davidovic

Taaleis als indirect onderscheid bij openen rekening courant; onderscheidgrond ras of nationaliteit; stelt zich objectieve rechtvaardiging; klachtafhandeling

1. Bovenstaand feitencomplex betreft een man met Dominicaanse nationaliteit en een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, die een rekening wil openen bij de ABN Amro bank. Daar hij Nederlands noch Engels spreekt, helpt zijn partner hem daarbij. Door de bank wordt hen te verstaan gegeven dat hij geen rekening op eigen naam kan openen vanwege voornoemde (gebrek aan) taalbeheersing. De CGB oordeelde dat de bank desondanks deze rekening had moeten openen. Middels de taaleis maakte de bank volgens de Commissie indirect onderscheid op grond van ras en handelde daarmee in strijd met de wet. De objectieve rechtvaardiging (art. 2, eerste lid AWGB) voor het gemaakte indirecte onderscheid werd niet aanvaard door de CGB. Daar komt bij dat een objectieve rechtvaardiging door de wederpartij dient te worden aangedragen, wil het door de CGB in overweging worden genomen. Is hiervan geen sprake dan blijft het verbod onbepaald van kracht. In het hiernavolgende wordt nader ingegaan op deze stelplicht. De grond 'ras' waarop

de CGB tot vaststelling komt van indirect onderscheid wordt eveneens uitgelicht, waarna tevens wordt gekeken naar de toepassing van de criteria voor een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de gestelde taaleis. Tenslotte komen de door de CGB gehanteerde eisen ten aanzien van zorgvuldige klachtbehandeling aan de orde. De keuze voor deze vier onderwerpen wordt ingegeven door de vraag of de Commissie de wettelijke matrix van indirect onderscheid en objectieve rechtvaardiging op juiste wijze heeft ingevuld met de feiten van de zaak. Om deze reden wordt er niet nader ingegaan op de overweging van de CGB ten aanzien van de ontvankelijkheid van verzoeker. Beantwoording van de principiële vraag over de toelaatbaarheid van een taaleis als gehanteerd door het filiaal van verweerster past in de taakomschrijving van de CGB en de gelijkebehandelingswetgeving, namelijk het verschaffen van duidelijkheid over de normen en de reikwijdte van de AWGB.

2. Via art. 7, eerste lid, onderdeel a AWGB is het maken van onderscheid op grond van ras verboden bij het aanbieden van goederen en diensten. Het begrip ras wordt ruim uitgelegd conform art. 1 IVUR (HR 15 juni 1976, NJ 1976, 551). De Commissie stelt in r.o. 3.10 dat van indirect onderscheid op grond van ras sprake is als het nadelige effect van deze taaleis in overwegende mate personen treft van een bepaalde (niet-Nederlandse) nationale of etnische afstamming. De eis Nederlands of Engels te spreken zou een groot aantal personen treffen die afkomstig zijn uit een land waar deze talen niet worden gesproken, waarmee de taaleis in kwestie indirect onderscheid op grond van ras is. Op deze wijze wordt een aanzienlijk aantal nationaliteiten en afstammelingen onder één noemer geschaard die *onderling* niet verbonden zijn door een gemeenschappelijk kenmerk dat valt onder de term 'ras'. Ze hebben gemeen dat ze twee talen niet spreken. Daarnaast wordt er in de (internationale) wetgeving niet gesproken van 'rassen', maar is de term in het enkelvoud gebruikt. De redenering zoals geformuleerd door de Commissie volstaat als zodanig dan niet: "3.10 Indirect onderscheid is onderscheid dat het gevolg is van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze waardoor personen van een *bepaald* ras in het bijzonder worden getroffen" [cursivering toegevoegd]. Tenslotte zij opgemerkt dat er ook Nederlanders kunnen zijn die bijvoorbeeld alleen Fries spreken, of in Frankrijk alleen Franstalig zijn opgevoed. Uiteraard zijn er ook 'allochtonen' die het Engels of het Nederlands wel degelijk machtig zijn. In lijn met de noot van Possel bij CGB oordeel 1995-30 (Rechtspraak Rassendiscriminatie, 368) kan ook in onderhavig oordeel worden opgeroepen tot het aannemelijk moeten maken van het uitgangspunt dat het merendeel van de allochtonen, "personen [...] van een bepaalde (niet-Nederlandse) nationale of etni-

sche afstamming”, geen Nederlands of Engels beheersen. Als de groep waarvan de taalbeheersing in twijfel wordt getrokken, beperkt wordt tot personen met zowel een andere nationaliteit, alsook een andere afkomst, lijdt dit minder snel tot het in stand houden van vooroordelen (‘allochtonen beheersen geen Nederlands of Engels’). De allochtonen mét de Nederlandse nationaliteit en ‘slechts’ en andere afkomst worden zo buiten het vraagstuk gehouden. De vraag rijst dan ook wie in dit oordeel als geschikt “maatmens”, een persoon wiens situatie op relevante punten vergelijkbaar is, had kunnen dienen om onderscheid te kunnen beoordelen, waarbij de Commissie zelf ook al waarschuwt voor het “fixeren van posities” (CGB, Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB, 1999-2004, p. 38).

3. Bij het beoordelen van het bestaan van een objectieve rechtvaardiging neemt de CGB als vaststaand feit aan dat een taaleis niet tot het beleid van de bank hoort. Op basis van de gegevens uit het oordeel lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de ABN Amro om deze reden in het geheel geen objectieve rechtvaardiging heeft aangevoerd. Enerzijds is dit begrijpelijk gezien het ontbreken van een taaleis in het algemene beleid, anderzijds is er, zoals de CGB terecht opmerkt, feitelijk wel degelijk een taaleis toegepast door een van de filialen waarvoor de bank verantwoordelijk is. De Commissie had de zaak hiermee kunnen afdoen, want een indirect onderscheid zonder objectieve rechtvaardiging is verboden. Waar de CGB echter voor kiest is de reden die het *filiaal* aanvoert voor de taaleis (dus niet in onderhavige procedure maar in de feiten die zich afspelen in de aanloop ervan), als objectieve rechtvaardigingsgrond te beoordelen (r.o. 3.14).

Goede communicatie tussen filiaal en klant wordt vervolgens als een legitiem doel beoordeeld. De vraag is of een taaleis een objectief criterium is voor het openen van een rekening. Ondernemers dienen het maken van winst en het bedrijfsrisico goed in evenwicht te houden. Als er een onterechte link wordt gelegd tussen de afkomst van klanten en het bedrijfsrisico, kunnen zich twee negatieve effecten voordoen. De ondernemer loopt winst mis door inefficiënte aanwending van middelen en er kan sprake zijn van verboden onderscheid. Het is dus ook in het belang van de ondernemer om niet snel op groepskenmerken af te gaan, maar een individuele afweging te maken. Juist dat er in onderhavig oordeel geen sprake was van beleid, maar een individuele afweging, had de ABN Amro naar voren kunnen brengen ter verdediging. Het stellen van een taaleis wordt vervolgens een geschikt middel bevonden. De Commissie stelt echter dat er nodeloos strikt aan is vastgehouden, omdat er een niet-discriminerend alternatief voorhanden was, namelijk de partner

van verzoeker als tolk. Dit maakt het middel niet noodzakelijk en daarmee niet objectief gerechtvaardigd. Het aanbieden van een “en/of-rekening” door de bank zelf lijkt in het geval van een zogenaamde kale rekening, zonder kredietfaciliteiten en derhalve een relatief klein bedrijfsrisico, ook geen aanvaardbaar alternatief.

De CGB gaat maar deels in op de kenbaarheid van de acceptatievoorwaarden. Op de extern toegankelijke website bleek niets van een taaleis. Uit deze aanvullende acceptatievoorwaarde, welke als een konijn uit een hoge hoed werd gehaald door het filiaal, had de Commissie een vermoeden van verboden onderscheid kunnen afleiden. Op het gebied van arbeid is een veel gebruikte redenering om tot een (vermoeden van) verboden onderscheid te komen het aanhalen van een vooraf niet aan de sollicitant bekend gemaakte functie-eis als reden voor afwijzing (zie onder andere oordelen 96-05 en 96-13 of meer recent oordeel 2005-205, waarin deze eisen van inzichtelijkheid en controleerbaarheid werden gehanteerd voor het al dan niet vaststellen van een vermoeden van onderscheid). Een vermoeden van onderscheid had ook afgeleid kunnen worden uit het feit dat het filiaal waar de aanvraag is gedaan, alvorens de verzoeker af te wijzen, hem wel nog een uittreksel van de burgerlijke stand had laten halen. In oordeel 1998-39 werd geen onderscheid op grond van ras bij de verhuur van een zaal aan verweerder van Turkse afkomst vastgesteld, maar gaf de Commissie in haar aanbeveling aan dat het aannemelijk is dat een onwelwillende behandeling tot gevolg kan hebben dat mensen zich discriminatoir bejegend voelen. Als ondernemers niet adequaat inspelen op communicatieproblemen met mensen die de Nederlandse taal minder goed beheersen kan dit op gespannen voet komen te staan met de gelijkheidsvoorschriften volgens de Commissie. Op grond van richtlijn 2000/43/EG (Rassenrichtlijn) uitgewerkt in art. 10, eerste lid AWGB dient dit vermoeden weerlegd te worden door de tegenpartij, anders is er sprake van ongeoorloofd onderscheid. Uit het oordeel blijkt niet welke talen de man wel spreekt, maar een blijk van welwillendheid had kunnen liggen in een filiaal dat bij het advies “om het bij een andere locatie opnieuw te proberen”, aangeeft waar bijvoorbeeld werknemers zijn die Spaans of Frans spreken (een Dominicaanse nationaliteit kan wijzen op burgerschap van de Dominicaanse Republiek waar Spaans één van de gesproken talen is, of dat van Dominica, waar ook Frans wordt gesproken).

4. Dat de CGB het discriminatieverbod ruim uitlegt blijkt uit twee zaken waarin de klachtbehandeling als zelfstandige grond diende om strijd met de AWGB vast te stellen. Hieruit blijkt de positieve verplichting om klachten over discriminatie zorgvuldig te behandelen (CGB, *Het verschil*

gemaakt. *Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, p. 20). Uit de oordelen van de Commissie zelf valt niet te achterhalen wat de basis van deze verplichtingen is. De AWGB rept niet over klachtbehandeling, maar de door de CGB gehanteerde criteria zijn terug te vinden in de beginselen van behoorlijk (klacht)procesrecht. De Commissie werkt binnen het gesloten systeem van de AWGB, maar deze laat ruimte voor invulling van 'open normen'. Met betrekking tot dwingende internationale en Europese normen wordt gesteld dat er een verplichting bestaat verdragsconform te interpreteren (A.W. Heringa, *Actualiteiten sociaal recht. Algemene wet gelijke behandeling*, 1994, p. 31). Op internationaal vlak zijn er parallellen met bijvoorbeeld de Paris Principles van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en de beginselen van *fair trial* zoals vastgelegd in verdragen als het EVRM, het Bupo, IVUR en EG Rassenrichtlijn. Echter, deze beginselen betreffen voornamelijk procedures voor (inter)nationale instituten en van strafrechtelijke aard met vergaande gevolgen voor fundamentele (vrijheids)rechten en zijn lastig analoog toepasbaar in een horizontale relatie. Ondanks deze moeilijkheid had de CGB door vermelding van een gezaghebbende bron haar rechtskracht kunnen vergroten.

De door de CGB gehanteerde zorgvuldigheidseis vereist een deugdelijk onderzoek, een onpartijdige en bij voorkeur onafhankelijke en deskundige klachtenbehandelaar, hoor en wederhoor, voortvarendheid en vertrouwelijkheid en terugkoppeling naar de partijen. De behandeling dient inzichtelijk en systematisch te zijn. De eisen voor een klachtenregeling zijn naast inzichtelijkheid (bekendheid met het bestaan ervan), vermelding van termijnen en werkwijze, de wijze van uitwerking van de bovenvermelde zorgvuldigheidseisen en de plicht de regeling te gebruiken indien aanwezig (oordeel 2006-83, waarbij geen onderscheid werd geconstateerd op grond van ras vanwege het Afrikaans accent van de Ghanese verzoeker bij de afwijzing van een sollicitatie voor de functie van *sales engineer*). In het voorliggende oordeel merkt de Commissie op dat "niet in geschil is" dat verzoeker telefonisch heeft geklaagd bij de klantenservice. Het contact tussen de klantenservice en verzoeker wordt namelijk aangemerkt als klacht, waaraan de verwijzing naar een klachtmogelijkheid bij de Centrale Klachtbehandeling niet aan af zou doen. Na deze vaststelling wordt geconcludeerd dat de klachtafhandeling niet zorgvuldig was, daar er alleen ruggespraak met het betreffende filiaal was gehouden en niet met het hoofdkantoor. De vraag rijst of de instemming met deze bevinding door de bankinstelling impliciet is en zij daarmee een verweer van haar klantenservice heeft laten liggen. Er hebben zich namelijk eerdere situaties voorgedaan waarin de CGB het begrip klachtbehandeling minder ruim toepaste, zoals in oordeel

2006-83 waarin het verzoek om motivering van een afgewezen sollicitant door het bedrijf terecht niet als klacht was aangemerkt. De scheidslijn tussen opheldering vragen en klagen is immers niet altijd even duidelijk. De klantenservice bood verzoeker naast de reeds genoemde alternatieven ook de optie een klacht in te dienen bij een specifiek daarvoor ingericht onderdeel van de bank. Verzoeker heeft hiervan geen gebruik gemaakt. Niet redelijk lijkt de situatie dat de plaats binnen de organisatie waar als eerste contact wordt gelegd en wordt 'geklaagd', ook formeel wordt aangemerkt als klachtbehandeling. Op grond van de criteria die de CGB zelf heeft ontwikkeld, zou geconcludeerd kunnen worden dat de klantenservice niet hetzelfde is als de verlangde onafhankelijke en deskundige klachtbehandelaar, maar een eerste aanspreekpunt. Hiervan uitgaande is de vorm van de gehouden ruggespraak (met het betreffende filiaal) niet als onzorgvuldig of onredelijk aan te merken. Er zou hoogstens een teken van onwillendheid worden geconstateerd wegens het niet doorspelen van de opmerkingen naar de afdeling Centrale Klachtafhandeling (zie het reeds aangehaalde oordeel 1998-39).

5. De Commissie heeft het stelsel uit de wet ten aanzien van zowel indirect onderscheid als objectieve rechtvaardiging niet geheel in lijn met vorige oordelen toegepast, in de eerste plaats door in te gaan op een objectieve rechtvaardiging die niet werd aangevoerd. In de tweede plaats rijst de vraag waarom het oordeel niet (tevens) is afgedaan op de discriminatiegrond nationaliteit, nu juist in deze specifieke casus deze grond het gesignaleerde probleem met de grond 'ras', die veroordelen bevestigend kan werken, beter opvangt. Het oordeel bood de Commissie ook een mogelijkheid om strijd met de wet te constateren via het niet weerlegde vermoeden van onderscheid op grond van het handelen van het betreffende bankfiliaal. Het hoofdkantoor lijkt de procedure namelijk eerder aangewend te hebben als spoedcursus acceptatievoorwaarden voor het filiaal in kwestie (door zich enkel te beroepen op de niet ontvankelijkheid van het verzoek en het gebrek aan taaleis in het algemene beleid), dan dat zij effectief gebruik maakte van de mogelijkheden die de AWGB biedt indirect onderscheid te rechtvaardigen. Een laatste opmerking over de gevolgde werkwijze van de Commissie betreft niet het stelsel van de wet op zich, maar de toepassing van criteria aangaande een procedure waarvan mijns inziens niet overtuigend is vastgesteld dat deze aangemerkt kan worden als klachtafhandeling. In welke omstandigheden een handeling wel als zodanig aangemerkt kan worden en in hoeverre men inspanning aan de kant van de klager mag verwachten in het starten van een klachtprocedure zijn zaken die nadere uitwerking behoeven. Om dan toch nog terug te komen op de redenering van de CGB die naar voren werd

.....

gebracht bij de ontvankelijkheidsvraag: het verschaffen van duidelijkheid over de normen en reikwijdte van de AWGB had beter gediend kunnen zijn door een meer uitgebreide redenering die aanleiding gaf tot het oordeel “in strijd met de wet”.

2006-170

Kledingvoorschriften school voortgezet onderwijs

1 Procesverloop

1.1 Verzoekster vraagt een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, over de vraag of de conceptgedragscode ten aanzien van kleding en/of accessoires in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving.

1.2 De Commissie heeft op 9 mei 2006 een zitting gehouden, waar verzoekster haar verzoek nader heeft toegelicht. Verzoekster heeft desgevraagd nadere schriftelijke informatie verschaft. Vervolgens heeft de voorzitter de zaak verwezen naar de meervoudige kamer.

2 Feiten

2.1 Verzoekster exploiteert een school voor voortgezet onderwijs met 1500 leerlingen. Er werken 120 docenten en een niet vastgesteld aantal overige medewerkers.

2.2 Verzoekster is voornemens een gedragscode ten aanzien van kleding en/of accessoires in te voeren.

2.3 De voorgenomen gedragscode heeft betrekking op zowel leerlingen als medewerkers. Tot de medewerkers behoren onder andere docenten en onderwijsondersteunend personeel. De gedragscode zal ook gelden voor externen, zoals medewerkers van het cateringbedrijf, stagiaires en ingeleende medewerkers, waaronder schoonmaakpersoneel. De gedragscode zal gelden voor het schoolgebouw en alle tot de school behorende terreinen, zoals schoolplein en sportvelden.

2.4 De tekst van de voorgelegde gedragscode luidt als volgt:

“Identificatie

Het dragen van kleding, die het hoofd en het gezicht geheel of gedeeltelijk bedekt is verboden. Het gaat hierbij om kleding, waarbij de ogen, neus én mond niet zichtbaar zijn, zoals een bivakmuts, burqa, chador gezichtssluier en een niqaab.

Reden: Het is lastig voor medewerkers van de school om leerlingen, werknemers en externen te identificeren als het gehele gezicht niet (goed) kan worden gezien en het bemoeilijkt bovendien het beschermen van bezittingen van leerlingen, werk-

nemers, externen en de eigendommen van de school.

Communicatie

Het dragen van kleding, die het hoofd en het gezicht geheel of gedeeltelijk bedekt is verboden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om bivakmuts, burqa, chador gezichtssluier en een niqaab. Reden: Het is enerzijds lastig voor een docent les te geven, voor een docentassistent lesondersteunende werkzaamheden te verrichten, voor externen om (gast-)lessen te verzorgen en anderzijds voor leerlingen om optimaal onderwijs te ontvangen als het gehele gezicht (ogen, neus en mond) niet (goed) kan worden gezien, omdat hierdoor de mogelijkheid tot een goede communicatie en non-verbale interactie wordt belemmerd.

Het onderwijsleerproces beperkt zich echter niet tot een leslokaal. Een goede communicatie is niet alleen van belang in de lessen, maar ook in pauzes en op het schoolplein.

Ook het onderwijsondersteunend personeel moet goed kunnen communiceren met de leerlingen, onder meer om de orde te kunnen handhaven. Het onderwijsondersteunend en administratief personeel staat ook in communicatieve relatie tot elkaar, tot de leerlingen, tot de overige werknemers en tot externen. Om hun werkzaamheden goed te kunnen uitvoeren dienen zij gemakkelijk gesprekken te kunnen voeren met elkaar, met de leerlingen, met de overige werknemers en met externen.

Sociale veiligheid

Het dragen van kleding en/of accessoires, die als aanstootgevend kunnen worden beschouwd, is verboden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om bivakmutsen; te blote kleding; baseballpetten; jassen; modehoofddoekjes en sjaals (uitsluitend van toepassing in het schoolgebouw); kleding en/of accessoires voorzien van teksten en/of afbeeldingen, die voor anderen beledigend (kunnen) zijn.

Reden: Het dragen van de genoemde kleding en/of accessoires is verboden in verband met het overschrijden van de fatsoensnormen en het voorkomen van wanordelijkheden.

Fysieke veiligheid

Het dragen van de volgende kleding en/of accessoires is tijdens de lessen Lichamelijke Opvoeding verboden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om accessoires (zoals sjaals en riemen), baseballpet, bivakmuts, burqa, chador, gezichtssluier, hoofddoek, modehoofddoekjes, niqaab, lange rok, tulband, sieraden (zoals horloges, kettingen, oorbellen, oorringen en ringen) en zichtbare piercings.

Reden: De genoemde kleding en/of accessoires

beperken de bewegingsvrijheid en kunnen ergens aan blijven hangen, hetgeen de lesmogelijkheden beperkt en letsel tot gevolg kan hebben.

Fysieke veiligheid

Het dragen van de volgende kleding en/of accessoires is tijdens de praktische vaklessen in de onderbouw, practicumlessen natuur- en scheikunde (onder- en bovenbouw) en lessen van de beroepsvoorbereidende programma's in de sectoren Groen, Techniek en Zorg & Welzijn (inclusief de afdeling Uiterlijke Verzorging) verboden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om accessoires (zoals sjaals en riemen), baseballpet bivakmuts, burqa, chador, gezichtssluijer, hoofddoek, modehoofddoekjes, niqaab, lange rok, tulband, sieraden (zoals horloges, kettingen, oorbellen, oorringen en ringen) en zichtbare piercings.

Reden: De genoemde kleding en/of accessoires beperken de bewegingsvrijheid, kunnen ergens aan blijven hangen of in brandvliegen, hetgeen de lesmogelijkheden beperkt en letsel tot gevolg kan hebben.

Fysieke veiligheid en hygiëne

Het dragen van beschermende kleding tijdens de praktische vaklessen in de onderbouw, practicumlessen natuur- en scheikunde (onder- en bovenbouw) en lessen van de beroepsvoorbereidende programma's in de sectoren Groen, Techniek en Zorg & Welzijn (inclusief de afdeling Uiterlijke Verzorging) is verplicht. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om bodywarmers, (latex) handschoenen, (jas-)schorten, kaplaarzen, monddoekjes, overalls, veiligheidsbrillen, veiligheidshandschoenen, veiligheidshelmen, veiligheidsschoenen en werkjassen. Reden: Het dragen van beschermende kleding draagt bij aan het voorkomen van schade aan de bovenkleding, aan het voorkomen van lichamelijke letsel en aan het bevorderen van een hygiënische situatie.

Fysieke veiligheid en hygiëne

Het verwijderen van sieraden tijdens de praktische vaklessen in de onderbouw, practicumlessen natuur- en scheikunde (onder- en bovenbouw) en lessen van de beroepsvoorbereidende programma's in de sectoren Groen, Techniek en Zorg & Welzijn (inclusief de afdeling Uiterlijke Verzorging) is verplicht. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om horloges, kettingen, lange oorbellen, oorringen en ringen. Reden: Het verwijderen van sieraden draagt bij aan het voorkomen van lichamelijke letsel (kunnen namelijk ergens achter blijven hangen), aan het voorkomen van schade aan de sieraden en aan het bevorderen van een hygiënische situatie.

Afstemming arbeidsmarkt

In het kader van het vergroten van de stagemogelijkheden en de representativiteit van leerlingen en werknemers is het dragen van de volgende kleding en/of accessoires verboden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om te blote kleding, kleding en/of accessoires voorzien van teksten, die voor anderen beledigend (kunnen) zijn, zichtbare piercings en zichtbare tatoeages.

Reden: De school is wettelijk verplicht bij het verzorgen van onderwijs zorg te dragen voor afstemming op de arbeidsmarkt en bij te dragen aan het (toekomstig) maatschappelijke functioneren van leerlingen. Hiertoe hebben docenten (met name van de beroepsvoorbereidende programma's) contact met en/of volgen docentenstages in het bedrijfsleven. Leerlingen in het derde en/of vierde leerjaar VMBO volgen een beroepsoriënterende en/of beroepsopleidende stage, die deel uitmaakt van het curriculum. Leerlingen, die niet aan deze voorwaarde kunnen voldoen, kunnen geen diploma behalen."

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 De vraag ligt voor of verzoekster door invoering en toepassing van de thans in conceptvorm voorliggende gedragscode jegens haar leerlingen en/of medewerkers in strijd zal handelen met de gelijkebehandelingswetgeving.

Algemeen kader

3.2 De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) biedt bescherming tegen onderscheid bij de arbeid (artikel 5) en bij het aanbieden van en het verlenen van toegang tot goederen en diensten, waaronder onderwijs (artikel 7). Voor deze zaak betekent dit, dat moet worden beoordeeld of verzoekster, in haar hoedanigheid van aanbieder van arbeid respectievelijk onderwijs, met het kledingsreglement onderscheid maakt jegens haar medewerkers respectievelijk leerlingen.

3.3 Onder onderscheid wordt zowel direct als indirect onderscheid begrepen. Er is sprake van direct onderscheid indien rechtstreeks wordt verwezen naar een discriminatiegrond. Indirect onderscheid is onderscheid op grond van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, dat personen bijzonder treft in verband met een of meer in de wet genoemde gronden.

3.4 Het criterium godsdienst is een van de door de AWGB beschermde persoonlijke kenmerken op grond waarvan een aanbieder van arbeid en van onderwijs geen direct of indirect onderscheid mag maken, behoudens wettelijke uitzondering of, in

geval van indirect onderscheid, een objectieve rechtvaardiging.

3.5 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. Vgl. 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 om hun leven volgens godsdienstige voorschriften en regels in te richten en hier ook anderszins gestalte aan te geven in de leefsituatie en omgeving (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 3). Hieruit volgt dat de AWGB tevens bescherming biedt aan gedragingen die, mede gelet op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging, zij het dat deze gedragingen in voorkomende gevallen kunnen worden beperkt gelet op de noodzakelijk bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of andere in een democratische samenleving beschermwaardige belangen. Vanwege deze laatste reden heeft de Commissie in het verleden geoordeeld dat het stellen van restricties aan het dragen van een hoofddoek door een moslimvrouw of -meisje minder snel de toets van de gelijkebehandelingswetgeving kan doorstaan dan het verbieden van, ook op grond van het moslimgeloof voorgeschreven, kledingstukken waardoor het gezicht van de betrokken moslimvrouwen en -meisjes (vrijwel) geheel wordt bedekt (CGB 2004-41, 22 april 2004). Een en ander laat onverlet dat van de betrokkene in voorkomende gevallen zo nodig kan worden verlangd dat hij kan stellen en bewijzen dat een gedraging uiting geeft van zijn godsdienst (EHRM 13 april 2006, Kostecki t. Macedonië, EHRC 2006, 73 (m.nt. J.H. Gerards).

Specifieke toetsingskader

3.6 Met betrekking tot de voorliggende zaak stelt de Commissie voorop dat in de gedragscode diverse bepalingen zijn opgenomen betreffende kleding en accessoires in het algemeen. De Commissie kan de gedragscode alleen beoordelen ten aanzien van de vraag of sprake is van het maken van onderscheid op grond van de gelijkebehandelingswetgeving. Zij is derhalve niet bevoegd te oordelen over kledingvoorschriften in het algemeen, zoals een verbod op het dragen van te blote kleding, baseballpetjes, sieraden of piercings.

Hoofddoeken en geheel of gedeeltelijk gezichtsbedekkende kleding

3.7 De gedragscode verbiedt het dragen van kleding die de communicatie, identificatie of bewegingsvrijheid belemmert. Daarmee is zowel het dragen van hoofddoeken als het dragen van geheel of gedeeltelijk gezichtsbedekkende kleding verboden. Door een dergelijk verbod kunnen personen worden getroffen die hun gezicht op grond van de voor hen geldende godsdienstige voorschriften en regels geheel of gedeeltelijk bedekken. Het is de Commissie met betrekking tot de voorliggende zaak gebleken dat dit in het bijzonder geldt voor moslimvrouwen en -meisjes, die als uiting van hun geloof een hoofddoek, gezichtssluier, burqa, chador of nikaab dragen. Omdat de op zich neutraal geformuleerde gedragscode ook het dragen van kledingstukken verbiedt die geen verband houden met godsdienst en de code ook anderszins niet-discriminatoir is geformuleerd, moet worden geconcludeerd dat invoering en toepassing van de voorgenomen gedragscode leidt tot indirect onderscheid vanwege godsdienst.

3.8 In artikel 2, eerste lid, AWGB is bepaald dat indirect onderscheid niet is verboden indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het is ingevolge artikel 10 AWGB aan degene die door middel van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze indirect onderscheid maakt een dergelijke objectieve rechtvaardiging te stellen en te bewijzen. 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. Een legitiem doel vereist dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het doel dient voorts legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend, dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de persoon of organisatie die het onderscheid maakt. 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 gelijke behandelingswetgeving.

3.9 Bij de objectieve rechtvaardigingstoets zal de Commissie afzonderlijk aandacht wijden aan gezichtsbedekkende kleding en hoofddoeken. Terecht heeft verzoekster beide kledingstukken in de gedragscode niet op één lijn geplaatst. Gezichtsbedekkende kleding maakt immers identificatie en communicatie onmiskenbaar lastiger dan hoofddoeken. Voor de Commissie is dit in het

verleden aanleiding geweest de geschiktheid en noodzakelijkheid van kledingsvoorschriften die ook het dragen van gedeeltelijk gezichtsbedekkende kleding verbieden strenger te toetsen dan kledingsvoorschriften die enkel zien op kleding die (vrijwel) het gehele gezicht bedekken, zoals een nikaab (zie CGB 2003-112, 5 augustus 2003).

Gezichtsbedekkende kleding

3.10 Verzoekster heeft verklaard dat zij met het verbod op (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding op de scholengemeenschap beoogt de communicatie, en identificatie te bevorderen in de school en op het schoolterrein.

3.11 De Commissie stelt vast dat een goede communicatie tussen docenten, andere medewerkers en leerlingen een noodzakelijke voorwaarde vormt voor een succesvol onderwijsleerproces. Voorts geldt dat het onderwijsleerproces zich niet beperkt tot het leslokaal. Een goede communicatie is niet alleen van belang in de lessen, maar ook in de pauzes en op het schoolplein. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van verzoekster om een optimaal onderwijskundig en pedagogisch klimaat op school te creëren. In dezelfde zin oordeelde de Commissie in CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40.

3.12 Wat betreft het doel om eenieder in de school en op het schoolterrein te kunnen identificeren geldt dat het tot de verantwoordelijkheid en de verplichting van verzoekster behoort te zorgen voor een veilig schoolklimaat. In dit kader is het onmiskenbaar van belang dat verzoekster – onder meer tijdens surveillances – moet kunnen vaststellen of personen die zich in het schoolgebouw of op de schoolterreinen van verzoekster bevinden, iets op school te zoeken hebben. Dit belang is groot, gelet op de omvang en de ligging van de school. Op de school van verzoekster lopen leerlingen in en uit.

In de onmiddellijke nabijheid zijn twee andere, grote scholen gelegen, een ROC (3000 leerlingen) en een Havo/VWO school (1600 leerlingen). In dezelfde zin oordeelde de Commissie in CGB 1 september 2004, oordeel 2004-110.

3.13 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door verzoekster genoemde doelen beantwoorden aan een werkelijke door haar gevoelde behoefte en geen discriminatoir oogmerk hebben.

3.14 Vervolgens rijst de vraag of het door verzoekster gehanteerde middel – het verbod op het dragen van (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding – passend en noodzakelijk is. Op dit punt gelden de volgende overwegingen.

3.15 Het verbod op het dragen van geheel of gedeeltelijk gezichtsbedekkende kleding draagt bij aan het tweeledige doel dat verzoekster nastreeft. Zo is het door middel van het verbod mogelijk om tijdens de communicatie de gezichtsuitdrukking en de articulatie van betrokkenen waar te nemen en kan effectief en zonder grote moeite worden gecontroleerd of personen die het terrein van verzoekster betreden, zich in de gebouwen bevinden of deel wensen te nemen aan bepaalde activiteiten – leerling of medewerker – en dus bevoegd zijn. Gelet op deze overwegingen kan het middel als passend worden gekwalificeerd.

3.16 Nu niet valt in te zien hoe de na te streven doelen met een ander middel, dat verenigbaar is met de wetgeving gelijke behandeling, kunnen worden bereikt, moet het verbod op (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding als noodzakelijk worden aangemerkt. Ook staat het middel in redelijke verhouding tot de doelen. Het door verzoekster gemaakte indirecte onderscheid levert aldus geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.17 Onder het kopje ‘fysieke veiligheid’ staat in de gedragscode vermeld dat onder meer burqa, chador, nikaab en gezichts sluier – alle gezichtsbedekkende kleding – zijn verboden, met als reden dat deze kleding de bewegingsvrijheid beperkt en gevaar oplevert. De Commissie is van oordeel dat deze regel in de gedragscode geen afzonderlijke beoordeling behoeft, omdat gezichtsbedekkende kleding al om de in 3.9 – 3.16 genoemde redenen kan worden verboden. De Commissie spijst de volgende overwegingen daarom toe op de regels die de gedragscode geeft voor het dragen van een hoofddoek, als onderdeel van het verbod op kleding die de bewegingsvrijheid beperkt en/of onveilig is. Indien een verbod op het dragen van een hoofddoek in dat kader is toegestaan, zal dit ook gelden voor een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding. Indien echter het dragen van een hoofddoek in dat kader moet worden getolereerd, geldt dat gezichtsbedekkende kleding kan worden verboden vanwege de eerder genoemde redenen van communicatie en identificatie.

Hoofddoek

3.18 Uit de gedragscode volgt dat tijdens de lessen Lichamelijke Opvoeding en de vak- en practicumlessen onder het verbod van bewegingsvrijheid beperkende en/of onveilige kleding eveneens het dragen van een hoofddoek valt. Verzoekster heeft verklaard dat zij het dragen van een sporthoofddoek tijdens de lessen Lichamelijke Opvoeding wel toestaat. De gedragscode zal op dit punt door verzoekster nog worden aangevuld. De Commissie zal daartoe een aanbeveling doen.

Nu verzoekster toestaat dat haar leerlingen tijdens de lessen Lichamelijke Opvoeding een sporthoofddoek dragen, is er in beginsel geen sprake van enig onderscheid op grond van godsdienst voor zover het de lessen Lichamelijke Opvoeding betreft.

Verzoekster heeft echter ervaren dat ouders bezwaren maken tegen de voorgeschreven uitvoering van de sporthoofddoek. Deze bezwaren houden verband met voorschriften van godsdienstige aard. Hieromtrent overweegt de Commissie als volgt. Ook voorwaarden die aan een sporthoofddoek worden gesteld, kunnen in het bijzonder vrouwen die het islamitische geloof belijden, treffen, voor zover hun geloof eisen stelt aan de wijze waarop het hoofd en eventueel ook de schouders en borsten worden bedekt. Er kan dus sprake zijn van indirect onderscheid dat een objectieve rechtvaardiging behoeft. Daarom zal de Commissie aanbevelen dat verzoekster stil staat bij het doel dat zij dient door een bepaald model sporthoofddoek voor te schrijven, zoals de veiligheid en hygiëne. Vervolgens dient zij te verifiëren dat het voor te schrijven model passend en noodzakelijk is om het doel te bereiken. Zie CGB 1 mei 2006, oordeel 2006-84. Aangezien de lessen Lichamelijke Opvoeding dwingend zijn voorgeschreven, ongeacht de gekozen richting, ligt het voor de hand dat verzoekster ruimte laat voor de eisen die uit het beleden geloof voortvloeien. Deze ruimte kan worden beperkt, indien de keuze van het model voortvloeit uit overleg dat verzoekster heeft gevoerd met een de gebruikelijke medezeggenschapsorganen en vertegenwoordigers van leerlingen die het islamitisch geloof belijden. Vergelijk de recente uitspraak van de House of Lords (*Begum versus Denbigh High School*, 22 maart 2006, session 2005-06, 2006 UKHL 15), waarin is geoordeeld dat de leiding van de Denbigh High School haar bevoegdheden niet heeft overschreden door een moslimleerlinge te verbieden een jilbab, een lang gewaad, dat het hele lichaam behalve de handen en het gezicht bedekt, te dragen.

3.19 Resteert de vraag te beantwoorden of de gedragscode ten aanzien van het verbod van het dragen van bewegingsvrijheid beperkende en/of onveilige kleding, waaronder verzoekster ook een hoofddoek schaaft, tijdens de vak- en practicumlessen het verbod op onderscheid op grond van godsdienst kan doorstaan. Hetgeen is overwogen onder 3.6 tot en met 3.8 is van overeenkomstige toepassing. Verzoekster maakt aldus op dit punt indirect onderscheid op grond van godsdienst.

3.20 Verzoekster heeft verklaard dat zij met het verbod op het dragen van bewegingsvrijheid beperkende en/of onveilige kleding, waaronder verzoekster ook een hoofddoek schaaft, tijdens de vak- en practicumlessen beoogt de fysieke veiligheid te waarborgen. Verzoekster heeft aangevoerd

dat in haar gedragscode genoemde kleding en accessoires de bewegingsvrijheid kunnen beperken, en ergens aan kunnen blijven hangen of in brand kunnen vliegen, hetgeen de lesmogelijkheden beperkt en letsel tot gevolg kan hebben.

Verzoekster heeft toegelicht dat de door haar leerlingen gedragen hoofddoeken voornamelijk zijn vervaardigd van nylon. Dit materiaal is uiterst brandgevaarlijk. In het verleden is tijdens een kookles een nylon jas in brand gevlogen. Sindsdien schrijft verzoekster uit veiligheidsoverwegingen het dragen van brandwerende kleding tijdens de kooklessen voor. De brandwerende kleding dient van katoen te zijn.

3.21 Voor de lessen Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde heeft verzoekster aanvullend naar voren gebracht dat het oefenen van de leerlingen op elkaar onderdeel vormt van het onderwijsleerproces. Dit om te ervaren hoe het is om door een ander te worden verzorgd.

De Commissie tekent aan dat in de gedragscode aan dit doel niet wordt gerefereerd. Met het oog hierop zal de Commissie een aanbeveling formuleren. Klaarblijkelijk verstaat verzoekster onder bewegingsvrijheid beperkende en/of onveilige kleding mede kleding die verhindert dat leerlingen in het kader van lessen Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde op elkaar kunnen oefenen. Het dragen van een hoofddeksel staat een goed leerproces in de weg. Verzoekster stelt haar leerlingen van te voren op de hoogte van de inhoud van de opleiding en de voorwaarden die gelden voor deelname aan de lessen.

3.22 De Commissie acht de doelen die verzoekster nastreeft legitiem, in de zin dat zij beantwoorden aan een werkelijke gevoelde behoefte zonder dat sprake is van een discriminatoir oogmerk. Het behoort zoals reeds eerder overwogen tot de verantwoordelijkheid van verzoekster een optimaal onderwijskundig en pedagogisch klimaat op school te creëren. Bovendien is het de verantwoordelijkheid van verzoekster om de veiligheid van de leerlingen op school te waarborgen. De Commissie is van oordeel dat de door verzoekster genoemde doelen, veiligheid en leerervaring, in zichzelf niet discriminatoir zijn. Ook zijn ze voldoende zwaarwegend en beantwoorden zij aan een werkelijke behoefte van verzoekster.

3.23 Vervolgens rijst de vraag of het door verzoekster gehanteerde middel – het verbod op het dragen van bewegingsvrijheid beperkende en/of onveilige kleding waaronder verzoekster een hoofddoek schaaft – passend en noodzakelijk is. Op dit punt gelden de volgende overwegingen.

3.24 Het verbod draagt bij aan de doelen die verzoekster nastreeft. Zo draagt het middel onder meer bij aan het waarborgen van de fysieke veilig-

heid van de leerlingen tijdens de vak- en practicumlessen en bevordert het middel het onderwijsleerproces, waarin onder meer de leerervaring van de leerlingen in het verzorgen en verzorgd worden wordt geoefend. Gelet hierop kan het middel als passend worden gekwalificeerd.

3.25 De Commissie overweegt ten aanzien van de noodzakelijkheid van het middel tijdens de kooklessen als volgt. Uit oogpunt van brandveiligheid komt het dragen van beschermende kleding vervaardigd van katoen voor als een redelijke eis. De Commissie kan echter niet uitsluiten dat er alternatieven beschikbaar zijn om tegemoet te komen aan de religieuze bezwaren van sommige leerlingen om de (nylon) hoofddoek af te nemen. Verzoekster zal, wil zij er zeker van zijn dat het indirect onderscheid in deze situaties objectief gerechtvaardigd is, steeds moeten afwegen of er andere mogelijkheden zijn om aan de uit een religieuze overtuiging voortvloeiende bezwaren tegen het kledingvoorschrift te voldoen, zonder dat de brandveiligheid in geding zal zijn, bijvoorbeeld in de vorm van hoofddoeken van katoenen stof, althans brandwerend materiaal.

3.26 De Commissie merkt op dat de door verzoekster voorgeschreven brandwerende kleding – waaronder de brandwerende hoofdbedekking – niet in de voorgenomen gedragscode is opgenomen. De gedragscode vermeldt een algemene opsomming van beschermende kleding. Het verdient aanbeveling melding te maken van de voorgeschreven brandveilige kleding tijdens de kooklessen en het materiaal, katoen, waarvan deze kleding dient te zijn. De Commissie zal hiertoe een aanbeveling doen.

3.27 De Commissie overweegt ten aanzien van het bevorderen van het onderwijsleerproces als doel als volgt. Indien wordt beoogd een leerling te doen ervaren hoe het is om bijvoorbeeld door een ander te worden gewassen, om dit vervolgens in een les te bespreken, dan kan niet worden ingezien op welke wijze verzoekster met een ander middel het doel kan bereiken. Derhalve moet het verbod op het dragen van een hoofddoek tijdens de vak- en practicumlessen voor wat betreft de afdeling Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde als noodzakelijk worden aangemerkt. Ook staat het middel in redelijke verhouding tot de doelen. De Commissie acht het in dit kader van belang dat de leerlingen specifiek kiezen voor een bepaalde opleiding. De leerlingen worden voorafgaande geïnformeerd over de inhoud van de opleiding en de voorwaarden die door verzoekster worden gehanteerd voor deelname aan de gekozen opleiding. De Commissie onderschrijft het belang dat door verzoekster is toegelicht dat leerlingen die de lessen Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde volgen, dienen te ervaren hoe het

is om door een ander te worden verzorgd. Op dit punt verschilt de onderhavige zaak van de zaak die is beoordeeld in CGB 15 juni 2005, oordeel 2005-104. In die zaak stelde een kappersschool de eis dat cursisten hun hoofddoek tijdens de les afdoen. De school voerde als doel aan dat cursisten verschillende haartypes leren herkennen. De Commissie overwoog dat er sprake was van indirect onderscheid op grond van godsdienst, dat niet kan worden gerechtvaardigd. Voor het leren kennen van diverse haartypes is het voldoende om een aantal modellen beschikbaar te hebben. In het onderhavige geval beoogt verzoekster leerlingen zelf te laten ondervinden hoe het is om verzorgd te worden. Dit onderdeel van het onderwijsleerproces kan niet worden vervangen of anderszins worden uitgevoerd. De Commissie is van oordeel dat het door verzoekster op dit punt gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst niet in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving, aangezien een objectieve rechtvaardiging aanwezig is.

3.28 Vooralsnog kan niet worden vastgesteld dat met de overige bepalingen in de voorgenomen gedragscode direct of indirect onderscheid zal worden gemaakt op enige in de wetgeving gelijke behandeling beschermde grond. Wel moet met name ten aanzien van het voorschrift kleding en/of accessoires voorzien van teksten en/of afbeeldingen, die voor anderen beledigend (kunnen) zijn, genoemd onder Sociale Veiligheid en Afstemming arbeidsmarkt worden opgemerkt, dat het op voorhand niet uit te sluiten valt, dat dit voorschrift in een concreet geval in botsing zou kunnen komen met één van de in de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . bij toepassing van het voorgenomen kledingvoorschrift voor de kooklessen en overige vak- en practicumlessen, met uitzondering van de afdeling Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde, geen verboden onderscheid op grond van godsdienst zal maken, mits de aanbevelingen van de Commissie zullen worden gevolgd.

5 Aanbeveling

De Commissie beveelt verzoekster aan onder het kopje 'Fysieke veiligheid' betreffende de lessen Lichamelijke Opvoeding op te nemen dat het dragen van een sporthoofddoek tijdens de les is toegestaan voor leerlingen die vanwege hun religieuze overtuiging een hoofddoek dragen. Bij de keuze van de voor te schrijven sporthoofddoek wordt verzoekster aanbevolen stil te staan bij het doel dat zij dient door een bepaald model sporthoofddoek

voor te schrijven, zoals de veiligheid en hygiëne en te verifiëren dat het voor te schrijven model passend en noodzakelijk is om het doel te bereiken. Het verdient aanbeveling hierbij de gebruikelijke medezeggenschapsorganen te betrekken, alsmede de vertegenwoordigers van leerlingen die het islamitisch geloof belijden.

De Commissie beveelt voorts aan de gedragscode, daar waar gesproken wordt over beschermende kleding aan te vullen met het voorschrift van brandveilige kleding en het materiaal waaruit brandveilige kleding dient te bestaan. In dit verband acht de Commissie het ook van belang dat verzoekster voor de overige vak- en practicumlessen een alternatief bedenkt dat enerzijds tegemoet komt aan de religieuze overtuiging van sommige leerlingen en anderzijds voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de fysieke veiligheid en brandveiligheid.

Tenslotte beveelt de Commissie aan dat in de gedragscode een apart kopje wordt gewijd aan kledingvoorschriften die samenhangen met het onderwijsleerproces, bijvoorbeeld in het kader van de lessen Zorg en Welzijn, Verzorging en Huishoudkunde.

Noot door: Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1. Het betreft hier een oordeel over eigen handelen, gebaseerd op een verzoek, als bedoeld in art. 12, tweede lid, onderdeel b, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Het bevoegd gezag van een school voor voortgezet onderwijs is voornemens een gedragscode inzake kleding en aanverwante attributen voor leerlingen en (in- en externe) medewerkers in te voeren. De gedragscode zal gaan gelden in het schoolgebouw en op alle tot de school behorende terreinen, zoals het schoolplein en de sportvelden. Dit oordeel is niet het eerste en enige in zijn soort. Zie bijvoorbeeld reeds oordeel 2004-41 dat ging over in te stellen kledingvoorschriften aan een bijzondere basisschool.

2. Het verschijnsel van kledingvoorschriften op scholen heeft de laatste jaren een hoge vlucht genomen. Dat heeft ongetwijfeld te maken met de toegenomen aandacht voor normen en waarden, bij de handhaving waarvan het onderwijs een voorhoederol is toebedacht. De school is immers, zoals de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid het uitdrukte, 'zo ongeveer het enige formele en verplichte institutionele verband (...) waaraan alle toekomstige volwassen burgers moeten deelnemen ongeacht hun talent, etnische achtergrond of sociale klasse' (WRR, *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 216). Om schoolbesturen terwille te zijn, publiceerde de

minister van OCW een *Leidraad kleding op scholen* (Zoetermeer, 2003). Daarin wordt uitgelegd welke eisen een school aan kleding mag stellen, wat de wettelijke (on)mogelijkheden zijn, hoe deze eisen in de school kunnen worden vastgelegd en hoe ze kunnen worden gehandhaafd. Deze leidraad verscheen overigens niet dan nadat daarover aan de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) advies was gevraagd en verkregen (CGB-advies/2003/01 inzake gezichtssluiers en hoofd-
doeken op scholen).

3. Kledingvoorschriften zijn er ook buiten scholen, in andere instellingen, bij de overheid of in ondernemingen. De CGB-jurisprudentie laat daarvan voldoende voorbeelden zien. Zie over recente oordelen het overzichtsartikel van B.P. Vermeulen inzake 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', elders in deze Oordelenbundel. Ook ten aanzien van de openbare ruimte worden door sommige politici kledingvoorschriften wenselijk geacht. Zie over het in 2006 verschenen rechtsgeleerd advies over een in te stellen boerka verbod 'op straat' eveneens de bijdrage van Vermeulen in dit boek.

4. De voorschriften die in de onderhavige gedragscode aan bod komen, vallen slechts gedeeltelijk onder de competentie van de CGB, namelijk voor zover daarmee direct of indirect onderscheid wordt gemaakt op een van de gronden die in de AWGB worden genoemd. Er wordt in casu uitsluitend getoetst aan het verbod van onderscheid op de grond van religie, in het bijzonder wat betreft de positie van moslims. De Commissie ziet geen rol voor zichzelf weggelegd bij het beoordelen van verbodvoorschriften inzake blote kleding, honkbalpetjes, bivakmutsen, sieraden, piercings of iets dergelijks. Zij laat zich verder niet uit over de mogelijkheid van onderscheid op andere in de AWGB vermelde gronden. Zie evenwel overweging 3.28, waarin de Commissie opmerkt dat een verbod van kleding en/of toebehoren waarop teksten en/of afbeeldingen voorkomen die voor anderen beledigend (kunnen) zijn, in een concreet geval in botsing zou kunnen komen met één van de beschermde gronden. Waarschijnlijk wordt hier bedoeld op de mogelijkheid van het uitdrukking geven aan iemands politieke gezindheid. Het is lastig, zo begrijp ik de redenering van de Commissie, om in *het algemeen* en *vooraf* uitspraken te doen over het bieden van mogelijkheden en het stellen van grenzen aan politieke meningsuitingen. Dat lijkt me terecht. Bij de politieke meningsuiting moet meer dan bijvoorbeeld de godsdienstige worden gelet op de uitwerking ervan op de omgeving. Zij is intrinsiek contextgebonden. Voor de beoordeling van de inhoud, is ook de wijze waarop zij wordt gepresenteerd van belang.

5. Het onderhavige oordeel staat geheel in de lijn van eerdere Commissie-oordelen inzake chador, boerka en hoofddoeken. De verwijzingen door de Commissie naar die eerdere oordelen spreken voor zich. Er wordt ook verwezen (in overweging 3.18) naar de uitspraak van de House of Lords inzake *Begum versus Headteacher and Governors of Denbigh High School* [session 2005-06, [2006] UKHL 15]. De zaak betrof een verbod opgelegd door 'Denbigh' aan mevrouw Begum om een jilbab, een het hele lichaam behalve het hoofd bedekkend kledingstuk, te dragen. De draagster motiveerde deze keuze vanuit haar islamitisch geloof. De Commissie lijkt deze Britse uitspraak in te roepen om het argument kracht bij te zetten, dat de school een eigen afweging kan maken bij de 'beperking' van de individuele ruimte om het eigen geloof te belijden, mits dat gebeurt op een redelijke wijze en 'after wide consultation'. Opmerking verdient evenwel dat de uitspraak van de House of Lords niet zonder haken en ogen is. Hoewel werd erkend dat met het dragen van de jilbab de vrijheid van godsdienst gemoeid is (art. 9 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM)), meent een meerderheid van de Lords in deze uitspraak dat het verbod daarop niet gekwalificeerd kan worden als een beperking, onder meer omdat de betrokkene ook voor een andere school zou hebben kunnen kiezen. Aan een afweging omtrent de gerechtvaardigdheid van de maatregel kwamen zij daarom niet toe. Voor een kritische bespreking van de uitspraak, zie: Gareth Davies, (*Not Yet*) *Taking Rights Seriously: The House of Lords in Begum v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, 13 November 2006, gepubliceerd op: www.du.edu/gsis/hrhw/working/2006/37-davies-2006.pdf.

2006-220

Handenschudden op school?

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te beoordelen of verweerster in strijd heeft gehandeld met het verbod van onderscheid naar godsdienst bij de arbeidsomstandigheden door haar te beletten haar werkzaamheden uit te voeren omdat zij in voorkomende gevallen niet bereid is mannen de hand te schudden.

1.2 Verzoekster heeft de Commissie verzocht om een spoedprocedure, omdat zij is geschorst totdat over deze kwestie duidelijkheid zal zijn verkregen. De Commissie heeft dit verzoek gehonoreerd.

1.3 De Commissie heeft op 17 oktober 2006 zitting gehouden, waarbij partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht. Dit betrof een gevoegde zitting, waarin tevens aan de orde was het door verweerster ingediende verzoek inzake een oordeel omtrent eigen handelen naar aanleiding van dezelfde kwestie, verschenen onder nummer 2006-221.

1.4 Verweerster heeft zich ter zitting laten vertegenwoordigen door, en, beleidsmedewerker personeel en organisatie.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is moslim. Zij is sinds 1 augustus 2005 als docent economie werkzaam op een school voor voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs (vmbo) van verweerster.

2.2 Verweerster is een stichting voor openbaar voortgezet onderwijs. Zij is als zodanig het bevoegd gezag van elf scholen die vallen binnen het kader van de Wet op het voortgezet onderwijs, waaronder de school waar verzoekster werkzaam is. Ten tijde van de behandeling van dit verzoek kent de desbetreffende school 710 leerlingen, van wie het merendeel van Marokkaanse en Turkse afkomst is. De school heeft 130 medewerkers, van wie 22% van niet-Nederlandse origine.

2.3 Verzoekster heeft alle collega's op de eerste dag van het schooljaar 2006-2007, maandag 28 augustus 2006, per mail meegedeeld dat zij vanwege haar geloofsovertuiging mannen voortaan geen hand meer wenst te geven, en daarbij de hoop uitgesproken dat dit de contacten met collega's niet

zal verstoren. Kort voor het verzenden van de mail kwam zij de directeur van de school tegen, aan wie zij haar besluit toen mondeling heeft kenbaar gemaakt. Het moment was niet geschikt om een en ander rustig te bespreken.

2.4 De directeur van de school heeft verzoekster op dezelfde dag meegedeeld dat haar besluit om mannen in het vervolg geen hand meer te geven niet verenigbaar is met het docentschap op de school. Hij heeft haar gevraagd haar besluit in het licht van deze onverenigbaarheid met het docentschap te overdenken en haar naar huis gestuurd.

2.5 Verzoekster heeft de directeur op 29 augustus 2006 telefonisch meegedeeld dat zij bij haar standpunt blijft en zij heeft dit bij schrijven van 30 augustus 2006 toegelicht. De directeur van de school heeft hierop bij brief van 4 september 2006 gereageerd.

2.6 Verweerster heeft verzoekster bij brief van 12 september 2006 meegedeeld dat verzoekster als ordemaatregel is geschorst, een maatregel die van kracht blijft totdat de Commissie heeft geoordeeld over de zaak.

2.7 Verweerster heeft een omgangscodex met betrekking tot intimidatie, discriminatie en geweld. De code is bedoeld ter bescherming van eenieder en ter bevordering van de integratie van groepen die dreigen te worden achtergesteld of gediscrimineerd of die dat al zijn. In deze code staat dat er binnen het onderwijs geen plaats behoort te zijn voor vooroordelen en discriminatie. In de code neemt verweerster afstand van ethocentrisme, waaronder blijkens de code wordt verstaan: "De opvatting dat de levenswijze, gewoonten en waarden van de eigen groep of groepering beter zijn dan die van andere groepen, zonder dat objectieve toetsing heeft plaatsgevonden."

2.8 In de code staat voorts dat verweerster zich actief inzet om aan haar leerlingen "de in Nederland geldende normen en waarden uit te dragen" en om te voorkomen dat mensen binnen haar organisatie worden achtergesteld op grond van onder andere godsdienst of levensovertuiging.

3 Beoordeling van het verzoek

Rechtsvraag

3.1 In geding is of verweerster onderscheid maakt naar godsdienst door haar medewerkers te verplichten om andere personen in voorkomende gevallen bij wijze van begroeting een hand te geven ongeacht het geslacht van de ander.

Toetsingskader

3.2 Artikel 5, eerste lid, onderdeel h, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in samenhang met artikel 1 van deze wet bepaalt dat het bij de arbeidsomstandigheden niet is toegestaan onderscheid te maken op grond van onder meer godsdienst. Het begrip arbeidsomstandigheden ziet vanouds op de omstandigheden – rakend aan de gezondheid, de veiligheid en het welzijn van de betrokkenen – waaronder de arbeid wordt uitgevoerd. Een werkgever die zijn werknemers de verplichting oplegt bij het verrichten van werkzaamheden bepaalde omgangsvormen in acht te nemen, reguleert daarmee de arbeidsomstandigheden. De verplichting tot het in voorkomende gevallen, bij wijze van begroeting, geven van een hand aan een andere persoon ongeacht geslacht valt daarmee binnen de reikwijdte van het begrip arbeidsomstandigheden, zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, onderdeel h, AWGB.

3.3 In oordeel 2006-51 van 27 maart 2006, oordeelde de Commissie dat niet valt in te zien waarom fatsoenlijke omgangsvormen per se impliceren dat bij het begroeten handen worden geschud. Tal van andere, respectvolle begroetingsvormen zijn immers denkbaar. Dit kan anders zijn indien het geven van handen beschouwd zou moeten worden als essentieel voor een bepaalde functie of opleiding. Dit oordeel is herhaald in oordeel 2006-202 van 5 oktober 2006.

3.4 Voorts stelde de Commissie in oordeel 2006-51 vast dat de weigering om personen van het andere geslacht een hand te geven, kan worden opgevat als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen, en daarmee als discriminatie. Werkgevers en aanbieders van goederen en diensten hebben een verantwoordelijkheid bij het voorkomen van dergelijke vormen van discriminatie. In dat verband kan het opleggen van een verplichting aan medewerkers of studenten tot een uniforme wijze van begroeting echter niet als noodzakelijk worden beschouwd, omdat immers alternatieve begroetingsvormen mogelijk zijn. Nu verweerster niet zozeer een gelijke wijze van begroeten van mannen en vrouwen door haar docenten nastreeft maar expliciet handen schudden van hen verlangt, en verzoekster in het voorliggende geval heeft verklaard bereid te zijn in het geheel af te zien van het schudden van handen, en om iedereen op eenzelfde, respectvolle wijze te begroeten, komt in dit oordeel niet aan de orde of de verlangde bereidheid om handen te schudden ongeacht geslacht noodzakelijk is om een discriminatievrije werkvloer te waarborgen.

3.5 Verzoekster en verweerster hebben beide betoogd dat de voorliggende kwestie niet identiek is aan de eerder gegeven oordelen, maar enkele

nieuwe vragen oproept. Verzoekster is, in tegenstelling tot de verzoeker in de zaak die voorlag in oordeel

2006-202, al bij verweerster in dienst. Verweerster heeft voorts gewezen op het openbare karakter van haar school, op het feit dat het merendeel van de leerlingen van niet-Nederlandse afkomst is en daardoor aanzienlijk kansarmer zal zijn op de arbeidsmarkt, alsmede op de voorbeeldfunctie die verzoekster als docent heeft.

Beoordeling van de voorliggende zaak

3.6 De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat het bij een begroeting niet geven van een hand een gedraging is waarmee iemand uiting kan geven aan zijn of haar islamitische geloofsovertuiging, die valt onder het begrip godsdienst, zoals beschermd door de AWGB (vgl. CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94, CGB 27 maart 2006, oordeel 2006-51 en CGB 5 oktober 2006, oordeel 2006-202).

3.7 Hoewel de wijze waarop verweerster het openbare karakter van haar school wil realiseren door een strikte neutraliteit zou kunnen wijzen op direct onderscheid op grond van godsdienst, zal de Commissie niet nagaan of daarvan in de onderhavige zaak sprake is, nu partijen het erover eens zijn dat de door verweerster gehanteerde eis leidt tot indirect onderscheid op grond van godsdienst. In het tegelijkertijd verschenen oordeel naar aanleiding het verzoek van verweerster om haar eigen handelen te beoordelen, wordt hieraan wel aandacht besteed (vgl. overweging 1.3). De vraag die partijen scheidt in de onderhavige kwestie beperkt zich ertoe of voor de door verzoekster bestreden functie-eis al dan niet een objectieve rechtvaardiging is in deze zaak.

3.8 Ingevolge de wetgeving gelijke behandeling kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die indirect 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 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 wetgeving gelijke behandeling.

3.9 Verweerster heeft aangegeven dat de functie-eis – kort samengevat – de volgende doelen heeft:

- Het bevorderen en handhaven van in Nederland geldende en gangbare respectvolle omgangsvormen op school met betrekking tot medewerkers en leerlingen;
- Het voorbereiden van leerlingen op de arbeidsmarkt.

Respectvolle omgangsvormen

3.10 Het eerste door verweerster aangevoerde doel betreft het bevorderen en handhaven van respectvolle omgangsvormen. Verweerster heeft in dit verband aangevoerd een onderwijsinstelling te zijn, die te maken heeft met een grote verscheidenheid aan medewerkers en leerlingen voor wat betreft culturele achtergrond, etniciteit en geloofsovertuiging. De school waar verzoekster werkzaam is staat open voor eenieder en iedereen moet zich er gerespecteerd voelen. Verweerster acht het daarom, ook vanuit pedagogisch oogpunt van belang dat er duidelijkheid bestaat over de omgangsvormen. Zij kiest daarom voor een uniform gedragsvoorschrift voor die gevallen waarin correcte begroetingen werkelijk van belang zijn. Daarbij sluit zij aan bij de in Nederland gebruikelijke omgangsvormen. Iedereen moet daarom bereid zijn anderen bij dergelijke gelegenheden een hand te geven. Discussie daarover, ten gevolge van het ontbreken van een eenduidige norm, zal de school segmenteren, de relatie tussen leerlingen en docenten bemoeilijken en leiden tot segregatie. Op een openbare vmbo-school moet aan uniformiteit meer gewicht worden toegekend dan aan diversiteit. Verweerster rekent het tot haar pedagogische taak om de gebruikelijke algemeen geaccepteerde fatsoens- en omgangsvormen in acht te nemen en over te dragen. Handen schudden bij het begroeten is een dergelijke omgangsvorm waarvan verweerster niet wil afwijken.

3.11 De Commissie acht dit doel, het bijbrengen van respectvolle omgangsvormen en praktiseren daarvan in de schoolomgeving, legitiem. Het voldoet aan een werkelijke behoefte en heeft geen discriminerend oogmerk.

3.12 De Commissie constateert dat verweerster deze respectvolle omgang nastreeft door het voorschrijven van een uniforme begroetingsregel, die erin bestaat dat men bij gelegenheid handen schudt. De Commissie oordeelt dat dit middel niet geschikt is. Het sluit weliswaar aan bij hetgeen door de meeste mensen in Nederland als gebruikelijk en respectvol wordt beschouwd, maar dat geldt niet voor iedereen, zoals blijkt uit het voor-

liggende geval. Met andere woorden, het nastreven van respectvolle omgang met behulp van een uniforme begroetingswijze die niet door iedereen als respectvol wordt beschouwd, is niet geschikt om die respectvolle omgang te bereiken.

3.13 Dit klemt te meer nu ook verweerster heeft beaamd dat er verschillende wijzen zijn van respectvolle begroeting. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat het opleggen van aan medewerkers de in Nederland dominante omgangsnormen, in dit geval het bij een begroeting geven van een hand, geen geschikt middel is om het eerder genoemde doel te bereiken. Tevens wijst de Commissie erop dat de norm op gespannen voet staat met de omgangscodes van verweerster. Deze omgangscodes schrijven niet voor wat een respectvolle wijze van begroeten is of dat respectvol begroeten uitsluitend mogelijk is door het schudden van handen. Integendeel, in de omgangscodes neemt verweerster afstand van ethnocentrisme (vgl. overweging 2.7) en wijst verweerster erop dat moet worden voorkomen dat mensen worden achtergesteld op grond van onder andere hun godsdienst (vgl. overweging 2.8). Het is de Commissie niet duidelijk wat de betekenis is van deze bepalingen in de omgangscodes. Het is de Commissie immers gebleken dat verzoekster juist vanwege op haar godsdienstberustende andere normen ten aanzien van een respectvolle wijze van begroeten, wordt geacht niet langer de functie van docent te kunnen uitoefenen.

3.14 Nu moet worden geoordeeld dat dit middel niet gepast is, komt de Commissie niet meer toe aan de beoordeling van de noodzakelijkheid van deze functie-eis.

Voorbereiden van leerlingen op de arbeidsmarkt

3.15 Verweerster heeft het voorbereiden van haar leerlingen op de arbeidsmarkt, in het bijzonder voorbereiding op de gebruikelijke omgangsvormen aldaar, aangevoerd als tweede doel ter rechtvaardiging van de door verzoekster bestreden verplichting. Verweerster heeft in dit verband naar voren gebracht dat bijna 90% van de schoolpopulatie van allochtone afkomst is, dat deze groep blootstaat aan discriminatie in de samenleving en op de arbeidsmarkt en dat het daarom van groot belang is dat deze leerlingen goed bekend zijn met de omgangsvormen in de samenleving. Door deze omgangsvormen over te dragen wil verweerster haar leerlingen zo kansrijk mogelijk maken voor de arbeidsmarkt.

3.16 De Commissie oordeelt dat het voorbereiden van leerlingen op de arbeidsmarkt, meer in het bijzonder op de gebruikelijke omgangsvormen op de arbeidsmarkt, een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is.

3.17 De vraag die vervolgens derhalve moet worden beantwoord is of het middel dat verweerster daartoe inzet, te weten dat zij van haar medewerkers verwacht dat deze bereid zijn zich ook conform te gedragen, geschikt is. Immers, niet alleen de schoolpopulatie maar ook de bevolking van Nederland is divers. Sectoren van de arbeidsmarkt kennen vaak hun eigen gebruiken. Hoewel het zonder meer van belang moet worden geacht dat leerlingen worden voorbereid op hetgeen ze te zijner tijd kunnen verwachten, is moeilijk in te zien waarom uniform gedrag van het docentencorps daartoe een geschikt middel is.

3.18 Nu de conclusie luidt dat het door verzoekster bestreden middel niet geschikt is ter voorbereiding van leerlingen op de arbeidsmarkt, komt de Commissie niet meer toe aan het beoordelen van de noodzakelijkheid hiervan.

3.19 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beide door verweerster aangevoerde doelen geen objectieve rechtvaardiging opleveren voor het verplichten van medewerkers de bereidheid te hebben om andere personen in voorkomende gevallen bij wijze van begroeting een hand te geven ongeacht het geslacht van de ander en dat verweerster derhalve in strijd handelt met artikel 5, eerste lid, onderdeel h, AWGB in samenhang met artikel 1 AWGB.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit te Utrecht verboden indirect onderscheid maakt op grond van godsdienst jegens bij de arbeidsomstandigheden.

Noot door: prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

1. Het schudden van de hand van de ander is een in Nederland gebruikelijke vorm van begroeting. Het behoort tot de omgangsvormen die we – als het goed is – al vroeg aan onze kinderen leren ('kom, geef ome Piet eens netjes een hand!'). In bepaalde omstandigheden wordt het weigeren een hand te geven dan ook als onbetamelijk gezien, en zelfs ronduit als een belediging ervaren. Dat geldt des te sterker, als die weigering blijkbaar is ingegeven door het feit dat de wederpartij van het andere geslacht is. Want waarom zou een vrouw weigeren een man een hand te geven, en vice versa? Veronderstelt ze dat hij oneerbare bedoelingen heeft? Zou hij handen schudden zien als een aantasting van haar (of zijn eigen) eerbaarheid? Dat het weigeren een hand te geven niet behoorlijk is, lijkt dus evident.

Niettemin heeft de Commissie het afgelopen jaar een aantal malen moeten oordelen over de vraag,

of een functie-eis inhoudend dat men (ook) de hand van personen van het andere geslacht schudt wel met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) verenigbaar is. In alle gevallen waarin zij tot een inhoudelijk oordeel kwam besliste de Commissie, dat sprake was van indirect onderscheid wegens godsdienst, nu in overwegende mate religieus bezwaarden door die eis getroffen worden; en dat dit indirecte onderscheid niet gerechtvaardigd was, en dus in strijd met de AWGB. Blijkbaar is het soms juist onbetamelijk – ongeoorloofd onderscheid makend – om van de wederpartij te vragen dat deze handen schudt.

2. Inhoudelijke uitspraken deed de Commissie in oordelen 2006-51, 2006-202, 2006-220 en 2006-221. In al deze zaken kwam zij zoals gezegd tot de slotsom, dat de reactie hierop van de wederpartij – niet toelaten, niet benoemen, schorsen – indirect onderscheid vormde dat niet objectief gerechtvaardigd was en dus verboden was. Daarnaast verklaarde zij in oordelen 2006-203 en 2006-204 verzoek(st)ers niet ontvankelijk in klachten rechtstreeks gerelateerd aan de zaak beslist in oordeel 2006-202. Het ging daarbij om klachten van het College van Burgemeester en Wethouders van Rotterdam en het vrouwelijk hoofd personeel en organisatie van de dienst Sociale Zaken en Werkgelegenheid van deze gemeente. Zowel de gemeente als de functionaris beklagden zich over het gedrag van de mannelijke sollicitant, die op grond van zijn islamitische geloofsovertuiging weigerde vrouwen een hand te geven. De Commissie meende dat ze niet ontvankelijk waren, nu hun klachten zien op een persoon die geen normadresaat is van de AWGB. De AWGB ziet immers – grosso modo – op werkgevers, aanbieders e.d., en niet op werknemers, consumenten etc. Zie voor een vergelijkbare beslissing oordeel 1998-95 (spiegelbeeld van oordeel 1998-94), gepubliceerd in *RV* 1998, 100 m.nt. Vermeulen.

3. De zaak die de meeste publiciteit en kritiek heeft gekregen betreft een vmbo-school die een islamitische docente schorste, omdat zij na haar zomervakantie meedeelde vanwege haar godsdienstige overtuiging mannen geen handen meer te zullen geven. In oordelen 2006-220 en 2006-221 besliste de Commissie dat de school daarmee verboden onderscheid op grond van godsdienst had gemaakt (deze oordelen betreffen dezelfde casus; oordeel 2006-220 is door de docente gevraagd en oordeel 2006-221 door de school). Naar ik begrepen heb is het bevoegd gezag – een stichting voor openbaar voortgezet onderwijs – in weerwil van deze oordelen overgegaan tot ontslag. Het wachten is op de uitslag van de procedure voor de bestuursrechter.

4. Onbestreden uitgangspunt is, dat sprake is van *indirect onderscheid*. De school vraagt van haar leerkrachten conformiteit met de gangbare respectvolle omgangsvormen, hetgeen onder meer inhoudt dat zij in voorkomende gevallen een hand hebben te geven ongeacht het geslacht van de wederpartij. Dit gedragsvoorschrift is neutraal geformuleerd, en wordt dus niet aangemerkt als een vorm van *direct onderscheid*. Het voorschrift zal evenwel met name leerkrachten treffen die op grond van hun geloofsovertuiging niet bereid zijn om personen van het andere geslacht een hand te geven, zodat wel sprake is van *indirect onderscheid*.

Indirect onderscheid kan evenwel gerechtvaardigd zijn (artikel 2, eerste lid, AWGB). Voorwaarden zijn daarvoor, dat het middel – de indirect onderscheid makende maatregel – een legitiem doel heeft, een passend middel vormt (geschikt is om het doel te bereiken) en noodzakelijk is in de zin dat geen lichter alternatief beschikbaar is. De Commissie komt tot de slotsom dat de aangevoerde doelen (bevorderen en handhaven van respectvolle omgangsvormen; voorbereiden van leerlingen op de arbeidsmarkt) legitiem zijn. Maar zij acht de maatregel met het oog op het eerstgenoemde doel niet passend en niet noodzakelijk, omdat door de betrokken docente de voorgeschreven begroetingsvorm – het geven van een hand, ook aan mannen – vanwege haar geloof niet als aanvaardbaar beschouwd wordt, en er een door haar als wel aanvaardbaar beschouwd adequaat alternatief – de vriendelijke hoofdknik – voorhanden is. Ook met het oog op het tweede doel (voorbereiding op de arbeidsmarkt) concludeert de Commissie dat het middel niet passend en niet noodzakelijk is, nu sectoren van de arbeidsmarkt vaak hun eigen gebruiken kennen (blijkbaar zijn dat sectoren – welke dat zijn wordt niet aangeduid – waar het handen schudden niet gebruikelijk of niet vereist is).

5. In een uitspraak van enkele jaren terug (oordeel 2002-22³) oordeelde de Commissie nog, dat de weigering om een hand te geven aan personen van het andere geslacht voldoende grond was voor de school om betrokkene niet aan te nemen. Waar het verschil met de voorliggende casus in zit is niet geheel duidelijk. Mogelijk is dat gelegen in de door de Commissie thans ingenomen stelling dat er alternatieve vormen van respectvolle begroeting zijn. Maar *respectvol in de ogen van wie?* Is het voldoende dat de docente met haar handschudden-ervangende hoofdknik respectvol bedoelt te zijn? Telt niet ook, of de *wederpartij* die goede bedoeling wellicht niet als zodanig waarneemt? Waarom beoordeelt de Commissie de respectvolheid slechts vanuit één perspectief, te weten dat van de docente, en niet ook vanuit het perspectief van collega's,

ouders, leerlingen, stageverlenend bedrijfsleven? Volgens mij is toch ook dat perspectief relevant. Want dat de weigering de ander een hand te geven als beledigend ervaren kan worden, lijkt evident. Dat blijkt niet alleen uit onderhavige zaak; het blijkt bijvoorbeeld ook uit de klachten leidend tot de niet-ontvankelijkheidsbeslissingen in oordelen 2006-203 en 2006-204, waarin betrokkenen zich beklagden over het feit dat de sollicitant de vrouwelijke functionaris geen hand wenste te geven.

6. In oordeel 2002-22 kwam de Commissie zoals gezegd tot de slotsom dat geen sprake was van verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst, onder meer nu de handelwijze van het schoolbestuur beargumenteerd werd op grond van de vereisten van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zoals de Commissie ook thans aangeeft, kan de weigering om personen van het andere geslacht een hand te geven worden opgevat als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen. Maar nu komt zij tot de slotsom dat het gelijkheidsargument niet opgaat, omdat de docente heeft verklaard bereid te zijn om in het geheel af te zien van het schudden van handen, en iedereen op dezelfde respectvolle wijze – vriendelijk hoofdknikken – zal gaan begroeten. Ik moet erkennen weinig in deze 'oplossing' te zien. Mannen zullen de weigering in ieder geval in eerste instantie opvatten als ingegeven door het feit dat zij man zijn; zij zullen veelal ook niet op de hoogte zijn van het beleid van de docente om niemand handen te schudden. En natuurlijk gaat het de docente er alleen om dat zij mannen geen handen schudt. In de praktijk zal zij vermoedelijk vrouwen de handen blijven schudden. En als zij dat niet doet, zal zij voortdurend met een complexe argumentatie moeten aankomen: het is één zaak om uit te leggen dat je personen van het andere geslacht geen hand wilt geven, maar een andere (nog veel lastiger) zaak om uit te leggen dat je ook personen van hetzelfde geslacht geen hand wilt geven.

7. Het argument van de voorbereiding op de (gebruikelijke omgangsvormen op de) arbeidsmarkt wordt afgedaan met verwijzing naar de variatie terzake in de verschillende sectoren van de markt. Vermoedelijk meent de Commissie dat er voldoende werkgelegenheid is in sectoren waarin het handschudden niet telt. Maar waar haalt de Commissie deze wijsheid vandaan? Worden leerlingen door een rolmodel als deze docente niet een richting gewezen die hun kansen op de arbeidsmarkt alleen maar verzwakt? Ik vrees dat dat inderdaad het geval is. De school heeft als taak haar leerlingen optimaal voor te bereiden op de

Nederlandse arbeidsmarkt. Dat brengt met zich mee dat leerlingen kennis moeten hebben van de op die arbeidsmarkt gangbare omgangsvormen, en leren deze zelf in acht te nemen. Als hen evenwel meegegeven wordt dat het geen punt is om te weigeren iemand de hand te schudden – als dat maar jegens beide geslachten consequent volgehouden wordt – en als zij dienovereenkomstig handelen bij bijvoorbeeld sollicitatiegesprekken wordt uiteraard hun kans op een baan verminderd. Maar dat kan en mag toch niet de bedoeling of het effect van de AWGB zijn?

8. In oordeel 2006-221 wordt het beroep van de school op haar openbare, neutrale karakter aange-stipt, welke volgens haar zou inhouden dat expliciete uitingen van godsdienst niet zijn toegestaan. De Commissie is van mening dat als dit er op neer zou komen dat het medewerkers en leerlingen verboden is om op enige wijze uiting te geven aan hun godsdienst zulks direct (en daarmee bij gebrek aan wettelijke uitzonderingen verboden) onderscheid op grond van godsdienst zou opleveren. Volgens de Commissie hebben noch verzoekster, noch de school dit standpunt echter ingenomen, zodat dit onderwerp verder kan blijven rusten. Zelf vind ik het lastig verschil te zien tussen de door de school gehuldigde, geen direct onderscheid makende opvatting dat expliciete uitingen van godsdienst op school niet zijn toegestaan, en de blijkbaar niet door de school gehuldigde, wel direct onderscheid makende opvatting dat het verboden is om op enige wijze uiting aan godsdienst te geven.

Ik ben het overigens wel met de Commissie eens dat uit de voor het openbaar onderwijs geldende neutraliteits-eis niet voortvloeit dat *elke* uiting van godsdienst daarbinnen uitgesloten moet zijn. Zo lijkt het mij, dat binnen dit onderwijs ruimte is voor de hoofd-doekdragende lerares (vgl. oordelen 1999-18 en 1999-103). De Nederlandse variant van het neutraliteitsvereiste is immers milder dan de Franse variant van het secularistisch laïcisme, en laat binnen marges pluriformiteit – ook van religieuze aard – binnen het openbaar onderwijs toe.

9. Het gaat hier om een vmbo-school, waar 90% van de leerlingen van allochtone afkomst is. Deze school wordt geconfronteerd met een zeer (etnisch, religieus, cultureel) pluriform leerlingenbestand. Het is dan ook begrijpelijk dat de school het van eminent belang acht dat er heldere, eenduidige gedragsregels zijn, en dat zij daarbij aansluit bij de in Nederland gebruikelijke omgangsvormen. Wat ik problematisch vind, is dat het

oordeel terzake van de school – dat deze regels noodzakelijk zijn om de goede vrede en een acceptabel pedagogisch klimaat binnen haar muren te bewaren – geen rol van betekenis speelt. De Commissie acht zich blijkbaar in staat om met voorbijgaan aan de argumentatie van de school geheel zelfstandig te kunnen beoordelen of een bepaalde op het eerste gezicht plausibele huisregel noodzakelijk is. Aldus pretendeert zij op de stoel van de directie te kunnen en mogen plaatsnemen. Mijns inziens is dat niet terecht. Ik zou menen dat de school ter zake een zekere beoordelingsruimte gegund zou moeten worden. Zie voor een vergelijkbaar pleidooi mijn betoog in *Oordelenbundel 2005*, p. 228-229.

10. Het moge duidelijk zijn dat ik deze oordelen juridisch onjuist en maatschappelijk ongewenst acht. De Commissie heeft hiermee haar gezag verzwakt. Mogelijk zal men de oproep van minister Verdonk om de Commissie maar op te heffen bagatelliseren, evenals de onvermijdelijke kamervragen van Geert Wilders.⁴ Maar het geeft toch wel te denken dat ook de AWGB gunstig gezinde kamerleden kritische vragen stellen⁵, of in een initiatief-wetsvoorstel dat beoogt de AWGB op het terrein van toelating tot onderwijsinstellingen scherper te positioneren, het toezicht op de AWGB aan een andere commissie dan de Commissie gelijke behandeling willen toedelen.⁶ Dit alles neemt overigens niet weg, dat het beslist onjuist is om naar aanleiding van enkele uitspraken die niet goed ‘vallen’ voor opheffing te gaan pleiten. Ik verwijs hiertoe naar de reactie hierop van CGB-voorzitter Castermans (‘Integratie en integriteit’, *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 2361-2362). Ik zou daaraan toe willen voegen, dat het hoofdmotief van de zo bekritiseerde oordelen – het beschermen van het individu tegen de meerderheidsvisie – ook de dominante achtergrond van de AWGB vormt. Dat de Commissie in zaken waarin het individu in de verdrukking dreigt te komen meestal voor dat individu kiest spoort daarmee. Maar de AWGB laat in kwesties van indirect onderscheid (zoals in casu) de mogelijkheid open dat niettemin het belang van het individu onderscheidt wordt aan het belang dat de leidinggeven-den op bona fide gronden hechten aan plausibele gedragsnormen. En nogmaals, dat had hier mijns inziens moeten gebeuren.

11. Ik rond af met een enkele kanttekening bij een passage uit de genoemde reactie van Castermans. Daarin wordt inzake oordelen 2006-220 en 2006-221 gesteld: ‘een gedragsnorm waarvoor alternatie-

4 Zie *Aanh. Handelingen II* 2006-2007, 292.

5 Zie *Aanh. Handelingen II* 2006-2007, 132 (Hamer en Dijsselbloem).

6 Zie daarover paragraaf 2.1 in mijn bijdrage in deze bundel over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid.

ven zijn, staat tegenover de in de wetgeving verankerde godsdienstvrijheid. Het beroep op de godsdienstvrijheid weegt in dit geval zwaarder' (*Nederlands Juristenblad* 2006, p. 2361). Het is mij niet geheel duidelijk wat bedoeld wordt met de in de wetgeving verankerde godsdienstvrijheid. Vermoedelijk denkt Castermans aan de in de Grondwet (Gw) (artikel 6) en het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) (artikel 9) neergelegde waarborgen ten behoeve van de godsdienstvrijheid. Als dat zo is, dan kan ik zijn conclusie niet delen.

Ten eerste wijs ik er op, dat de vrijheid van godsdienst als bedoeld in artikel 6 Grondwet primair geconcipieerd is als een recht om binnen de eigen private sfeer (huis, kerk) en binnen de eigen maatschappelijke organisaties (school) een godsdienst uit te dragen. Deze grondwettelijke vrijheid – mede uitgelegd in het licht van grondwetsinterpreterende wetten als de Wet openbare manifestaties en de Ambtenarenwet – kan niet geacht worden het recht te omvatten om dat ook te mogen doen binnen ruimten, instellingen en organisaties die 'van een ander' zijn.⁷ Ten aanzien van artikel 9 EVRM geldt vermoedelijk, dat deze bepaling wel de godsdienstige manifestaties van personen binnen de ruimte van 'anderen' beschermt. Maar deze bepaling laat op grond van het tweede lid aanzienlijke ruimte voor het stellen van beperkingen. In het licht van het arrest Leyla Sahin⁸ mag mijns inziens voetstoots aangenomen worden dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de handelwijze van het schoolbestuur in kwestie met een beroep op de clausulering van het tweede lid zal billijken.⁹ En ik vermoed, dat ook de Nederlandse rechter dat zal doen.

7 Zie uitgebreid hierover het advies *Overwegingen bij een boekkaverbod*, Den Haag 2006, p. 38–41, te vinden op www.justitie.nl.

8 EHRM 29 juni 2004, AB 2004, 338 m.nt. Vermeulen; EHRM (Grote Kamer) 10 november 2005, HRC 2006, 15 m.nt. Verhey.

9 Men zou kunnen betwijfelen of – zoals artikel 9, tweede lid, EVRM eist – wel sprake is van een beperkende wet. Ik veronderstel evenwel, dat het werkgeversgezag dat in de onderwijswetgeving en het ambtenarenrecht is gewaarborgd als voldoende wettelijke basis aangemerkt zal worden.

2006-222

Toetsingsintensiteit bij eenzijdig overheidshandelen

1 Procesverloop

1.1 Verzoekers hebben de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerster onderscheid maakt op grond van ras, door bij het huisvestingsbeleid geen rekening te houden met woonwagenbewoning.

1.2 Verweerster heeft gemotiveerd bestreden dat zij jegens verzoekers onderscheid heeft gemaakt dan wel anderszins in strijd met de wetgeving gelijke behandeling heeft gehandeld.

1.3 De Commissie heeft op 11 september 2006 zitting gehouden, waar partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

1.4 Verzoekers zijn ter zitting verschenen in de personen van en Verweerster heeft zich ter zitting laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde , juridisch adviseur.

2 Feiten

2.1 Verzoekers, drie generaties familieleden, wonen van jongs af aan in een woonwagen. Ten tijde van de zitting was een aantal van hen zoekend naar zelfstandige woonruimte, met een bijzondere voorkeur voor een woonwagenstandplaats, in de door verweerster bestuurde gemeente.

2.2 Op grond van de Huisvestingswet heeft de gemeenteraad een aantal specifieke taken en bevoegdheden met betrekking tot de woonruimteverdeling. Onder woonruimte wordt krachtens deze wet mede verstaan een standplaats.

2.3 Sinds de intrekking van de Woonwagenwet, per 1 maart 1999, zijn gemeenten niet langer verplicht woonwagencentra in stand te houden en standplaatsen aan te leggen. Indien het naar het oordeel van de gemeenteraad nodig is regels te stellen met betrekking tot het in gebruik geven en nemen van woonruimte, stelt de gemeenteraad een huisvestingsverordening vast (art. 1 lid 3 Huisvestingswet). Indien de gemeenteraad voornemens is zo'n verordening vast te stellen, gaat hij na op welke wijze kan worden bewerkstelligd dat bij het in gebruik nemen of geven van een standplaats voorrang wordt verleend aan woningzoekenden, die in een woonwagen wonen of hebben gewoond (art. 3 lid 1 en 2 Huisvestingswet).

2.4 Binnen de gemeentegrenzen van verweerster zijn thans 54 standplaatsen voor woonwagens verdeeld over elf kampen.

2.5 Het Provinciale woonwagenplan dat tot 1999 van kracht was, voorzag in de verplichting voor verweerster om 65 standplaatsen te hebben. Na intrekking van de Woonwagenwet heeft verweerster, bij wijze van overgangsmaatregel, nog tot 2001 een wachtlijst voor standplaatsen gehanteerd. Deze wachtlijst, die aanvankelijk 20 personen telde, maar uiteindelijk tot 3-5 personen is gereduceerd, is later geïntegreerd in de algemene wachtlijst voor woningzoekenden.

2.6 Verweerster heeft de exploitatie van de standplaatsen aan een sociale woningbouwmaatschappij overgedragen. Deze is daarmee ook beheerder van de standplaatsen.

2.7 In de gemeente van verweerster worden vrijkomende woonvormen via een particuliere maatschappij gepubliceerd via het internet. Woningzoekenden kunnen bij inschrijving een voorkeur aangeven voor een bepaald woontype. Het via internet gehanteerde inschrijfformulier biedt niet de mogelijkheid om een voorkeur uit te spreken voor een standplaats.

2.8 Verzoekers hebben bij brief van 29 oktober 2005 geklaagd bij verweerster over het ontbreken van de mogelijkheid voor woningzoekenden om hun belangstelling voor een woonwagenstandplaats kenbaar te maken op de wachtlijst voor woningzoekenden dan wel op een aparte wachtlijst voor woonwagenstandplaatsen. Verweerster heeft hier bij brief van 20 december 2005 op gereageerd.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beantwoording ligt de vraag voor of verweerster onderscheid maakt op grond van ras jegens verzoekers bij het huisvestingsbeleid door na te laten beleid te ontwikkelen gericht op het faciliteren van woonwagenbewoning, meer in het bijzonder het ter beschikking stellen van voldoende standplaatsen.

3.2 Voordat de Commissie overgaat tot een inhoudelijke beoordeling van het verzoek, zal zij nagaan of zij bevoegd is in dezen te oordelen. De Commissie zal daartoe bezien of er sprake is van een door de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) beschermde grond en of het verzoek valt onder een van de terreinen waarop het ingevolge de AWGB is verboden onderscheid te maken.

*Bevoegdheid**Ras*

3.3 Allereerst rijst de vraag of verzoekers in hun hoedanigheid van woonwagewoners dan wel reizigers, de term waarmee verzoekers zich identificeren, vallen onder het begrip ras in de zin van artikel 1, onderdeel b, AWGB. In het navolgende zal de term woonwagewoners worden gebruikt, omdat deze term gebruikelijk is in de jurisprudentie omtrent de betreffende personen.

3.4 Het begrip ras in de AWGB moet overeenkomstig (de definitie in) het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie (IVRD) en overeenkomstig vaste jurisprudentie van de Hoge Raad ruim worden uitgelegd en omvat tevens: huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 13 en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 551 (m.nt. Van Veen)).

3.5 De Commissie heeft in haar oordeel van 12 januari 2006 met het nummer 2006-5, voortbouwend op haar eerdere oordelenlijnen en Algemene Aanbeveling nummer VIII van het Committee on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, geoordeeld dat het IVRD woonwagewoners als bevolkingsgroep beschermt. Het principe van de zelfidentificatie ondersteunt de eerdere oordelen van de Commissie dat een groep personen die zich van generatie op generatie als woonwagewoners manifesteert en die zich beschouwt als een bevolkingsgroep met een van andere bevolkingsgroepen te onderscheiden cultuur, onder het begrip ras, zoals bedoeld in artikel 1, onderdeel b, AWGB kan vallen.

3.6 Het is onbetwist dat verzoekers van jongs af aan in een woonwagen hebben gewoond en zich met deze woonvorm identificeren. Zij ervaren een 'eigen' cultuur en geschiedenis met een onderlinge verbondenheid tussen de personen behorende tot de groep woonwagewoners.

3.7 Gelet op het bovenoverwogene concludeert de Commissie dat het maken van onderscheid jegens verzoekers in hun hoedanigheid van woonwagewoners is te beschouwen als onderscheid op grond van ras en als zodanig is verboden op de door de AWGB bestreken terreinen.

Sociale bescherming

3.8 Vervolgens rijst de vraag of het verzoek onder een van de terreinen valt waarop het ingevolge de AWGB is verboden onderscheid te maken.

3.9 Ingevolge art. 7, eerste lid, onderdeel b, AWGB in samenhang met artikel 1 AWGB, is onderscheid op grond van onder meer ras verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake door onder meer de openbare dienst. De Commissie overweegt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de reikwijdte van artikel 7 AWGB te beperken tot het zakelijke goederen- en dienstenverkeer, meer in het bijzonder daarmee verband houdende overeenkomsten tussen partijen. Een groot deel van het eenzijdig overheids-handelen valt buiten de reikwijdte van deze bepaling. Hoewel artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB onderscheid verbiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van onder meer volkshuisvesting, strekt deze bepaling niet zo ver dat daarmee huisvestingsbeleid van de overheid onder de reikwijdte valt. Met instellingen handelend op het gebied van volkshuisvesting wordt bedoeld instellingen die handelend als privé-persoon huisvesting aanbieden dan wel overeenkomsten ter zake aangaan. Besluiten van algemene strekking en daarop gebaseerde beschikkingen, waaronder het vaststellen van een huisvestingsverordening en andere besluiten inzake de verdeling van woonruimte vallen, behoudens uitzonderingen, derhalve niet onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB. Dit betekent dat de Commissie niet bevoegd is zich uit te laten over de vraag of verweerster op grond van artikel 7 AWGB onderscheid op grond van ras heeft gemaakt jegens verzoekers.

3.10 Per 1 april 2004 is de EG-Implementatiewet AWGB in werking getreden. Daarmee is aan de AWGB een nieuwe bepaling toegevoegd, artikel 7a, op grond waarvan het verboden is onderscheid te maken naar ras – niet zijnde nationaliteit – bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen.

Volgens de memorie van toelichting bij de EG-Implementatiewet AWGB is sociale bescherming een zeer ruim begrip en heeft dit mede betrekking op huisvesting (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 15). De klacht van verzoekers heeft betrekking op de verdeling van woonruimte, meer in het bijzonder het faciliteren en ter beschikking stellen van een bepaald type woonruimte, en valt daarmee binnen de reikwijdte van artikel 7a AWGB. Op grond van deze bepaling is de Commissie bevoegd het door de gemeente gevoerde huisvestingsbeleid te toetsen aan het verbod van onderscheid voor zover dit betrekking heeft op de grond ras, in de zin van dit artikel.

Wijze van toetsing artikel 7a AWGB

3.11 Nu artikel 7a AWGB het mogelijk maakt om overheidsbeleid te toetsen aan het verbod van onderscheid, staat de Commissie voor de vraag hoe indringend die toets behoort te zijn.

3.12 Allereerst overweegt de Commissie daartoe dat de indringendheid waarmee overheidsbeleid moet worden getoetst, afhangt van de mate van beleids- of beoordelingsvrijheid die de (grond)wetgever het verantwoordelijke bestuursorgaan laat. Het is in een democratische rechtsorde immers niet aan de rechter of Commissie om op de stoel van het bestuur of de wetgever te gaan zitten. Tegelijkertijd mag van rechter en de Commissie worden verwacht dat zij integraal toetsen indien de wetgever het aangeklaagde bestuur niet of nauwelijks beleids- of beoordelingsruimte laat, zeker indien fundamentele rechten en vrijheden in het geding zijn, zoals het verbod van discriminatie. Dit geldt in het bijzonder met betrekking tot de grond ras die extra bescherming geniet door artikel 7a AWGB. Staten komt bij onderscheid vanwege ras volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) slechts een zeer bescheiden ‘margin of appreciation’ toe: “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” (EHRM 13 december 2005, *Timishev t. Rusland*, EHRC 2006, 19 (m.nt. K. Henrard), *NJCM-Bulletin* 2006, nr. 8 (m.nt. D. Houtzager)).

3.13 In de tweede plaats wijst de Commissie erop dat de uitvoering van beleid in alle gevallen integraal moet worden getoetst.

3.14 In de derde plaats merkt de Commissie op dat de noodzaak tot minder stringente toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets zich alleen voordoet indien het bestreden onderscheidmakende criterium niet rechtstreeks verwijst naar de grond ras. In geval van direct onderscheid (zie overweging 3.18) de wet geen ruimte voor een objectieve rechtvaardigingstoets en evenmin voor marginale toetsing.

Wijze van toetsing in het onderhavige geval

3.15 De Commissie hecht er allereerst aan te benadrukken dat op de overheid, in algemene zin, de verantwoordelijkheid rust te zorgen voor voldoende woongelegenheid. Deze verplichting ligt besloten in artikel 22, tweede lid, van de Grondwet en overeenkomstige bepalingen in mensenrechtenverdragen.

De overheid kan zich bij het inkleuren van deze verantwoordelijkheid bedienen van diverse instrumenten, waaronder het leggen van de plicht op de decentrale overheid een beleid te voeren gericht op de rechtvaardige verdeling van beschikbare woonruimte dan wel de uitvoering van specifieke taken ter hand te nemen.

3.16 De volkshuisvesting is vanouds een terrein waar de wetgever het bestuur, afhankelijk van het specifieke beleidsterrein, soms ruime dan weer beperkte eigen beoordelingsruimte heeft gelaten. De Commissie memoreert in dit opzicht dat de toentertijd bestaande Woonwagewet, die van kracht was op het huisvestingsbeleid van woonwagewoners, per 1 maart 1999 is ingetrokken. De reden van deze intrekking was gelegen in de wens het beleid voor woonwagendplaatsen te, zoals dat werd aangeduid, normaliseren. De belangrijkste consequentie van de intrekking van de Woonwagewet was, dat het beleid ten aanzien van woonwagens een gemeentelijke verantwoordelijkheid is geworden en dat iedereen die dat wil een woonwagewagener op een standplaats mag bewonen. Hierbij dienen alle burgers gelijk te worden behandeld (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 333, nr. 3, p. 2). De wetgever heeft het onwenselijk geacht gemeenten te verplichten het tot dan toe bestaande speciale beleid voor woonwagewoners te continueren. In de Huisvestingswet is wel opgenomen dat woonwagewoners van 1999 tot 1 januari 2003 voorrang zouden krijgen bij de toewijzing van standplaatsen (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 333, nr. 3, p. 6). Met ingang van 1 januari 2003 waren de voorrangregels van de Huisvestingswet niet meer van kracht en hebben de gemeenten de bevoegdheid naar eigen inzicht te voorzien in de woonbehoefte van (kandidaat) woonwagewoners. De Commissie trekt hieruit de conclusie dat de wetgever het gemeentebestuur een ruime beoordelingsruimte heeft gelaten bij het nader inkleuren van deze specifieke taak op het terrein van de volkshuisvesting. Indien bij het gemeentelijk huisvestingsbeleid en daarop gebaseerde maatregelen sprake is van indirect onderscheid op grond van ras, zal de Commissie de gemeente dus een ruime mogelijkheid moeten laten om zich te beroepen op een objectieve rechtvaardiging. Dat wil zeggen dat de Commissie in dat geval de aangevoerde objectieve rechtvaardiging slechts marginaal kan toetsen.

Onderscheid op grond van ras

3.17 De vraag die de Commissie vervolgens dient te beantwoorden is of verweerster jegens verzoekers onderscheid maakt op grond van ras jegens verzoekers door na te laten beleid te ontwikkelen dat is gericht op het faciliteren van woonwagewoning, meer in het bijzonder het ter beschikking stellen van voldoende standplaatsen.

3.18 De AWGB, en daarmee ook artikel 7a van deze wet, verbiedt zowel het maken van direct als van indirect onderscheid. Direct onderscheid is onderscheid op grond van één van de verboden gronden, waaronder – met betrekking tot artikel 7a – de grond ras. Dergelijk onderscheid is verboden, tenzij er sprake is van een wettelijke uitzondering. Van direct onderscheid naar ras of nationaliteit is sprake als bij een onderscheidmakend handelen of nalaten, of in een regeling of beleid rechtstreeks wordt verwezen naar een van deze gronden. Nu verweerster in haar beleid niet rechtstreeks naar woonwagengewoners of reizigers en daarmee naar de grond ras verwijst, is er naar het oordeel van de Commissie geen sprake van direct onderscheid op grond van ras.

3.19 Indirect onderscheid is onderscheid dat het gevolg is van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze waardoor personen van een bepaald ras een of meer in de AWGB genoemde gronden in het bijzonder worden getroffen.

3.20 De Commissie is van oordeel dat verweerster in het onderhavige geval indirect onderscheid naar ras maakt door in haar huisvestingsbeleid geen rekening te houden met de specifieke wensen van woonwagengewoners en deze wensen niet te registreren. Hierdoor worden woonwagengewoners immers in het bijzonder getroffen. Dat woonruimte zoekende woonwagengewoners een gelijke aanspraak hebben op vrijkomende woonruimte als andere woonruimtezoekenden maakt dit niet anders, omdat hiermee wordt miskend dat woonwagengewoners in verband met hun identiteit en afkomst specifieke behoeften hebben met betrekking tot woonruimte.

3.21 Ook indirect onderscheid naar ras is verboden, maar – anders dan bij direct onderscheid – geldt geen limitatief stelsel van uitzonderingen. Voor indirect onderscheid kan een objectieve rechtvaardiging worden aangevoerd.

Objectieve rechtvaardiging

3.22 Voor indirect onderscheid kan, zoals gezegd, een objectieve rechtvaardiging bestaan. 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 wordt ingezet om dit doel te bereiken. Het doel moet legitiem zijn. Dat wil zeggen dat het voldoende zwaarwegend moet zijn en beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een doel is niet legitiem als het in zichzelf discriminerend is. Het middel dat wordt gehanteerd, moet passend zijn en noodzakelijk. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Een middel is noodzakelijk indien het

doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is (subsidiariteit), en in evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit). Pas als doel en middel aan deze voorwaarden voldoen, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.23 Zoals hiervoor onder 3.16 is overwogen is de Commissie van oordeel dat verweerster vanwege haar beleidsvrijheid in dezen een ruime mogelijkheid moet worden gelaten om het door haar gemaakte indirecte onderscheid te rechtvaardigen. Dat wil zeggen dat de Commissie de aangevoerde objectieve rechtvaardiging niet meer dan marginaal dient te toetsen.

3.24 Verweerster heeft de volgende uitleg bij haar beleid gegeven. Sinds de afschaffing van de Woonwagenwet behandelt zij, conform de bedoeling van de rijksoverheid, woonwagengewoning niet langer als bijzondere woonvorm. Het beleid ten aanzien van standplaatsen is sindsdien geïntegreerd in het algemene woonbeleid. De woonwagengewoning is daarmee een reguliere, voor eenieder toegankelijke woonvorm. Het beheren van wachtlijsten voor (het verlenen van voorrang voor) een bijzondere doelgroep is niet meer aan de orde.

3.25 Verweerster heeft voorts aangevoerd dat zij in het verleden heeft ervaren dat het verhuren van vrijgekomen standplaatsen soms moeilijk verliep. Er bleek weinig animo voor deze plaatsen te zijn, hetgeen resulteerde in leegstand.

Tot eind 2005, toen het verzoek van verzoekers kenbaar werd, is er geen vraag geweest naar nieuwe standplaatsen. In de periode 1999–2006 heeft verweerster slechts drie nieuwe verzoeken (om plaatsing op een wachtlijst) gekregen van (aanverwanten van) woonwagengewoners. Andere woningzoekenden hebben geen belangstelling voor een woonwagenstandplaats kenbaar gemaakt. De actuele vraag in 2006 komt neer op drie huishoudens, hetgeen volledig overeenkomt met de vraag van verzoekers.

3.26 Verweerster benadrukt dat zij verantwoordelijk is voor het huisvestingsbeleid, maar dat zij de uitvoering hiervan deels heeft overgelaten aan anderen. Voor zover verweerster weet, worden beschikbare standplaatsen bij het vrijkomen hiervan via de woningbouwmaatschappij op het internet gezet. Er zijn meerdere woonvormen waarvoor de woningzoekende niet specifiek zijn belangstelling kan kenbaar maken, maar die als ze vrijkomen via het internet worden aangeboden. Verweerster ziet het als haar taak om te streven naar voldoende woningaanbod in verschillende segmenten en woonvormen. In diverse segmenten op de woningmarkt is er grote schaarste. Dit is

reden om tot prioriteitstelling over te gaan en vooral in te spelen op de segmenten waar zich de grootste tekorten voordoen. Verweerster doet er alles aan om in redelijke mate te voorzien in de woningvraag van alle inwonenden, ook die van woonwagewoners. Verweerster heeft ter zitting desgevraagd meegedeeld dat standplaatsen op dit moment alleen door natuurlijk verloop vrijkomen. De bestaande situatie geeft, gelet op de prioriteitstelling in huisvestingsbeleid, geen reden om het aantal standplaatsen uit te breiden. De woningmarkt is voor iedereen gespannen. Voor vrijwel alle woningtypen geldt op dit moment een woon- of inschrijvingsduur van gemiddeld tien jaar bij toewijzing. Hierbij geldt dat de positie van starters nog moeilijker is. De situatie van verzoekers is derhalve geen uitzondering.

3.27 De Commissie stelt vast dat sinds de afschaffing van de Woonwagenwet de verdeling van woonruimte grotendeels aan gemeenten is overgelaten, zonder dat er voor hen nog een verplichting geldt beleid te ontwikkelen gericht op doelgroepen als woonwagewoners. Het door verweerster gevoerde beleid is met deze uitgangspunten in overeenstemming en daarmee legitiem. Het is aan verweerster om deze verantwoordelijkheid nader in te kleuren, afgestemd op de lokale behoeften. Verweerster komt daarbij een ruime beoordelingsvrijheid toe. Door verweerster is gesteld en door verzoekers is niet betwist dat verweerster slechts enkele verzoeken om een standplaats hebben bereikt en dat er tussentijds sprake is geweest van leegstand. De Commissie concludeert hieruit dat het toegepaste middel derhalve geschikt en noodzakelijk moet worden geacht. Dat verweerster, gelet hierop en op de gespannen situatie op de woonmarkt, geen prioriteit toekent aan het ontwikkelen van beleid gericht op het faciliteren van woonwagewoning, meer in het bijzonder het ter beschikking stellen van meer standplaatsen, acht de Commissie dan ook objectief gerechtvaardigd, zodat geen sprake is van een verboden indirect onderscheid naar ras in de zin van artikel 7a AWGB.

3.28 De Commissie merkt niettegenstaande het bovenstaande op dat het ontbreken van de mogelijkheid om het op via internet aangeboden inschrijvingsformulier een voorkeur uit te spreken voor een standplaats tot gevolg kan hebben, dat er in het geheel geen rekening wordt gehouden met de specifieke woonbehoeften van woonwagewoners. Dit kan resulteren in schending van artikel 7a AWGB. De Commissie is van oordeel dat van een dergelijke situatie hier geen sprake is.

Immers, niet is gebleken dat de verhouding tussen de vraag naar en het aanbod van woonwagewoningstandplaatsen op dit moment bij verweerster onbekend is of wezenlijk afwijkt van de verhouding

tussen vraag en aanbod op de woningmarkt in het algemeen. Hetgeen verzoekers hieromtrent naar voren hebben gebracht maakt dit niet anders. Indien verweerster echter het thans gevoerde beleid onverkort handhaaft, kan dit woonwagewoners dwingen tot bewoning van andere woonvormen, hetgeen *de facto* zal leiden tot een uiterst beleid ten aanzien van de woonvorm van woonwagens. De Commissie beveelt verweerster daarom aan om woningzoekenden in staat te stellen hun belangstelling voor een woonwagewoningstandplaats kenbaar te maken en maatregelen te treffen indien de verhouding tussen vraag naar en aanbod van woonwagewoningstandplaatsen wezenlijk uit de pas gaat lopen met de verhouding tussen vraag naar en aanbod van andere woonvormen.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de gemeente Haarlemmermeer geen verboden onderscheid maakt op grond van ras jegens en bij het huisvestingsbeleid.

5 Aanbeveling

De Commissie beveelt verweerster aan om woningzoekenden in staat te stellen op laagdrempelige wijze hun belangstelling voor een woonwagewoningstandplaats kenbaar te maken en passende maatregelen te treffen zodra de verhouding tussen vraag naar en aanbod van woonwagewoningstandplaatsen wezenlijk uit de pas loopt met de verhouding tussen vraag naar en aanbod van andere woonvormen.

Noot door: prof. mr. J.H. Gerards

1. In het hierboven afgedrukte oordeel gaat de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) in op enkele belangrijke kwesties. Een eerste interessant onderdeel betreft de kwalificatie van onderscheid jegens woonwagewoners als onderscheid naar ras. Nieuw is deze kwalificatie niet: de CGB had dit eerder al vastgesteld (zie reeds oordeel 1997-10) en heeft daarvoor in oordeel 2006-5 een uitgebreide rechtvaardiging gegeven. Deze rechtvaardiging is van bijzonder belang, omdat de CGB, geïnspireerd door een aanbeveling van het Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD), daarin uitgaat van het beginsel van zelfidentificatie (*General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of Article 1, paragraph 1 and 4, of the Convention*, 38th Session, 1990). De CGB kiest daarmee voor een subjectief criterium, waarbij zij

vooral waarde hecht aan de eigen identificatie van de verzoekers met de groep van woonwageneigenaren. Beschouwt de groep zichzelf als een aparte groep, met een eigen cultuur en verbondenheid, dan zal de groep al snel worden aangemerkt als een etnische groep.

Naast de zelfidentificatie noemt de CGB in oordeel 2006-5 echter ook een aantal meer objectieve criteria. In de eerste plaats maakt de CGB melding van het bestaan van vooroordelen en ongelijke behandeling jegens de groep. Juist dat aspect weegt volgens de CGB zwaar als het erom gaat te bepalen of onderscheid is gemaakt op grond van ras, nu 'ras' pas betekenis krijgt als maatschappelijke categorie door de toewijzing door derden.

Onduidelijk is of het criterium van het bestaan van vooroordelen daadwerkelijk onderscheidend vermogen toekomt. Strikt genomen zou dit immers betekenen dat groepen die geen slachtoffer zijn van maatschappelijke discriminatie, ook niet als etnische groep kunnen worden beschouwd. Dat zal niet de bedoeling zijn geweest (de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) heeft geen asymmetrisch karakter), zodat het ervoor moet worden gehouden dat het criterium vooral ondersteunende waarde toekomt.

Belangrijker zijn factoren als de ervaren culturele verbondenheid en een langdurige traditie van woonwageneigenaren. Ook deze factoren kunnen tot op zekere hoogte worden beschouwd als objectieve criteria, ook al wordt bij de beantwoording van de vraag of aan dergelijke criteria is voldaan vooral gekeken naar de eigen opvattingen van de groep in kwestie. De zelfidentificatie wordt dan echter steeds beoordeeld op bepaalde, van tevoren abstract aangeduide punten. Van een zekere objectivering is daarbij zeker sprake, zonder dat het subjectieve element verloren gaat. Met deze benadering sluit de CGB aan bij eerdere oordelen over godsdienstige uitingen. Ook daarbij wordt de subjectieve beleving van de verzoeker tot uitgangspunt wordt gekozen, maar wordt deze ingekaderd door meer objectieve criteria (zie bijv. oordeel 2001-89; zie nader J.H. Gerards, 'Kroniek oordelen Commissie Gelijke Behandeling 2000-2003, Multiculturaliteit en botsing van grondrechten', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 641). Voor een dergelijke benadering valt zeker veel te zeggen (zie nader B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1992, p. 16 e.v.).

2. Een interessante vraag is of, door het uitgangspunt van zelfidentificatie, een veel meer diffuse groep als die van asielzoekers ook kan worden aangeduid als een etnische groep. Eerder, in 1998, oordeelde de CGB dat in dat geval geen sprake was van voldoende samenhang en een gedeelde cultuur of traditie (oordeel 1998-57). In dat oordeel koos de CGB voor een volledig objectieve benadering, waarbij de eigen beleving van de

groep niet ter zake deed. Gelet op het nieuwe criterium zou de CGB nu tot een andere conclusie kunnen komen, namelijk als de groep in kwestie zichzelf wel beschouwt als een etnische groep. Gelet op de objectivering die in de definitie van de CGB is opgenomen, is echter weinig waarschijnlijk dat zij een dergelijke zelfidentificatie bij asielzoekers zal waarnemen. Juist waar het gaat om het hebben van een eigen culturele identiteit en gedeelde traditie of geschiedenis, zal de perceptie daarvan bij asielzoekers naar alle waarschijnlijkheid ontbreken. De nieuwe benadering van de CGB wijkt daarmee nog steeds af van die van de Hoge Raad, die uitsluitend kijkt naar objectieve elementen, zoals huidskleur, nationale of etnische afstamming en/of geografische of culturele herkomst. De Hoge Raad merkte ongelijke behandeling van asielzoekers dan ook aan als onderscheid naar ras, zonder dat de Hoge Raad rekening hield met de samenhang van de groep van asielzoekers of met hun zelfidentificatie met deze groep (zie HR 13 juni 2000, *NJCM-Bulletin* 2000, m.nt. P. Rodrigues, p. 202).

3. Verder moet worden opgemerkt dat het aspect van zelfidentificatie de groep als zodanig betreft. Het gaat primair om de vraag of de groep zichzelf beschouwt als een onderscheiden etnische of raciale groep. Dit is nog iets anders dan de vraag of een bepaald individu ook van mening is dat hij daadwerkelijk tot deze groep behoort. Een strikt subjectieve, op individuele zelfidentificatie gerichte benadering kan tot gevolg hebben dat iemand die zichzelf niet tot een bepaalde groep rekent, ook niet wordt beschermd door het discriminatieverbod. Een dergelijke benadering is in het Verenigd Koninkrijk wel gehanteerd en is daar zwaar bekritiseerd (zie House of Lords, 24 maart 1983, *Mandla v. Dowell Lee*, [1983] IRLR 209 en m.n. S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 71). Ook mensen die zichzelf strikt genomen niet rekenen tot een bepaalde groep, kunnen immers wel door anderen als lid van die groep worden beschouwd. Als gevolg daarvan kunnen zij wel degelijk het slachtoffer worden van achterstelling en discriminatie. Het is daarom zaak om, ook in dit soort situaties van onderscheid wegens "toegedeelde" kenmerken, aan te nemen dat het onderscheid direct op ras is gebaseerd (zoals het geval is in Ierland; zie M. Bell, D. Schiek en L. Waddington (red.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart 2007, hoofdstuk 1). De benadering van de CGB lijkt in dit verband eerder te wijzen in de richting van de Britse, nu zij zowel in oordeel 2006-5 als in oordeel 2006-222 uitgebreid ingaat op de vraag of verzoekers *zichzelf* beschouwen als deel uitmakend van de groep van woonwageneigenaren. Vanuit het perspectief van effectieve bescherming tegen ongelijke behandeling is dit

geen goede benadering. Het is dan ook te hopen dat de CGB in voorkomende gevallen het uitgangspunt van de puur individuele zelfidentificatie loslaat, en eerder kijkt naar de benadeling of achterstelling als zodanig.

4. Interessant is verder dat de CGB in deze zaak toepassing geeft aan art. 7a AWGB. Weliswaar is het zeker niet de eerste keer dat dit gebeurt, maar voorsnog zijn oordelen waarin deze bepaling wordt toegepast zeldzaam (zie wel oordelen 2004-40 (verlenen van verklaringen van vakbekwaamheid vallen niet onder “sociale bescherming”), 2006-127 (vaststelling AOW-aanspraken valt onder “sociale zekerheid”), 2006-109 (uitvoering Wet werk en bijstand valt onder “sociale zekerheid”) en 2006-206 (toelatingsbeleid voor- en vroegschoolse educatie bevordert sociale integratie en valt daarmee onder “sociale bescherming”). Het duurt daardoor lang voordat duidelijk wordt op welke gevallen art. 7a nu eigenlijk betrekking heeft, zeker waar het situaties betreft die buiten de relatief heldere categorie van de sociale zekerheid vallen (zie nader hierover ook A.P. van der Mei, ‘Het verbod van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming en sociale voordelen’, in: S.D. Burri (hoofddred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 181 e.v.). De Europese rassendiscriminatie-richtlijn, waarvan de bepaling een implementatie vormt, biedt op dit punt nauwelijks duidelijkheid (zie Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180/22). De Memorie van Toelichting bij de EG-Implementatiewet geeft iets meer richting, maar de vraag in welke omstandigheden precies sprake is van sociale bescherming, sociale zekerheid en (vooral) sociale voordelen, is in belangrijke mate ter bepaling overgelaten aan de rechter en de CGB (zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28770, nr. 3, p. 14/15). De laatste bevindt zich daarbij nog in een extra lastige positie, nu zij als niet-rechterlijke instantie niet beschikt over de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EG. Ook in gevallen van twijfel moet zij dus een eigen oordeel geven. In dit geval leverde dat overigens niet zoveel problemen op, nu de Memorie van Toelichting het huisvestingsbeleid expliciet noemde als voorbeeld van een onderwerp dat onder de reikwijdte van de bepaling zou vallen (*Kamerstukken II* 2002/03, 28770, nr. 3, p. 15). Daardoor kon de CGB kort zijn in de beantwoording van de vraag naar haar bevoegdheid om een oordeel te geven, en kon zij volstaan met de feitelijke vaststelling dat in dit geval sprake was van verdeling van woonruimte en het faciliteren en beschikbaar stellen van bepaalde typen woonruimte.

5. De kern van dit oordeel betreft echter de intensiteit van de toetsing van de CGB. De CGB heeft zich tot nu toe niet echt bezig gehouden met de vraag of zij een ongelijke behandeling terughoudend of intensief zou moeten beoordelen.

Kennelijk is de veronderstelling steeds geweest dat de door haar toegepaste, relatief intensieve beoordeling in alle gevallen goed aansluit bij de in geding zijnde kwesties, te weten een (beweerde) aantasting van het gelijkheidsbeginsel. Eerder is al wel aangegeven dat de CGB juist ten aanzien van de toetsingsintensiteit haar toetsingswijze zou kunnen verbeteren (bijv. J.H. Gerards, ‘Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid’, in: D.J.B. de Wolff (hoofddred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2002, p. 91 en T. Loenen, ‘Naar een ander toetsingskader voor de Awgb?’, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141).

Verschillen in behandeling kunnen zich immers op tal van terreinen en in tal van gradaties van ernst voordoen. Vooral door Holtmaat, maar ook door anderen, is erop gewezen dat het steeds volledig gelijkwaardig beoordelen van al deze verschillende soorten ongelijke behandeling kan leiden tot een zekere inflatie van het recht op gelijke behandeling (R. Holtmaat, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *NJB* 2003, p. 1266 e.v.). Geregeld zijn daarbij voorbeelden genoemd zoals die van het niet mogen dragen van korte broeken door mannelijke postbodes, of het uitdelen van kruisjes bij de Nijmeegse Vierdaagse (oordelen 2004-154 resp. 2004-6). Juist een variatie in toetsingsintensiteit zou kunnen helpen om recht te doen aan de verschillen tussen vormen van ongelijke behandeling en de onderwerpen waarbij een ongelijke behandeling zich voordoet. In bagatelzaken, zoals de genoemde, zou de Commissie veel gemakkelijker, en met minder hoge eisen aan het bewijs, een rechtvaardiging kunnen accepteren dan in gevallen waarin onderscheid is gemaakt naar ras of godsdienst, of waarin de toegang is geblokkeerd tot belangrijke maatschappelijke goederen als het kunnen volgen van onderwijs. In dit opzicht is het zeker gunstig te noemen dat de CGB in oordeel 2006-222 kiest voor een zekere differentiatie in de intensiteit van de toetsing.

6. De vraag is echter of de CGB bij de vormgeving van de differentiatie de juiste keuzen heeft gemaakt en de goede uitgangspunten heeft gehanteerd. Allereerst valt op dat de CGB een wat merkwaardige terminologie hanteert, door te spreken over een verschil tussen integrale en marginale toetsing. De gedachte is dan dat een rechter (of de CGB) marginaal moet toetsen bij beleidsvrijheid, maar integraal bij het ontbreken daarvan. Uit het bestuursrecht is de term ‘integrale toetsing’ of

‘volle toetsing’ wel bekend, en inderdaad wordt deze soms gehanteerd in een begrippenpaar met ‘marginale toetsing’. Anders dan de CGB lijkt te veronderstellen, gaat het hier echter niet om een verschil in toetsingsintensiteit. Van een integrale toetsing is, zoals de CGB ook stelt, sprake als het niet gaat om de *doelmatigheid* van het bestuurshandelen, maar om de *rechtmatigheid* daarvan (vgl. A. Klap, ‘Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing’, *Bestuurswetenschappen* 1996, p. 250/251 en W. Duk, ‘Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid’, *RM Themis* 1988, p. 163). Het gaat dan om de vraag of de bevoegdheidsuitoefening verenigbaar is met hogere regelgeving, een vraag die de rechter net zo goed of zelfs beter kan beantwoorden dan het bestuur (vgl. Duk 1988, p. 461 en recenter ook B.W.N. de Waard, ‘Marginale toetsing en evenredigheid’, in: *Getuigend Staatsrecht. Liber Amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 364). Tot een toetsing van rechtmatigheid is de rechter dan ook altijd bevoegd, of er nu sprake is van een beleidsvrije bevoegdheid of niet. Een variatie in toetsingsintensiteit speelt daarbij geen enkele rol (vgl. De Waard 2005, p. 368/369). Wordt de rechter daarentegen gevraagd iets te zeggen over de *doelmatigheid* van het onderscheid, dan mag hij dit op zichzelf wel doen, maar hoe intensief hij daarbij mag toetsen is afhankelijk van de mate van beleids- of beoordelingsvrijheid die aan het bestuursorgaan is toegekend.

Het voorgaande betekent dat de toetsing van een ongelijke behandeling zowel integraal als marginaal kan zijn. De rechter kan zich immers terughoudend opstellen bij de beoordeling van de noodzaak of geschiktheid van het gemaakte onderscheid, terwijl hij ten volle moet beoordelen of het nagestreefde doel verenigbaar is met hogere regelgeving (zie uitgebreider J.H. Gerardus, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, p. 641). Om die reden is het verwarrend om te spreken van een integrale toetsing als tegengestelde van een marginale toetsing. Waar het gaat om een rechterlijke beoordeling van de doelmatigheid (of evenredigheid en redelijkheid) van een ongelijke behandeling, is het beter om de termen ‘intensievere’ en ‘marginale’ of ‘terughoudende’ toetsing te gebruiken.

7. Interessant zijn verder de factoren die de CGB relevant acht bij de keuze tussen een marginale of een intensievere toets. De CGB begint met voorop te stellen dat bij beleids- of beoordelingsvrijheid in beginsel een terughoudende opstelling past, gelet op de democratische achtergrond van een dergelijke bevoegdheidstoedeling aan het bestuursorgaan. Vervolgens stelt zij dat, *als die beoordelingsvrijheid er niet is*, een integrale (bedoeld zal zijn: intensievere) toets kan worden toegepast. Daarvoor bestaat in het bijzonder reden, zo stelt de CGB, als fundamentele rechten of vrijheden in het geding zijn,

zoals het verbod van discriminatie. Nog sterker geldt dit wanneer het gaat om onderscheid op een grond die extra bescherming verdient, zoals ras – de CGB wijst in dit verband op een uitspraak van het EHRM waaruit blijkt dat rechters onderscheid naar ras zeer streng moeten beoordelen, gelet op de ernst van rassendiscriminatie en de risico’s van racisme. Uit dit samenstel van overwegingen kan worden afgeleid hoe de CGB de onderlinge verhouding tussen de genoemde factoren ziet. Bij beleidsvrijheid is een marginale toets uitgangspunt, ongeacht de grond van onderscheid en ongeacht de vraag of er zwaarwegende belangen zijn aangetast. Is daarentegen sprake van het ontbreken van beleids- of beoordelingsvrijheid, dan kan voor een intensievere test worden gekozen, zeker als ook nog zwaarwegende belangen zijn aangetast, of als het onderscheid is gebaseerd op een grond die in het algemeen als extra beschermwaardig moet worden aangeduid. Deze systematiek heeft de CGB nog bevestigd in oordeel 2007-4, meer specifiek ten aanzien van de wetgever. Daarin oordeelde zij bovendien dat er een grotere beoordelingsruimte is als het onderscheid slechts indirect is gebaseerd op de grond ras. Wat de betekenis van deze toevoeging is, is niet helemaal duidelijk, nu de CGB in oordeel 2006-222 terecht aangeeft dat een variatie in toetsingsintensiteit bij direct onderscheid slechts beperkt aan de orde is – de AWGB laat dan immers geen vrije toetsing toe. Voor de AWGB zou de betekenis dan moeten zijn dat bij indirect onderscheid per definitie minder streng moet worden getoetst. Dat is echter geen goede insteek, nu direct en indirect onderscheid heel dicht tegen elkaar aan kunnen liggen. Dat geldt temeer voor de oordelen van de CGB, nu daarin vaak een indirect onderscheid wordt geconstrueerd waar ook een direct onderscheid mogelijk zou zijn (zie daarover nader de annotatie bij oordeel 2006-20 in deze bundel). Daarnaast geldt dat indirect onderscheid een minstens zo grote, zo niet soms grotere impact voor het individu kan hebben dan direct onderscheid. Het is om die reden niet wenselijk om in algemene zin vast te stellen dat bij indirect onderscheid minder strikt kan worden getoetst dan bij direct onderscheid.

8. Op zichzelf doet het sympathiek aan dat zoveel ruimte wordt gegeven aan bestuursorganen met beleidsvrije bevoegdheden, en dat zoveel vertrouwen wordt gesteld in de democratische legitimatie daarvan. Tegelijkertijd is het moeilijk te begrijpen dat de CGB stelt dat beleidsvrijheid *per definitie* moet leiden tot terughoudendheid, zelfs als onderscheid is gemaakt op een verdachte grond als ras, en zelfs als heel vergaande belangen zijn aangetast. Het is nauwelijks voorstelbaar dat dit echt de bedoeling is geweest van de CGB, maar uit het vervolg van het oordeel blijkt dat dit wel degelijk het geval is. In overweging 3.16 stelt de CGB vast dat bij volkshuisvesting in het algemeen, en bij de

gemeentelijke uitvoering in het bijzonder, sprake is van beleidsvrijheid. Dat zou moeten leiden tot een marginale toetsing, zoals de CGB ook zelf concludeert. Daar houdt zij het vervolgens bij. De CGB bekijkt niet of sprake is van een onderscheid op een extra beschermwaardige grond, of anderszins van een aantasting van fundamentele rechten, en gaat evenmin na of er nog een andere aanleiding zou kunnen bestaan tot intensivering van de toetsing. Dit is een bijzonder onbevredigende benadering. Een van de belangrijkste redenen voor variatie in de toetsingsintensiteit is om de positie van de rechter (of de CGB) te bepalen in zijn verhouding tot de wetgever en het bestuur. Uitgangspunt moet daarbij zijn, zoals de CGB ook aangeeft, dat de wetgever door zijn democratische vormgeving beter gelegitimeerd is om uitspraken te doen over nut en noodzaak van ongelijke behandelingen dan de rechter, en dat, als afgeleide daarvan, ook het bestuur daartoe de vrijheid moet hebben (zie uitgebreider J.H. Gerards, 'Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases', *Netherlands International Law Review* 2004, m.n. p. 153 e.v.). Ten aanzien van de wetgever kan echter worden gesteld dat het vertrouwen in de legitimerende werking van het democratische systeem zijn grenzen moet kennen. Als duidelijk is dat een wet een wezenlijke aantasting oplevert van individuele rechten, of een bepaalde groep op een onaanvaardbare grond discrimineert, dan is vrij breed geaccepteerd dat de rechter ruimte moet hebben om in te grijpen en het feilen van het democratisch systeem te corrigeren (zie theoretisch m.n. J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press 1980, p. 77 e.v.; zie voor praktische voorbeelden vooral de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zoals de door de CGB ook genoemde zaak *Thlimmenos*). Geldt dit al voor de wetgever, dan moet dit nog sterker gelden voor het bestuur. De democratische legitimatie is daarbij immers slechts indirect aanwezig, en hoewel het zeker wenselijk is dat het bestuur de ruimte heeft om een bepaald beleid naar eigen inzicht te kunnen voeren, is ook hier rechterlijke controle gewenst om te voorkomen dat grondrechten en individuele belangen al te zeer worden aangetast. Als er gerede twijfel kan bestaan over de redelijkheid van een bepaald besluit, is er voor de rechter dan ook alle reden om daar met grotere zorgvuldigheid naar te kijken, en dus een intensievere toetsing toe te passen. Ook dit is in de literatuur een breder gedeelde gedachte. Vgl. bijv. A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueller en C.M. Zoethout, (2005), 'Slotbeschouwing', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueller en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 219, waar zelfs in meer algemene zin onderscheid wordt gemaakt tussen bestuurshandelen dat grondrechten aantast (en waarbij een strikte toetsing toelaatbaar is) en andere vormen van bestuurshandelen (waarbij een marginale toet-

sing uitgangspunt dient te zijn); zie ook De Búrca, G. (1993), 'The Principle of Proportionality and its Application in EC Law', 13 *Yearbook of European Law* [1993], p. 111.

9. Gelet hierop zou een marginale toetsing in het bestuursrecht zeker niet mogen afhangen van de aanwezigheid van beleidsvrijheid alleen, maar ook van de vraag welke belangen nu precies zijn aangetast (fundamentele kernrechten of niet) en van de grond waarop het onderscheid is gebaseerd. De door de CGB zelf genoemde factoren kunnen een aanknopingspunt bieden bij de bepaling van de intensiteit van de toetsing, maar ze moeten dan wel op een goede manier worden ingezet (zie voor enkele mogelijkheden Gerards 2004, p. 161 e.v.). De nu gemaakte keuze kan afbreuk doen aan de kracht van het discriminatieverbod en de mogelijkheden van CGB en rechter om daarover op een goede manier te oordelen.

10. Ten slotte kan worden opgemerkt dat de CGB de overwegingen over de variatie in toetsingsintensiteit volledig verbindt met de toepasselijkheid van art. 7a AWGB, dus met het feit dat het hier gaat om eenzijdig overheidsoptreden. In oordelen waarin deze bepaling niet aan de orde is, is geen sprake van consequente variatie in toetsingsintensiteit en een keuze voor een marginale of intensieve toetsing op basis van heldere factoren. Dat is jammer, omdat een variatie in de intensiteit van de toetsing ook in andere situaties zinvol kan zijn. Op zichzelf is er in horizontale rechtsverhoudingen geen noodzaak tot het respecteren van beleidsvrijheid vanuit democratisch perspectief, en om die reden hoeft niet per se te worden gekozen voor een terughoudende toetsing. Ook dan kan er echter ten toerechtheid bestaan, vooral vanuit het perspectief van respect voor de individuele autonomie en keuzevrijheid. Net als bij de beoordeling van het optreden van een bestuursorgaan, zouden CGB en rechter zich ook bij optreden van een individu terughoudend moeten opstellen (vgl. in dit verband ook de wetsgeschiedenis bij de AWGB, waarin voor de toetsing aan art. 5, tweede lid en 7, tweede lid, AWGB, een zekere terughoudendheid van de rechter wordt voorgeschreven ten opzichte van een instelling op levensbeschouwelijke grondslag, *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 44). De factoren die relevant zijn voor onderscheid door de overheid lenen zich er uitstekend voor om op vergelijkbare wijze te worden toegepast in de gebruikelijke horizontale verhoudingen. Ook daar kan een terughoudende, marginale toetsing worden gekozen, tenzij sprake is van gegronde redenen om kritischer te kijken – een reden daarvoor kan ook bij horizontale rechtsverhoudingen gevonden worden in de (ernstige) aantasting van een fundamenteel grondrecht, of in de grond van onderscheid.

11. Kortom: het is mooi dat de CGB in dit oordeel een eerste aanzet heeft gegeven tot het flexibiliseren van haar toetsingsintensiteit, maar deze aanzet vertoont nog een groot aantal tekortkomingen. Het zou goed zijn als de CGB, voorafgaande aan *iedere* inhoudelijke beoordeling van een indirect onderscheid (of een direct onderscheid waarbij een open systeem van rechtvaardiging geldt, zoals bij de WGBL, of waarbij anderszins enige rechterlijke vrijheid bestaat), aandacht zou besteden aan de intensiteit waarmee deze zal plaatsvinden, en als zij dit zou doen op basis van een aantal relevante factoren die in literatuur en jurisprudentie zijn beschreven. Alleen dan kan het instrument van de variabele toetsingsintensiteit optimaal worden ingezet.

2006-232

Wachttijd bij zwangerschapsuitkering

Zonder noot

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerster, een verzekeringsmaatschappij, jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar de in de arbeidsongeschiktheidsverzekering voorziene uitkering wegens zwangerschap / bevalling niet toe te kennen.

1.2 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd, waarin verweerster de stellingen van verzoekster heeft betwist. De gronden waarop het verweer rust komen, voor zover relevant voor de beoordeling van het verzoek, in de rubriek 'beoordeling' aan de orde.

1.3 De Commissie heeft een zitting gehouden op 29 augustus 2006 waarvoor partijen zijn uitgenodigd. Partijen hebben schriftelijk laten weten van de uitnodiging om ter zitting hun standpunten toe te lichten geen gebruik te zullen maken.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is sinds 1 november 2003 zelfstandig ondernemer. Zij heeft per 1 januari 2005 een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij verweerster, een verzekeringsmaatschappij.

2.2 De verzekeringen die verweerster aanbiedt worden onderscheiden in een rubriek A en een rubriek B. Rubriek A heeft betrekking op het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid. Rubriek B bestrijkt de periode na het eerste jaar van arbeidsongeschiktheid, voor zover deze arbeidsongeschiktheid voortduurt na het verstrijken van dit eerste jaar.

2.3 Ingevolge artikel 4 van de polisvoorwaarden is van arbeidsongeschiktheid uitsluitend sprake indien er in relatie tot ziekte of ongeval, objectief medisch vast te stellen stoornissen bestaan, waardoor de verzekerde beperkt is in zijn functioneren. Dergelijke stoornissen worden door verweerster vastgesteld aan de hand van een rapportage van door verweerster aangewezen deskundigen. Op grond van artikel 5 is gedurende het eerste jaar (de periode van rubriek A) sprake van arbeidsongeschiktheid indien de verzekerde voor ten minste

25% ongeschikt is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep, zoals voor deze beroepswerkzaamheden in de regel en redelijkerwijs van hem kan worden verlangd.

2.4 In artikel 6, onderdeel c, van de polisvoorwaarden behorende bij de tussen partijen gesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering is bepaald dat de verzekering voor vrouwelijke verzekerden voorziet in een uitkering gedurende 16 weken wegens zwangerschap/ bevalling. Dit recht op uitkering bestaat alleen indien de vermoedelijke bevallingsdatum minimaal twee jaar na de ingangsdatum van de verzekering ligt. Daarnaast geldt als voorwaarde dat de verzekerde ook rubriek B voor minimaal twee jaar heeft meeverzekerd.

2.5 Verzoekster was ten tijde van het indienen van het onderhavige verzoek zwanger. De bevallingsdatum was bepaald rond 1 november 2006. Verweerster heeft het verzoek van verzoekster om in aanmerking te komen voor een zwangerschapsuitkering afgewezen, onder verwijzing naar de polisvoorwaarden, meer in het bijzonder de voorwaarde dat er slechts een recht op uitkering bestaat indien de vermoedelijke bevallingsdatum minimaal twee jaar na de ingangsdatum van de verzekering ligt.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 In geding is of verweerster onderscheid maakt op grond van geslacht door de aanvraag van verzoekster om een uitkering wegens zwangerschap / bevalling af te wijzen vanwege het feit dat zij op de uiterekende bevallingsdatum nog geen twee jaar bij verweerster tegen arbeidsongeschiktheid was verzekerd.

3.2 De Commissie heeft deze vraag al eerder beantwoord. Verzoekster heeft niettemin voldoende eigen belang bij een oordeel. Bovendien zijn er nieuwe ontwikkelingen die nopen tot een heroverweging van de door de Commissie uitgezette lijn. Sinds de afschaffing van de Wet Arbeidsongeschiktheid Zelfstandigen (WAZ) per 1 augustus 2004, is er geen publieke voorziening meer die het inkomensrisico dekt dat verband houdt met zwangerschap en bevalling. Bij de afschaffing van de WAZ is door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangevoerd dat een publieke voorziening ter verzekering van afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling niet nodig was, omdat dit risico op de particuliere markt afdoende kon worden verzekerd. Onlangs heeft hij dit herhaald, toen hij het amendement om een nieuwe publiekrechtelijke regeling voor zelfstandige werkende vrouwen opnieuw in te voeren, ontraadde (zie Kamerstukken II 2006/07,

29 497 en 30800, nr. 19). Intussen hebben verschillende burgerlijke rechters de voorgelegde vraag in verschillende zin beantwoord. Deze ontwikkelingen leiden tot de volgende overwegingen.

Toetsingskader

3.3 De Commissie stelt voorop dat de vrijheid van verzekeraars om zelf te bepalen met wie en waarover zij contracteren begrensd is in artikel 7 AWGB (CGB 10 maart 1995, oordeel 1995-04, CGB 15 juli 1997, oordeel 1997-87 en CGB 10 mei 2001, oordeel 2001-39).

3.4 Artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) bepaalt, in samenhang met artikel 1 AWGB, 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. Deze bepaling richt zich onder meer tot verweerster als aanbieder van verzekeringen.

3.5 Artikel 1 AWGB bepaalt dat onder onderscheid in de zin van deze wet zowel direct als indirect onderscheid wordt verstaan. Direct onderscheid ziet onder andere op onderscheid tussen personen vanwege geslacht. Onder direct onderscheid op grond van geslacht wordt ingevolge het tweede lid mede onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap verstaan. Voortbordurend op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is het met betrekking tot de arbeidsverhoudingen vaste oordelenlijn van de Commissie dat afwezigheid tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof moet worden gezien als één direct en onlosmakelijk gevolg van de zwangerschap en daarom op een lijn moet worden gesteld met de zwangerschap zelf (HvJ EG 8 november 1990, zaak C-179/88 (Hertz), Jur. 1990, p. I-3979, NJ 1993, 162 en HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95 (Thibault), Jur. 1998, p. I-2011, RN 1998, 925 (m.nt. W.C. Monster) respectievelijk CGB 23 mei 1995, oordeel 1995-15, CGB 27 oktober 1998, oordeel 1998-117 en CGB 10 mei 2001, oordeel 2001-39).

Zwangerschap en arbeidsongeschiktheid: gelijke gevallen?

3.6 Allereerst dient de vraag te worden beantwoord of de verzekering van het inkomensrisico in de periode rond de bevalling mag worden vergeleken met een "gewone" arbeidsongeschiktheidsverzekering.

3.7 De Commissie heeft al eerder geoordeeld dat het op zichzelf is toegestaan om regelingen in ver-

band met arbeidsongeschiktheid ten gevolge van zwangerschap en bevalling als eigensoortige regelingen aan te merken, maar dat deze dan niet aan ongunstiger voorwaarden mogen worden onderworpen dan andere onderdelen van de arbeidsongeschiktheidsregeling (onder meer CGB 10 mei 2001, oordeel 2001-39). De Commissie baseert zich daarbij op de jurisprudentie van het HvJ EG ten aanzien van de vergelijking van zwangerschap en ziekte bij de arbeidsverhoudingen, waarin enerzijds is erkend dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen verzuim dat zijn oorzaak vindt in zwangerschap en een ziekte (HvJ EG (HvJ EG 8 november 1990, zaak C-179/88 (Hertz), Jur. 1990, p. I-3979, NJ 1993, 162), maar anderzijds is erkend dat vrouwen die vanwege zwangerschap verzuimen niet mogen worden benadeeld ten opzichte van werknemers die vanwege ziekte afwezig zijn (HvJ EG 8 september 2005 (McKenna), zaak C-191/03, Jur. 2005, p. I-7631, NJ 2006, 299 (m.nt. M.R. Mok)).

3.8 Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat het referentiekader van de wetgeving gelijke behandeling soms meebrengt dat de rechtspositie van de zwangere en/of pas bevallen werkneemster moet worden vergeleken met de rechtspositie van werknemers die niet ziek of arbeidsongeschikt zijn, en soms met die van arbeidsongeschikte werknemers. Het gaat erom dat 'wezenlijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen wordt nagestreefd', zo heeft het HvJ EG bepaald in het arrest Thibault (HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95, Jur. 1998, p. I-2011, RN 1998, 925 (m.nt. W.C. Monster)). Of er sprake is van gelijke of ongelijke gevallen hangt mede af van het uiteindelijke resultaat van de behandeling.

3.9 Uit het arrest van het HvJ EG in de zaak Brown, (HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, Jur. 1998, p. I-4225, NJ 1999, 476) kan worden afgeleid dat rechtspositionele regels in verband met arbeidsongeschiktheid, die voor mannen en vrouwen op gelijke wijze worden toegepast, in strijd kunnen zijn met het beginsel van gelijke behandeling, ook als er sprake is van zwangerschap. Het HvJ EG heeft geoordeeld dat arbeidsongeschiktheid vanwege zwangerschap en arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte als ongelijke gevallen dienen te worden behandeld, wanneer dat leidt tot benadeling van de zwangere werkneemster. In de zaak Brown ging het onder meer over de mogelijkheid om een werknemer na een aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan. Het Hof oordeelde dat waar de arbeidsongeschikte mannelijke (of vrouwelijke) werknemer wel zou mogen worden ontslagen na afloop van die periode, de zwangere werkneemster die afwezig is vanwege met haar zwangerschap verband houdende stoornissen, niet mocht worden ontslagen.

3.10 In het arrest van het HvJ EG in de zaak Pedersen (HvJ EG 19 november 1998, zaak C-

66/98, RN 1999, 1003 (m.nt. W.C. Monster)) kon de zwangere vrouw, die voor de aanvang van haar zwangerschapsverlof arbeidsongeschikt was geworden, zich vergelijken met een werknemer die arbeidsongeschikt was wegens ziekte. Het Hof achtte het in dat geval niet toegestaan dat voor zwangere en pas bevallen werkneemsters een regeling werd getroffen, die nadeliger is dan die voor arbeidsongeschikte werknemers.

3.11 Uit deze uitspraken volgt dat een regeling voor werknemers die arbeidsongeschikt zijn om redenen verband houdend met hun zwangerschap, mag worden vergeleken met een regeling voor werknemers die om andere redenen arbeidsongeschikt zijn. De vergelijking mag echter niet leiden tot nadeel voor zwangere werknemers, en in het bijzonder niet wanneer dat leidt tot een schending van de minimum bescherming die zwangeren toekomt op grond van het EG-recht. Hieruit volgt dat het verbod van discriminatie naar geslacht – dat in het Nederlands recht is uitgewerkt in de vorm van een verbod van onderscheid naar geslacht – bescherming biedt aan vrouwen, althans vrouwelijke werknemers, tegen – in ieder geval – benadeling gedurende de periode dat zij verzuimen bij de arbeid vanwege zwangerschaps- en bevallingsverlof.

3.12 De aangehaalde EG-jurisprudentie heeft betrekking op arbeidsrelaties, meer in het bijzonder op werknemers, en niet op het verrichten van werkzaamheden als zelfstandige of op verzekeringen in dit verband. De systematiek van de AWGB brengt evenwel met zich dat de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie zoveel mogelijk uniform moet worden toegepast op alle door de AWGB bestreken terreinen.

Rechterlijke uitspraken

3.13 De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht heeft in twee uitspraken langs dezelfde lijn geoordeeld als hierboven uiteengezet (op 15 november 2005, LJN:AU6168 en op 27 mei 2004, LJN AP0146).

3.14 In afwijking van deze oordelenlijst besliste de Rechtbank Utrecht op 3 mei 2006 dat het recht op een uitkering op grond van arbeidsongeschiktheid en het recht op uitkering wegens zwangerschap en bevalling van elkaar te onderscheiden uitkeringen zijn, die moeten worden getoetst aan eigen voorwaarden en die dekking bieden tegen risico's van geheel verschillende aard. De rechtbank heeft de voorwaarden die gelden voor de zwangerschapsuitkering afzonderlijk getoetst aan artikel 1 en artikel 7, aanhef en onderdeel a, AWGB. Aangezien het risico van zwangerschap zich alleen bij vrouwen voordoet en de in de voorwaarden als extra dekking geboden zwanger-

schapsuitkering derhalve uitsluitend aan vrouwen wordt aangeboden, kan de voorwaarde van twee jaar verzekerd zijn alleen vrouwen treffen. Volgens de rechtbank is daarom alleen sprake van onderscheid tussen vrouwen onderling. Binnen de op zichzelf staande dekking van dit risico wordt volgens de rechtbank geen verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt. De rechtbank concludeert dat het stellen van specifieke voorwaarden aan verzekering tegen zwangerschapsgerelateerde arbeidsongeschiktheid geen verboden onderscheid op grond van geslacht oplevert, aangezien de dekking tegen zwangerschapsgerelateerde arbeidsongeschiktheid als extra dekking wordt aangeboden en los staat van de dekking van andere vormen van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis en het risico van zwangerschapsgerelateerde arbeidsongeschiktheid zich uitsluitend bij vrouwen voordoet (LJN: AW7505).

3.15 Aldus miskent de rechtbank dat in dezen een regeling voor werknemers die arbeidsongeschikt zijn om redenen verband houdend met hun zwangerschap, mag worden vergeleken met een regeling voor werknemers die om andere redenen arbeidsongeschikt zijn. Voorts miskent de rechtbank dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap (artikel 1, tweede lid, AWGB, zie Kamerstukken II 2003/04 29311, nr.3, p.2.). Zoals de voorzieningenrechter van dezelfde rechtbank heeft overwogen, is het onjuist om te stellen dat van ongelijke behandeling per definitie pas sprake kan zijn indien er zich een situatie voor doet waarin zowel mannen als vrouwen kunnen verkeren, waarvan bij zwangerschap vanzelfsprekend geen sprake is. De voorzieningenrechter verwijst in dit verband naar het arrest Dekker van het HvJ EG van 8 november 1990 (Zaak C-177/88), waaruit volgt dat het verbod om direct onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen niet vereist dat er in het specifieke geval mannen en vrouwen vergeleken kunnen worden (Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 15 november 2005, overweging 4.8. LJN:AU6168).

3.16 Het in overweging 3.13 genoemde vonnis in kort geding van 15 november 2005 is op 19 oktober 2006 door het Hof Amsterdam vernietigd (LJN: AZ0509). Het gerechtshof oordeelde dat het hanteren van een wachttijd van twee jaar moet worden aangemerkt als een vorm van indirect onderscheid. Volgens het hof gaat het bij de voorwaarden voor een zwangerschapsuitkering om een onderscheid dat voortvloeit uit de omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid, waardoor alleen vrouwen worden geraakt. Het hof acht vervolgens dit indirecte onderscheid objectief gerechtvaardigd. De Commissie acht deze redenering niet houdbaar. Het hof miskent artikel 1,

tweede lid, AWGB: onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap wordt per definitie aangemerkt als een vorm van direct onderscheid.

3.17 Het Hof Amsterdam heeft voorts overwogen dat Richtlijn 2004/113/EG niet in de afweging kan worden betrokken omdat deze op diverse punten keuzemogelijkheden kent die de lidstaten zelf kunnen invullen. De richtlijn is in Nederland nog niet geïmplementeerd en de implementatiedatum is nog niet verstreken. Wat hiervan zij, de oordelenlijn van de Commissie, gebaseerd op de jurisprudentie van het HvJEG inzake arbeidsrelaties, is in lijn met de richtlijn.

3.18 In overweging 20 van de preambule van deze richtlijn overweegt de Raad van de Europese Unie dat het ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht is die moet worden verboden in verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten. De kosten in verband met zwangerschap- en moederschaprisico's mogen niet alleen op vrouwen worden afgewenteld.

3.19 Ingevolge artikel 5, derde lid, van Richtlijn 2004/113/EG mogen kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, in geen geval leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen. Hieruit kan worden afgeleid dat het verzekeraars niet is toegestaan om – naast arbeidsongeschiktheidsverzekeringen – aparte verzekeringen aan te bieden die uitsluitend inkomensverlies vanwege arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof dekken. Een verzekering die tot uitkering komt bij zwangerschaps- en bevallingsverlof dient derhalve onderdeel te zijn van een algemene arbeidsongeschiktheidsverzekering. Verder valt hieruit af te leiden dat het ook niet is toegestaan dat verzekeraars vrouwen wel de volledige premie laten betalen maar – in het geval van zwangerschap – niet de bijbehorende uitkeringen verstrekken of dit alleen doen tegen minder gunstige voorwaarden.

3.20 Door het verstrekken van een zwangerschapsuitkering in het kader van een arbeidsongeschiktheidsverzekering, voldoet een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar aan de eisen die de gelijkebehandelingswetgeving stelt. Wat betreft inkomenszekerheid hebben vrouwen immers een nadeel dat mannen niet hebben, namelijk het tijdelijk niet kunnen werken vanwege zwangerschap. Het toekennen van een zwangerschapsuitkering is dan ook niet te beschouwen als een extra voordeel, maar als het opheffen van een nadeel dat vrouwen in verband met inkomenszekerheid hebben.

3.21 Al het vorenstaande geeft de Commissie geen aanleiding haar oordelenlijn te herzien.

Onderscheid

3.22 In het onderhavige geval biedt verweerster een zwangerschapsuitkering aan. De voorwaarden waaronder tot uitkering wordt overgegaan zijn voor de verzekerde ingeval van zwangerschap en bevalling echter ongunstiger dan ingeval van arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte of ongeval. Immers, verweerster gaat alleen over tot uitkering indien de verzekerde ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar aaneengesloten bij verweerder was verzekerd waarbij ook het risico op langlopende arbeidsongeschiktheid (rubriek B) is meeverzekerd.

3.23 De vraag moet worden beantwoord of verweerster onderscheid maakt naar geslacht door als voorwaarde te stellen dat ingeval van bevalling alleen aanspraak kan worden gemaakt op een uitkering, indien de verzekerde ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar bij verweerster is verzekerd. Verweerster stelt deze voorwaarde ter voorkoming van misbruik van de verzekering in die zin dat vrouwen zich uitsluitend verzekeren wanneer zij van plan zijn om zwanger te worden en dan slechts voor de periode tot en met het bevallingsverlof.

3.24 De gelijkebehandelingswetgeving staat er, zoals de Commissie al vaker heeft overwogen, niet aan in de weg dat verzekeraars maatregelen nemen ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik (onder meer CGB 15 juli 1987, oordeel 1997-08; CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76; CGB 29 april 2004, oordeel 2004-44). Het hantieren van een 'wachtijd' van twee jaar moet volgens verweerster als zodanig worden begrepen. De onderhavige voorzorgsmaatregel is evenwel uitsluitend gericht op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik door (zwangere) vrouwen en niet tegen andere mogelijke vormen van misbruik. Verweerster maakt aldus, zoals de Commissie reeds eerder heeft geoordeeld, direct onderscheid in de zin van de AWGB.

3.25 Gelet op de bepaling in artikel 1, tweede lid, AWGB moet dit worden aangemerkt als een vorm van direct onderscheid, dat – bij gebreke van enige wettelijke uitzondering – is verboden.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat onderscheid maakt op grond van geslacht jegens door haar niet in aanmerking te laten komen voor een zwangerschapsuitkering.

2006-258

Intern verenigingsrecht

1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of de verenigingsstatuten, waarin wordt bepaald dat het stemrecht en het bestuurslidmaatschap zijn voorbehouden aan leden met de Nederlandse nationaliteit, in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving.

1.2 Bij brief van 25 juli 2006 heeft verzoekster de Commissie desgevraagd nadere informatie versoukt.

1.3 De Commissie heeft het verzoek aangehouden in afwachting van de resultaten van een in opdracht van het kabinet uitgevoerd onderzoek naar de effectiviteit van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) op het punt van het verenigingsrecht. Deze resultaten zijn op 19 december 2006 openbaar gemaakt.

1.4 De Commissie heeft het verzoek, overeenkomstig artikel 31 Besluit werkwijze Commissie gelijke behandeling, volgens de vereenvoudigde procedure behandeld. In deze procedure wordt geen zitting gehouden.

2 Feiten

2.1 Verzoekster is een zeil-, roei- en motorbootvereniging. Zij heeft blijkens artikel 2 van haar statuten tot doel het bevorderen van de watersport, onder meer door het aanleggen en exploiteren van jachthavens en door het aanschaffen van boten ten behoeve van haar leden.

2.2 Verzoekster had medio 2006 291 leden, waarvan 228 gewone leden, 60 aspirantleden, 2 partnerleden en 1 erelid. Hieronder zijn 8 leden met een andere dan de Nederlandse nationaliteit. De vereniging heeft 260 ligplaatsen in het water en ongeveer 40 plaatsen op de wal.

2.3 Tot de belangrijkste activiteiten van verzoekster behoren de verhuur van vaste ligplaatsen, het verlenen van hijsdiensten en het organiseren van werkdagen, vaartochten, zeilwedstrijden en clubavonden.

2.4 In artikel 4 van de statuten is bepaald dat er verschillende soorten lidmaatschap zijn. Het gewone lidmaatschap staat open voor iedereen die de

Nederlandse nationaliteit bezit en achttien jaar of ouder is. Nederlanders die nog geen achttien jaar zijn kunnen worden toegelaten tot het jeugdlidmaatschap. Het bestuur beslist over toelating van gewone leden tot de vereniging.

2.5 In artikel 4, onderdeel d, van de statuten is bepaald dat mensen die niet de Nederlandse nationaliteit bezitten, 'buitenlands lid' kunnen worden. Sinds de laatste statutenwijziging in 1998 hebben buitenlandse leden het recht om het woord te voeren op de ledenvergaderingen. Buitenlandse leden hebben geen stemrecht of toegang tot het bestuurslidmaatschap.

2.6 In het huishoudelijk reglement van verzoekster zijn nadere regels gesteld met betrekking tot het aanvragen van toelating tot het buitenlands lidmaatschap van de vereniging (artikel 3.9.1). Over toelating tot de vereniging van buitenlandse leden wordt beslist door de algemene ledenvergadering, met ten minste tweederde van de geldig uitgebrachte stemmen.

2.7 De statuten bevatten geen bepaling over toelating tot het lidmaatschap van mensen jonger dan achttien met een andere dan de Nederlandse nationaliteit. Anders dan jongeren tot achttien jaar met de Nederlandse nationaliteit kunnen jongeren met een andere nationaliteit dus formeel niet tot de vereniging worden toegelaten. Verzoekster heeft verklaard dat dit geen bewuste keuze is geweest.

2.8 In artikel 3.11 van het huishoudelijk reglement zijn nadere bepalingen opgenomen over rechten en plichten van leden. Leden verplichten zich tot het verrichten van ten minste acht uur aan onbetaalde werkzaamheden ten behoeve van de vereniging. Deze verplichting kan voor € 90,- worden afgekocht. Bestuursleden en leden van door het bestuur erkende verenigingscommissies zijn hiervan vrijgesteld.

2.9 Voorwaarden voor het bestuurslidmaatschap zijn wettelijke meerderjarigheid, handelingsbevoegdheid, woonachtig zijn in Nederland en in het bezit zijn van de Nederlandse nationaliteit (artikel 6.3 van het huishoudelijk reglement).

2.10 Medio 2006 kende verzoekster vier door het bestuur erkende commissies: een introductiecommissie, een havencommissie, een zeilcommissie en een evenementencommissie. Ingevolge artikel 3.9.3 van het reglement zijn buitenlandse leden uitgesloten van deelname aan verenigingscommissies.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 De vraag ligt voor of verzoekster in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving door het (gewone) lidmaatschap van de vereniging en enkele aan het lidmaatschap verbonden rechten voor te behouden aan personen die in het bezit zijn van de Nederlandse nationaliteit.

3.2 Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is het onder meer instellingen die werkzaam zijn op het gebied van welzijn verboden onderscheid te maken bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten. Met de term instelling wordt bedoeld op organisatorische verbanden die in de samenleving als eenheid optreden en die niet kunnen worden geacht een beroep of bedrijf uit te oefenen (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 21). Het begrip welzijn heeft, blijkens de parlementaire geschiedenis van de wet, onder andere betrekking op het terrein van de sport (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 21). Nu verweerster een vereniging is die activiteiten ontplooit om de watersport te bevorderen en daarbij boten en ligplaatsen ter beschikking stelt, oordeelt de Commissie dat verweerster een instelling is die goederen en diensten aanbiedt, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, AWGB.

3.3 In onder meer artikel 11 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 8 van de Grondwet is de vrijheid van vereniging neergelegd. De verenigingsvrijheid is primair van betekenis in verticale verhoudingen, dat wil zeggen tussen burgers en overheid. Deze bescherming tegen overheidsinmenging, deze vrije sfeer, is bedoeld om burgers met wederzijdse interesses of opvattingen de gelegenheid te bieden gezamenlijke activiteiten te ontplooiën. Daarmee is de maatschappelijke pluriformiteit, de sociale, politieke diversiteit en de democratie gediend (EHRM 5 oktober 2006, *The Moscow branch of the Salvation Army t. Rusland*, nr. 72881/01, § 59-62). Dat betekent echter niet dat de vrijheid van vereniging onbegrensd is. De overheid kan grenzen stellen aan die vrijheid in het belang van de openbare orde, bijvoorbeeld door een bepaalde vereniging te verbieden (EHRM 13 februari 2002, *Refah Partisi t. Turkije* (GC), NJ 2005, 89 (m.nt. E.A. Alkema)). Een dergelijke inbreuk op de verenigingsvrijheid is echter slechts om zeer klemmende redenen toelaatbaar, bijvoorbeeld wanneer de vrijheid van anderen of de menselijke waardigheid in het geding is.

3.4 Hoewel de verenigingsvrijheid primair van belang is voor verticale verhoudingen, bestaat deze vrijheid in aanleg ook in horizontale verhoudin-

gen. Ook in de rechtsverhouding tussen private partijen is dus respect voor de beleidsvrijheid van verenigingen geboden. Deze vrijheid omvat in beginsel ook de vrijheid om zich te verenigen rond een identiteitskenmerk dat door de gelijkebehandelingswetgeving wordt beschermd. Bekende voorbeelden zijn het “mannenkoor” en de “vereniging van huisvrouwen”. Die vrijheid is echter net zo min als in verticale verhoudingen onaantastbaar. De rechter toetst in voorkomende gevallen bijvoorbeeld aan de redelijkheid en billijkheid (P.J.J. Zootjens, ‘Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy’, in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zootjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publish 2006, p. 201). In dit verband is ook de vraag van belang welke grenzen de gelijkebehandelingswetgeving stelt aan de vrijheid van verenigingen om onderscheid te maken met betrekking tot het lidmaatschap en met het lidmaatschap samenhangende rechten op één of meer van de door die wetgeving beschermde gronden.

3.5 De Commissie heeft in de loop der jaren een reeks van oordelen uitgesproken over deze vraag, waarbij steeds zo goed mogelijk aansluiting is gezocht bij de parlementaire geschiedenis van de AWGB en in het bijzonder bij hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van de wet over het verband tussen de AWGB en de verenigingsvrijheid naar voren is gebracht. Bij het beoordelen van zaken heeft de Commissie de volgende lijn gevolgd:

Eerst dient te worden onderzocht of de vereniging in kwestie een open en zakelijk karakter heeft. Hiervan kan sprake zijn

- wanneer de vereniging haar leden bijvoorbeeld goederen of diensten aanbiedt en de beschikbaarheid van deze goederen of diensten – en daarmee het lidmaatschap van de vereniging – een vereiste is om aan een belangrijk deel van het maatschappelijk leven deel te kunnen nemen (onder meer CGB 15 maart 2001, oordeel 2001-27), of
- wanneer ook niet-leden toegang hebben tot bepaalde activiteiten (bijvoorbeeld CGB 30 maart 2005, oordeel 2005-51).

Indien de vereniging geen open en zakelijk karakter heeft, dan acht de Commissie zich niet bevoegd te oordelen over het handelen van de vereniging (zoals in CGB 6 maart 2006, oordeel 2006-32).

Is er evenwel sprake van een vereniging met een open en zakelijk karakter dan gaat de Commissie vervolgens na wat voor soort bepalingen, maatstaven of handelwijzen in het geding is. De Commissie acht zich niet bevoegd te oordelen over regels met betrekking tot de interne organisa-

tie van de vereniging of de verenigingsactiviteiten, het interne verenigingsrecht (onder meer CGB 27 januari 2004, oordeel 2004-7). De Commissie acht zich wel bevoegd te oordelen over de beschikbaarheid van de aangeboden goederen of diensten (vergelijk CGB 8 mei 2003, oordeel 2003-57).

3.6 Langs deze lijn heeft de Commissie eerder een met de onderhavige situatie vergelijkbare zaak beoordeeld. Zij achtte zich niet bevoegd te oordelen over een statutaire beperking van het lidmaatschap van een watersportvereniging tot mensen met de Nederlandse nationaliteit (CGB 5 september 2002, oordeel 2002-155). De overwegingen die hieraan ten grondslag lagen, waren kort samengevat, dat – gelet op de wetsgeschiedenis – lidmaatschapseisen niet kunnen worden aangemerkt als het aanbod van een goed of dienst, tenzij het gaat om de toegang tot het lidmaatschap van een vereniging met een open en zakelijk karakter. Van dat laatste was volgens de Commissie geen sprake, omdat de vereniging zich nadrukkelijk richtte op de naaste omgeving van de jachthaven en het verhuuren van ligplaatsen één van de activiteiten betrof die de vereniging voor de eigen leden organiseert. Dat er in de nabije omgeving geen andere watersportvereniging was, waarvan verzoeker wel lid kon worden, was volgens de Commissie niet te wijten aan het beperkende beleid van deze vereniging, maar aan de keuze van de gemeente om alle lokale watersportvoorzieningen aan deze vereniging te verhuren.

3.7 In de literatuur is deze lijn kritisch beoordeeld, recentelijk door De Kluiver (H.J. de Kluiver, 'Gelijkheid in vereniging'. In: S.D. Burri (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2005*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 167-180) en Zoontjens (P.J.J. Zoontjens, 'Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publish 2006).

Het belangrijkste punt van kritiek is dat het concept van het intern verenigingsrecht in het recht geen echte basis heeft en – wellicht mede daarom – niet alleen lastig is toe te passen, maar bovendien leidt tot een onnodig restrictieve uitleg; zeker in vergelijking met het gemak waarmee de rechter zich uitsprekt over verenigingsrechtelijke kwesties. Het gevolg daarvan is dat de uitkomsten van de toepassing van de door de Commissie ontwikkelde toets niet altijd even goed aansluit bij het doel van de gelijkebehandelingswetgeving, in die zin dat in sommige gevallen onderscheid dat evident in strijd lijkt te zijn met de doelstelling van de AWGB en uitsluiting tot gevolg heeft danwel bestendigt, niettemin buiten beschouwing moet blijven (zoals in CGB 5 september 2002, oordeel 2002-155). Dat de toets niet zo eenvoudig is toe

te passen, lijkt ertoe bij te dragen dat sommige oordelen niet makkelijk met elkaar in overeenstemming zijn te brengen (zie bijvoorbeeld CGB 10 maart 1998, oordeel 1998-20 en CGB 15 maart 2001, oordeel 2001-27). Een tweede gevolg is dat de Commissie op deze manier niet kan bijdragen aan de nadere invulling van het gelijkebehandelingsrecht in situaties waarin dat wel door de rechter wordt toegepast.

3.8 Het eerste punt van kritiek, de restrictieve uitleg die toetsing op basis van de parlementaire geschiedenis met zich brengt, heeft de Commissie in haar tweede evaluatie ertoe gebracht bij het kabinet aan te dringen te (laten) onderzoeken wanneer de gelijkebehandelingswetgeving nu wel en wanneer die wetgeving niet van toepassing is op (regels en praktijken van) verenigingen. Het kabinet heeft gehoor gegeven aan deze aanbeveling en een onderzoek laten verrichten (P.J.J. Zoontjens, 'Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publish 2006).

3.9 Het zijn deze ontwikkelingen, in samenhang met het feit dat de door verzoeker voorgelegde vraag sterke overeenkomsten vertoont met het eerder genoemde oordeel 2002-155 dat nogal kritisch werd onthaald (zie b.v. Rechtspraak Vreemdelingenrecht, 2002, 99 (m.nt. van C.A. Groenendijk) en P. Rodrigues, 'Oordelen Commissie Gelijke Behandeling 2002', *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 2003, nr. 3, p. 180-188, in het bijzonder p. 185-186), die maken dat de Commissie thans aanleiding ziet haar jurisprudentielijn – voor zover nodig – te heroverwegen. Dit leidt tot volgende overwegingen.

3.10 De gelijkebehandelingswetgeving heeft tot doel mensen te beschermen tegen onderscheid en uitsluiting op grond van bepaalde, irrelevant geachte identiteitskenmerken. Artikel 7, eerste lid AWGB verbiedt dergelijk onderscheid bij (onder meer) de aanbidding van en de verlening van toegang tot goederen en diensten.

Uitgangspunt is dat dit verbod van onderscheid in aanleg ook geldt voor verenigingen. Ook verenigingen mogen, wanneer zij in het openbaar goederen en diensten aanbieden, geen verboden onderscheid maken.

3.11 Wanneer een vereniging in verenigingsverband goederen en diensten aanbiedt, is de vraag relevant of van die goederen en diensten slechts gebruik kan worden gemaakt door leden of dat dit ook geldt voor anderen. In dat laatste geval gaat het feitelijk om een openbaar aanbod en is de rechtsvorm van de aanbieder irrelevant. De verenigingsvrijheid is in dergelijke situaties niet in

geding. Artikel 7 AWGB is zonder meer van toepassing.

3.12 Is echter de toegang tot de goederen of diensten – in het voorliggende geval meer specifiek het kunnen huren van een ligplaats – afhankelijk van het lidmaatschap dan kan de toegang tot de ligplaats (het goed) worden gelijkgesteld aan de toegang tot het lidmaatschap. In dit geval is het verenigingskarakter van de aanbieder wel relevant. Verenigingen hebben immers het recht zelf te bepalen wie zij ‘erbij willen hebben’. Om te beoordelen of de vrijheid van de vereniging in kwestie in het gedrang komt wanneer de beperkende lidmaatschapsis niet zou mogen worden gesteld in verband met de eisen gelijkebehandelingswetgeving, moet worden gezien hoe die beperkende eis zich verhoudt tot het doel van de vereniging.

3.13 Licht de beperking besloten in het doel, hangt met andere woorden de beperkte toegang tot het lidmaatschap samen met het doel van de vereniging, dan is de verenigingsvrijheid in geding. De Commissie leidt bij nader inzien uit de geschiedenis van de AWGB af dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest de vrijheid van een groep mensen om zich te verenigen met een bepaald doel voor ogen, te beoordelen aan de hand van de AWGB. Bij herhaling heeft hij benadrukt dat de verenigingsvrijheid meebrengt dat rechtmatig eisen worden gesteld aan personen ter verwezenlijking van een gemeenschappelijk doel. Dergelijke eisen zullen vaak betrekking hebben op de in de AWGB opgenomen gronden, vooral indien het verenigen betreft die de behartiging van de belangen van specifieke groepen tot doel hebben (zie Kamerstukken II 1991/92, 22014, nr. 5, p. 19; Kamerstukken I 1992/93, 22014, nr. 212c, p. 5). Met andere woorden: artikel 7 AWGB geeft geen aanspraak op lidmaatschap in strijd met het doel van een vereniging. Dat wil niet zeggen dat de verenigingsvrijheid onbegrensd is. Het doel van een vereniging mag niet in strijd zijn met de openbare orde. Het discriminatoire karakter van een vereniging zou onder omstandigheden strijd kunnen opleveren met de openbare orde, bijvoorbeeld wanneer de vereniging tot doel heeft haat te zaaien tegen buitenlanders (Hof 's-Gravenhage 28 maart 1995, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 893 (m.nt. A. Woltjer)). Op dit punt zijn de strafrechter en de burgerlijke rechter bij uitstek tot oordelen bevoegd. Een beoordeling van het doel van een vereniging valt buiten het bereik van de AWGB. De Commissie is ter zake niet bevoegd.

3.14 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. In de parlementaire geschiedenis van de AWGB is bijvoorbeeld de vraag gesteld of een vrouwenvereniging onderscheid mag maken op grond van ras. De slotsom was dat indien het onderscheid wordt gemaakt in een geval dat wordt bestreken door de AWGB, dit zal kunnen worden getoetst aan het wettelijk verbod van onderscheid (Kamerstukken II 1991-92, 22014, nr. 10, p. 11). Wanneer er derhalve sprake is van een aanbod van een goed of dienst, kan en moet de onderscheidmakende voorwaarde voor het lidmaatschap worden getoetst aan artikel 7 AWGB. Dat betekent dat die voorwaarde moet worden onderworpen aan de gebruikelijke toets: wanneer sprake is van direct onderscheid, moet worden nagegaan of er een wettelijke uitzondering bestaat voor deze situatie. Is dat niet het geval, dan is het onderscheid verboden. Is er sprake van indirect onderscheid, dan kan het onderscheid mogelijk objectief worden gerechtvaardigd.

3.15 In het voorliggende geval is sprake van direct onderscheid (een nationaliteitseis) dat geen verband houdt met het doel van de vereniging, te weten het bevorderen van de watersport. Verzoekster heeft verklaard dat vermoedelijk anti-Duitse sentimenten een rol hebben gespeeld en dat deze voorwaarde is bedoeld om te voorkomen dat de vereniging wordt ‘overgenomen’ door Duitsers. Daargelaten de waarde van een dergelijke wens, staat vast dat dit op geen enkele wijze tot uitdrukking komt in, of zich logisch verhoudt tot het statutaire doel van verweerster, te weten de bevordering van de watersport. Ook wanneer er van wordt uitgegaan dat de vereniging, net als haar collega-vereniging in 2002, zich primair richt op de nabije omgeving van de jachthaven is er nog geen verband. Immers, zowel mensen met een Nederlandse als met een andere nationaliteit kunnen hun hoofdverblijfplaats hebben in de buurt van de jachthaven (en ook andersom).

3.16 De gelijkebehandelingswetgeving bevat enkele uitzonderingen op het verbod op direct onderscheid op grond van nationaliteit, maar die zijn geen van alle op het voorliggende geval van toepassing.

De Commissie oordeelt daarom dat verzoekster verboden onderscheid maakt op grond van nationaliteit door slechts mensen met de Nederlandse nationaliteit voor het volwaardig lidmaatschap van de vereniging in aanmerking te laten komen.

3.17 Voor zover verzoekster overweegt haar statutaire doelstelling in die zin te wijzigen dat daarin de nationaliteitseis als voorwaarde voor het verenigingslidmaatschap wordt verankerd, wijst de Commissie erop dat dit op gespannen voet staat met het EG-recht, in het bijzonder artikel 7, tweede lid, van Verordening 1612/68 EG over ‘sociale voordelen’, nu het Hof van Justitie EG

heeft bepaald dat de toegang tot activiteiten in de sfeer van vrijetijdsbesteding een uitvloeisel is van het vrij verkeer van de burgers van de Europese Unie (HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-334/94 (Commissie t. Frankrijk), Jur. 1996, p. I-1307).

3.18 Ambtshalve stelt de Commissie vast dat ook een andere voorwaarde voor het bestuurslidmaatschap, te weten het vereiste dat het lid in Nederland woont (zie 2.9), onderscheid naar nationaliteit kan opleveren, zij het indirect. Immers, in Nederland wonen meer mensen met een Nederlandse nationaliteit dan in het buitenland, en andersom.

3.19 De Commissie stelt voorop, in lijn met wat in 3.14 en 3.15 is overwogen, dat een toetsing aan artikel 7 AWGB van onderscheid bij het aanbieden van een goed of dienst in combinatie met een onvolwaardig lidmaatschap, niet afstuit op de verenigingsvrijheid, indien het onderscheid geen verband houdt met het doel van de vereniging.

3.20 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 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.

3.21 Ten aanzien van het doel van de woonplaatsvoorwaarde voor bestuurslidmaatschap heeft verzoekster verklaard niet te weten wat dat doel precies is, maar te vermoeden dat dezelfde motieven als bij de nationaliteitsvoorwaarde voor het lidmaatschap daaraan ten grondslag hebben gelegen. De Commissie stelt vast dat dit doel, zoals verwoord door verzoekster, in zichzelf discriminerend

is en daarom niet legitiem is in de zin van de wet. Veronderstellenderwijs aannemend dat het doel niet zou zijn gelegen in anti-Duitse sentimenten maar in de wens dat bestuursleden met het oog op hun beschikbaarheid niet al te ver weg wonen, overweegt de Commissie dat een dergelijk doel legitiem is, waaraan iedere discriminatie vreemd is. Het middel is echter niet geschikt. Gegeven de geografische ligging van de haven van verzoekster zullen sommige Duitsers alsook in Duitsland woonachtige Nederlanders veel dichterbij wonen dan vele Nederlanders en in Nederland wonende mensen met een andere nationaliteit. Een woonplaatsvereiste, zoals thans geformuleerd, ligt daarom niet voor de hand. Beschikbaarheid kan bijvoorbeeld wel als zodanig worden gevraagd, of kan worden gekoppeld aan het hebben van de hoofdverblijfplaats binnen een bepaalde straal. De Commissie oordeelt daarom dat het indirecte onderscheid bij de toegang tot goederen en diensten die door verzoekster in verenigingsverband worden aangeboden, ten gevolge van het woonplaatsvereiste, niet objectief gerechtvaardigd is.

4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat verboden onderscheid maakt op grond van nationaliteit.

Noot door: prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

1. Dit oordeel betreft een kwestie waar de Commissie Gelijke Behandeling – en ook ondergetekende – maar moeilijk greep op kan krijgen. Het betreft de vraag in hoeverre bij het aanbod van goederen en diensten door maatschappelijke organisaties – verenigingen¹ e.d. – onderscheid gemaakt kan worden op basis van lidmaatschapsverhoudingen. Veelal gaat het daarbij om sportverenigingen en het aanbod van sport- en recreatiefaciliteiten.

De lijn van de Commissie hield tot voor kort in, dat onder omstandigheden de uit intern verenigingsrecht voortvloeiende beperkingen wat betreft toegang tot de door de organisatie aangeboden goederen en diensten met zich brachten dat die beperkingen niet door de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) bestreken werden en de Commissie ter zake dus onbevoegd was. Op deze lijn is nogal wat kritiek geuit, zie onder meer de bijdrage van De Kluiver in de *Oordelenbundel 2005* en de bespreking van Zoontjens van het onderdeel ‘Verenigingsvrijheid’ in de in 2006 verschenen

1 De Commissie doet het voorkomen of het alleen gaat om verenigingen in rechtspersonenrechtelijke zin. Dat zal wel niet de bedoeling zijn: het betreft hier natuurlijk ook organisaties die in andere rechtsvorm zijn gegoten (in ieder geval ook stichtingen).

AWGB-evaluatie.² Die kritiek komt er op neer dat het concept van intern verenigingsrecht lastig toe te passen is en tot een – in vergelijking met de toetsing door de burgerlijke rechter – onnodig restrictieve uitleg van de uit de AWGB voortvloeiende gelijkheidsmaatstaven leidt.

2. De Commissie heeft zich deze kritiek aange-trokken. Thans hanteert zij – blijkens het onderhavige oordeel – de volgende ‘afwegingsladder’.

(a) Eerst wordt bezien of de organisatie de goe-deren en diensten ook aan niet-leden aanbiedt. Is dat het geval, dan is sprake van een openbaar aanbod en moet per definitie aan artikel 7 AWGB getoetst worden.

Richt het aanbod zich alleen op leden, dan dient vervolgens bezien te worden of deze beperking besloten ligt in het doel van de organisatie.

(b) Ligt de beperking besloten in het doel van de vereniging – hangt het tot bepaalde categorieën beperkte lidmaatschap en daarmee de toegang tot het aanbod samen met het statutaire doel – dan is de verenigingsvrijheid zodanig in het geding dat de betreffende materie buiten de werkingssfeer van de AWGB valt en is de Commissie dus niet bevoegd.

(c) Houdt de beperking terzake van het lidmaatschap geen verband met het doel van de vereniging, dan is de verenigingsvrijheid niet wezenlijk in het geding, dan is de AWGB dus wel van toepassing en is de Commissie bevoegd.

3. Ik vraag mij af of deze oplossing werkelijk soe-las biedt. Zie bijvoorbeeld de zaak waar het hier om gaat. Het betreft een watersportvereniging, die personen die niet de Nederlandse nationaliteit hebben geen stemrecht geeft en niet toelaat tot het bestuurslidmaatschap. Eerder meende de Commissie, dat hierbij sprake is van intern verenigingsrecht, en dat zij derhalve niet bevoegd was om hierover te oordelen. Thans meent zij hierover wel te mogen oordelen, nu de nationaliteitseis geen verband houdt met de doelstelling van de vereniging – het bevorderen van de watersport. Zwakke stee in deze benadering is natuurlijk, dat het in het algemeen heel eenvoudig is om de statutaire doelstelling te wijziging, en bijvoorbeeld de nationaliteitseis alsnog in die doelstelling te incorporeren. Men verandert de doelstelling simpelweg in: ‘het bevorderen van de watersport onder de Nederlandse bevolking’. De Commissie geeft aan dat de beoordeling van het statutaire doel – dus ook van wijzigingen daarvan – buiten haar bevoegdheid ligt (r.o. 3.1.3) en erkent dat wijziging van de doelstelling door incorporatie van het nationaliteitsvereiste een optie is (r.o. 3.17).

Daarmee wordt de effectiviteit van deze nieuwe benadering vergaand ontkracht.

4. De Commissie reikt twee doekjes voor het bloeden aan. Eerstens wijst zij er op, dat natuurlijk het doel van een vereniging niet in strijd mag zijn met de openbare orde, en dat de rechter terzake wel een oordeel kan vellen (r.o. 3.13). Maar dat doet er niet aan af, dat deze beoordeling aan de toetsing door de Commissie is onttrokken.

Daarnaast suggereert de Commissie voor het onderhavige geval, dat invoeging van de nationaliteitseis in de statutaire doelstelling op gespannen voet staat met EG-recht – in het bijzonder artikel 7, tweede lid, Verordening 1612/68 EG – onder verwijzing naar HvJEG 7 maart 1996, zaak C-334/94 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.* 1996, p. I-1307. Ik moet erkennen de relevantie van deze verwijzing niet te begrijpen. In genoemd arrest gaat het niet om handelen van particuliere organisaties, maar om een *wettelijke regeling* volgens welke alleen vaartuigen die voor meer dan de helft aan Fransen toebehoren in het Franse register kunnen worden ingeschreven en onder de Frans vlag kunnen varen. De verwijzing naar artikel 7, tweede lid, Verordening 1612/68 (welke ziet op EG-werknemers en hun gezinsleden) komt in het arrest niet voor: daarin wordt met name verwezen naar artikel 6, 48 en 52 (oud) EG (thans artikel 12, 39 en 43 EG). En tenslotte: eventuele strijdigheid met EG-recht doet wederom niet af aan de conclusie, dat voormelde statutenwijziging en uitsluiting conform de gewijzigde statuten aan de toetsing door de Commissie is onttrokken.

5. Uit het oogpunt van de vrijheid van vereniging kan men dit oordeel overigens toejuichen. Het geeft – principieel vanuit de verenigingsvrijheid gemotiveerd – ruim baan voor private organisaties om de toegang tot het lidmaatschap naar inzicht te bepalen. Zoals de Commissie het pregnant verwoordt: ‘artikel 7 AWGB geeft geen aanspraak op lidmaatschap in strijd met het doel van een vereniging’. Daarmee is zij in lijn met het recente arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 27 februari 2007, application no. 11002/05) inzake *ASLEF vs. United Kingdom*³. Daarin gunde het EHRM zelfs een (machtige) vakbond op grond van artikel 11 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (inzake de vrijheid van vereniging) een ruime selectievrijheid, overwegende: ‘so should the trade union be equally free to choose its members. Article 11 cannot be interpreted as imposing an obligation on associations or organisations to admit whosoever wishes to join. Where associa-

2 Zie zijn bijdrage ‘Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy’, in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zootjens (red), *Gelijke behandeling: principes en praktijken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 181 e.v.

3 Met dank aan Janneke Gerards, die mij op deze uitspraak wees.

tions are formed by people, who, espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they had no control over their membership.’

Adviezen



De adviezen van 2006

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 brieven (met korte adviezen) en adviezen zijn in 2006 uitgebracht. De volledige teksten zijn te vinden op de website van de CGB (www.cgb.nl), onder Publicaties.

Advies 2006-01 inzake leeftijdsgrens vrijstelling sollicitatieplicht in de WW.

Advies 2006-02 inzake Leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche “te jong te oud”, op verzoek van de CNV-Jongerenorganisatie.

Advies 2006-03 inzake het commentaar op de vierde Nederlandse rapportage over de implementatie van het vrouwenverdrag.

Advies 2006-04 inzake Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid (maart 2006) en bijlage Rapport IVA ‘De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd’ met bijbehorende checklist.

Advies 2006-05 inzake inburgeringsplicht.

Advies 2006-06 inzake de afschaffing van de publieke regeling voor zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen in relatie tot Europese regelgeving.

Advies 2006-07 inzake de regeling afstanden en beloningen van de Vierdaagse van Nijmegen.

Advies 2006-08 inzake selectie van proefpersonen zonder verboden onderscheid.

Advies 2006-09 inzake leeftijdscriterium bij langer verblijf in buitenland van oudere WWB-ers.

Brief 2006-10 inzake aanvulling bij advies over afschaffing publieke regeling voor zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen.

Brief 2006-11 inzake wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (kamerstuk 30 552).

Brief 2006-12 inzake wetsvoorstel Pensioenwet (30 413).

Brief 2006-13 Commentary on the draft Policy Recommendation no. 10 on combating racism and racial discrimination at school (oktober 2006) en Bijlage bij brief 2006-13 draft Policy Recommendation no.10 on combating racism and racial discrimination at school.

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.

Advies 2006-15 inzake de aanvulling van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en de toelichting daarop, op verzoek van de NVB en het CHF.

Advies 2006-16 inzake de voorwaarden en normen 2006 voor het verstrekken van een Nationale Hypotheek Garantie, op verzoek van de SWEW.

Rechtelijke uitspraken



Rechterlijke uitspraken, gewezen in 2006, over zaken waarover de Commissie Gelijke Behandeling reeds een oordeel heeft gegeven

	Pagina	Rechterlijke instantie	Datum	Uitspraak	Grond	Vindplaats
2000-48, 2003-28 en 2003-135	p. 307 p. 170 p. 273	Hof Amsterdam	9 februari 2006	Het Hof volgt deels het oordeel van de Commissie en oordeelt dat er sprake is van een geobjectieerd onderscheid gelet op de omvang van de organisatie.	Arbeitsduur	<i>RAR 2006/5, nr. 51;</i> <i>JAR 2003/17, nr. 281; SMA 2006: 721/03; SMA 2006/11/12</i>
2001-126	p. 249	Centrale Raad van Beroep	30 maart 2006	De rechtbank heeft het oordeel van de Commissie niet gevolgd en heeft afwijzend gereageerd op het voorstel haar loon te compenseren. De Centrale Raad van Beroep bevestigt de uitspraak van de rechtbank.	Geslacht	<i>Rechtspraak.nl:</i> 04/4460 AW, LJN: AW1840
2003-58	p. 193	Hof Amsterdam	31 augustus 2006	Het hof bevestigt de uitspraak van de rechtbank en volgt daarmee niet het oordeel van de Commissie.	Geslacht, leeftijd	<i>Rechtspraak.nl:</i> 2133/04; <i>RAR</i> 2006/13, nr. 145; <i>PJ</i> nov. 2006 nr. 119
2004-44	p. 217	Rechtbank Utrecht	3 mei 2006	De rechtbank volgt het oordeel van de Commissie grotendeels op en oordeelt dat er sprake is van onderscheid.	Geslacht	<i>Rechtspraak.nl:</i> 191475/ HA ZA 05- 503, LJN: AW7505
2004-44	p. 217	Hof Amsterdam	19 oktober 2006	Het hof oordeelt anders dan de rechtbank en de Commissie, dat er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond.	Geslacht	<i>Rechtspraak.nl</i> 103/06 LJN: AZ0509
2004-116	p. 291	Rechtbank Den Haag	26 juli 2006	In tegenstelling tot wat de Commissie oordeelde, stelt de rechtbank dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging.	Geslacht	<i>Rechtspraak.nl:</i> KG 06/767, LJN: AY5005
2005-128 t/m130	p. 333	Rechtbank Amsterdam, sector kanton	18 april 2006	De rechter kan het oordeel van de Commissie slechts ten dele onderschrijven, aangezien de rechter van mening is dat niet alles goed geïnterpreteerd is geweest door de Commissie.	Leeftijd	664867 CV EXPL 05-2497
2006-26		Rechtbank Arnhem, sector kanton	22 november 2006	De rechter volgt deels het oordeel van de Commissie. De Commissie wordt echter niet bij naam genoemd.	Leeftijd	<i>Rechtspraak.nl:</i> 419481 / CV EXPL 05-4468, LJN: AZ2882
2006-37 en 2006-39		Rechtbank Almelo, sector kanton	9 juni 2006	De rechtbank volgt grotendeels het oordeel van de Commissie	Leeftijd	<i>JAR 2006/10, nr.</i> 161: 218435

Registers



Artikelenregister

ALGEMENE WET GELIJKE BEHANDELING

artikel 1

2006-11, 2006-28, 2006-49, 2006-53, 2006-61, 2006-66, 2006-67, 2006-68, 2006-69, 2006-70, 2006-72, 2006-73, 2006-75, 2006-76, 2006-84, 2006-93, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-111, 2006-121, 2006-133, 2006-144, 2006-148, 2006-149, 2006-152, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-170, 2006-176, 2006-178, 2006-189, 2006-193, 2006-202, 2006-205, 2006-206, 2006-207, 2006-212, 2006-213, 2006-217, 2006-219, 2006-220, 2006-221, 2006-223, 2006-229, 2006-235, 2006-243, 2006-254

artikel 1a

2006-65, 2006-235

artikel 1a lid 1

2006-65, 2006-235

artikel 2

2006-61, 2006-110, 2006-202

artikel 2 lid 1

2006-61, 2006-84, 2006-170, 2006-202

artikel 2 lid 2

2006-61, 2006-91, 2006-193

artikel 2 lid 3

2006-61, 2006-91, 2006-193

artikel 2 lid 4

2006-61

artikel 2 lid 5

2006-110, 2006-111

artikel 3

2006-103, 2006-104, 2006-105, 2006-117, 2006-154, 2006-157, 2006-224

artikel 5

2006-4, 2006-18, 2006-19, 2006-24, 2006-29, 2006-30, 2006-33, 2006-49, 2006-61, 2006-70, 2006-71, 2006-72, 2006-73, 2006-82, 2006-83, 2006-84, 2006-138, 2006-144, 2006-147, 2006-

156, 2006-160, 2006-170, 2006-178, 2006-180, 2006-213, 2006-214, 2006-217, 2006-223, 2006-230, 2006-231, 2006-235, 2006-261

artikel 5 lid 1

2006-4, 2006-13, 2006-47, 2006-49, 2006-61, 2006-70, 2006-75, 2006-82, 2006-83, 2006-84, 2006-93, 2006-94, 2006-99, 2006-124, 2006-133, 2006-144, 2006-148, 2006-149, 2006-153, 2006-176, 2006-178, 2006-188, 2006-189, 2006-202, 2006-207, 2006-212, 2006-213, 2006-214, 2006-215, 2006-217, 2006-218, 2006-219, 2006-220, 2006-221, 2006-223, 2006-229, 2006-230, 2006-231, 2006-243

artikel 5 lid 2

2006-63, 2006-93, 2006-128, 2006-144, 2006-218

artikel 5 lid 6

2006-214

artikel 6

2006-56

artikel 7

2006-23, 2006-32, 2006-44, 2006-48, 2006-55, 2006-66, 2006-67, 2006-68, 2006-69, 2006-72, 2006-85, 2006-91, 2006-109, 2006-110, 2006-114, 2006-120, 2006-127, 2006-142, 2006-143, 2006-152, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-170, 2006-222, 2006-232, 2006-254, 2006-258

artikel 7a

2006-109, 2006-127, 2006-206, 2006-222, 2006-257, 2006-258

artikel 7 lid 1

2006-5, 2006-11, 2006-20, 2006-23, 2006-28, 2006-48, 2006-51, 2006-55, 2006-76, 2006-91, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-109, 2006-110, 2006-111, 2006-114, 2006-117, 2006-120, 2006-121, 2006-122, 2006-127, 2006-142, 2006-143, 2006-169, 2006-188, 2006-193, 2006-200, 2006-206, 2006-207, 2006-222, 2006-224, 2006-225, 2006-239, 2006-242, 2006-254, 2006-259

artikel 7 lid 2

2006-239

.....

artikel 8

2006-57, 2006-235

artikel 8a

2006-36, 2006-166, 2006-247, 2006-250

artikel 10

2006-4, 2006-49, 2006-72, 2006-75, 2006-82, 2006-83, 2006-120, 2006-124, 2006-176, 2006-178, 2006-207, 2006-212, 2006-213, 2006-219, 2006-223, 2006-254

artikel 12

2006-96, 2006-159, 2006-203, 2006-204, 2006-217

artikel 12 lid 1

2006-203, 2006-204

artikel 12 lid 2

2006-96, 2006-122, 2006-123, 2006-124, 2006-144, 2006-145, 2006-146, 2006-203, 2006-204, 2006-225, 2006-227, 2006-243, 2006-259

artikel 14 lid 1

2006-122

WET GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN**artikel 1**

2006-14, 2006-15, 2006-78, 2006-249

artikel 1a

2006-50

artikel 3

2006-57, 2006-202, 2006-230, 2006-231, 2006-249

artikel 3 lid 1

2006-7, 2006-8, 2006-14, 2006-15, 2006-78, 2006-202, 2006-212, 2006-230, 2006-231

artikel 3 lid 3

2006-139

artikel 6a

2006-212

artikel 7

2006-97, 2006-98, 2006-158, 2006-160, 2006-176, 2006-247

artikel 7 lid 1

2006-98

artikel 7 lid 2

2006-98

artikel 8

2006-97, 2006-98, 2006-158, 2006-160, 2006-176, 2006-198, 2006-247

artikel 9

2006-97, 2006-98, 2006-158, 2006-160, 2006-176, 2006-247

artikel 9 lid 1

2006-98

artikel 9 lid 2

2006-98

artikel 9 lid 3

2006-98

artikel 10

2006-97, 2006-247

artikel 12b

2006-50

BURGERLIJK WETBOEK**artikel 7:646**

2006-9, 2006-25, 2006-54, 2006-61, 2006-64, 2006-74, 2006-141, 2006-158, 2006-161, 2006-165, 2006-166, 2006-235, 2006-241, 2006-250

artikel 7:646 lid 1

2006-61, 2006-64, 2006-65, 2006-97, 2006-115, 2006-141, 2006-166, 2006-171, 2006-182, 2006-183, 2006-235, 2006-241, 2006-247, 2006-250, 2006-251

artikel 7:646 lid 2

2006-241

artikel 7:646 lid 3

2006-241

artikel 7:646 lid 4

2006-61, 2006-241

artikel 7:646 lid 5

2006-64, 2006-241

artikel 7:646 lid 8

2006-64, 2006-250, 2006-251

artikel 7:648

2006-12, 2006-54, 2006-92, 2006-119, 2006-126, 2006-252, 2006-253

artikel 7:648 lid 1

2006-92, 2006-119, 2006-125, 2006-184, 2006-247

artikel 7:649 BW

2006-87, 2006-89, 2006-129, 2006-130, 2006-131, 2006-211

artikel 7:649 lid 1 BW

2006-36, 2006-98, 2006-129

artikel 7:649 lid 2 BW

2006-54

BESLUIT GELIJKE BEHANDELING**artikel 1**

2006-193

artikel 2

2006-61

BESLUIT BEROEPSACTIVITEITEN GESLACHT**artikel 1**

2006-61

WET GELIJKE BEHANDELING HANDICAP OF CHRONISCHE ZIEKTE**artikel 1**

2006-35, 2006-59, 2006-61, 2006-64, 2006-77, 2006-81, 2006-95, 2006-181, 2006-227, 2006-228, 2006-249

artikel 1a lid 1

2006-64, 2006-95

artikel 2

2006-35, 2006-59, 2006-60, 2006-77, 2006-81, 2006-90, 2006-132, 2006-137, 2006-181, 2006-228, 2006-237, 2006-256

artikel 3 lid 1

2006-61, 2006-118

artikel 3 lid 2

2006-61

artikel 4

2006-2, 2006-3, 2006-16, 2006-17, 2006-24, 2006-35, 2006-64, 2006-77, 2006-118, 2006-137, 2006-150, 2006-157, 2006-160, 2006-175, 2006-181, 2006-190, 2006-195, 2006-197, 2006-227, 2006-228, 2006-236, 2006-238, 2006-249, 2006-256

artikel 5

2006-256

artikel 6

2006-59, 2006-60, 2006-81, 2006-90, 2006-95, 2006-132, 2006-237

artikel 10 lid 1

2006-17, 2006-64, 2006-90, 2006-118, 2006-181, 2006-197, 2006-236

artikel 10 lid 2

2006-181

artikel 12

2006-227

WET GELIJKE BEHANDELING LEEFTIJD BIJ DE ARBEID**artikel 1 lid 1**

2006-1, 2006-6, 2006-21, 2006-22, 2006-41, 2006-62, 2006-79, 2006-80, 2006-96, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-113, 2006-116, 2006-139, 2006-140, 2006-155, 2006-187, 2006-192, 2006-196, 2006-210, 2006-223, 2006-226, 2006-233, 2006-234, 2006-240, 2006-246

artikel 1 lid 2

2006-196, 2006-226

artikel 3

2006-1, 2006-6, 2006-10, 2006-16, 2006-21, 2006-22, 2006-24, 2006-26, 2006-27, 2006-31, 2006-34, 2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-42, 2006-45, 2006-46, 2006-52, 2006-62, 2006-79, 2006-80, 2006-86, 2006-88, 2006-96, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-113, 2006-116, 2006-134, 2006-139, 2006-140, 2006-151, 2006-155, 2006-160, 2006-165, 2006-167, 2006-168, 2006-172, 2006-173, 2006-174, 2006-179, 2006-187, 2006-191, 2006-192, 2006-194, 2006-196, 2006-199, 2006-201, 2006-208, 2006-209, 2006-210, 2006-212, 2006-223, 2006-226, 2006-240, 2006-244, 2006-245, 2006-246, 2006-248, 2006-255, 2006-260

artikel 4

2006-41

artikel 5

2006-135, 2006-136

artikel 7 lid 1

2006-1, 2006-6, 2006-21, 2006-22, 2006-62, 2006-96, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-113, 2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-140, 2006-167, 2006-168, 2006-177, 2006-187, 2006-192, 2006-196, 2006-208, 2006-209, 2006-210, 2006-226, 2006-240, 2006-246

artikel 7 lid 2

2006-196

.....

artikel 8 lid 2

2006-100, 2006-101, 2006-187

artikel 8 lid 3

2006-62, 2006-140, 2006-177

artikel 92006-1, 2006-21, 2006-22, 2006-58, 2006-80,
2006-139, 2006-191, 2006-201, 2006-208, 2006-
209, 2006-226**artikel 10**

2006-124

artikel 12 lid 12006-26, 2006-79, 2006-88, 2006-113, 2006-116,
2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-155, 2006-
212, 2006-223**artikel 12 lid 2**

2006-102, 2006-212

artikel 14

2006-96, 2006-102, 2006-124

artikel 16

2006-210

OVERIG**Artikel III lid 1 WOA**

2006-190

Artikel 125h lid 1 Ambtenarenwet

2006-43, 2006-186

Trefwoordenregister

Aanbieden betrekking

2006-21, 2006-22, 2006-78, 2006-79, 2006-80, 2006-118, 2006-134, 2006-143, 2006-226

Aanbieden van goederen en diensten

2006-5, 2006-11, 2006-23, 2006-28, 2006-44, 2006-48, 2006-51, 2006-55, 2006-66, 2006-67, 2006-68, 2006-69, 2006-72, 2006-76, 2006-85, 2006-91, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-109, 2006-110, 2006-111, 2006-114, 2006-120, 2006-121, 2006-122, 2006-127, 2006-142, 2006-145, 2006-146, 2006-152, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-188, 2006-200, 2006-222, 2006-225, 2006-239, 2006-242, 2006-254, 2006-258, 2006-259

Aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten

2006-91, 2006-159, 2006-193, 2006-205, 2006-206, 2006-222

Aangaan arbeidsverhouding

2006-1, 2006-2, 2006-3, 2006-4, 2006-10, 2006-14, 2006-15, 2006-36, 2006-42, 2006-43, 2006-49, 2006-70, 2006-73, 2006-74, 2006-83, 2006-84, 2006-86, 2006-128, 2006-130, 2006-131, 2006-144, 2006-147, 2006-155, 2006-165, 2006-166, 2006-171, 2006-178, 2006-191, 2006-195, 2006-202, 2006-203, 2006-204, 2006-213, 2006-215, 2006-219, 2006-228, 2006-240, 2006-241, 2006-251

Alleenstaande

2006-23, 2006-28

Arbeidsbemiddeling

2006-1, 2006-14, 2006-15, 2006-21, 2006-22, 2006-31, 2006-82, 2006-167, 2006-168, 2006-191, 2006-208, 2006-230, 2006-231, 2006-238, 2006-241

Arbeidsduur

2006-54, 2006-92, 2006-119, 2006-125, 2006-184, 2006-247

Arbeidsomstandigheden

2006-13, 2006-148, 2006-149, 2006-153, 2006-189, 2006-229, 2006-236, 2006-249

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

2006-27, 2006-54, 2006-89, 2006-251

Arbeidsvoorwaarden

2006-6, 2006-12, 2006-26, 2006-36, 2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-41, 2006-42, 2006-45, 2006-46, 2006-50, 2006-52, 2006-57, 2006-62, 2006-64, 2006-65, 2006-75, 2006-78, 2006-87, 2006-89, 2006-92, 2006-94, 2006-96, 2006-97, 2006-98, 2006-99, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-104, 2006-105, 2006-113, 2006-115, 2006-117, 2006-119, 2006-123, 2006-124, 2006-125, 2006-126, 2006-129, 2006-138, 2006-140, 2006-141, 2006-147, 2006-153, 2006-158, 2006-160, 2006-172, 2006-173, 2006-174, 2006-175, 2006-176, 2006-177, 2006-178, 2006-179, 2006-181, 2006-183, 2006-184, 2006-186, 2006-187, 2006-189, 2006-190, 2006-191, 2006-192, 2006-196, 2006-198, 2006-210, 2006-211, 2006-214, 2006-217, 2006-223, 2006-236, 2006-247, 2006-248, 2006-249, 2006-250, 2006-252, 2006-253, 2006-256, 2006-261

Bedrijfsleven

2006-5, 2006-32, 2006-52, 2006-62, 2006-65, 2006-86, 2006-92, 2006-97, 2006-101, 2006-117, 2006-123, 2006-169, 2006-172, 2006-173, 2006-174, 2006-209, 2006-219, 2006-229, 2006-242, 2006-244, 2006-247, 2006-259

Beëindiging van arbeidsverhouding

2006-2, 2006-3, 2006-6, 2006-9, 2006-17, 2006-24, 2006-25, 2006-27, 2006-29, 2006-33, 2006-43, 2006-84, 2006-86, 2006-103, 2006-104, 2006-105, 2006-153, 2006-156, 2006-172, 2006-173, 2006-174, 2006-176, 2006-178, 2006-181, 2006-189, 2006-191, 2006-195, 2006-210, 2006-223, 2006-235, 2006-246, 2006-250

Behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking

2006-22, 2006-77, 2006-78, 2006-79, 2006-80, 2006-116, 2006-133, 2006-137, 2006-167, 2006-168, 2006-243

.....

Bejegening

2006-60, 2006-132, 2006-137, 2006-148, 2006-149, 2006-156, 2006-189, 2006-207, 2006-229, 2006-236, 2006-249

Beloning

2006-6, 2006-26, 2006-62, 2006-71, 2006-92, 2006-94, 2006-97, 2006-98, 2006-99, 2006-119, 2006-123, 2006-125, 2006-140, 2006-158, 2006-160, 2006-175, 2006-176, 2006-182, 2006-184, 2006-186, 2006-187, 2006-194, 2006-198, 2006-210, 2006-214, 2006-223, 2006-235, 2006-236, 2006-247, 2006-249, 2006-252, 2006-253

Beroepsopleiding/beroepsonderwijs

2006-35, 2006-59, 2006-60, 2006-90, 2006-110, 2006-132, 2006-135, 2006-136, 2006-157, 2006-220, 2006-221, 2006-237

Bescherming van de vrouw

2006-193

Bevoegdheid Commissie (CGB)

2006-13, 2006-18, 2006-32, 2006-41, 2006-49, 2006-53, 2006-85, 2006-109, 2006-114, 2006-122, 2006-127, 2006-154, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-188, 2006-206, 2006-214, 2006-227, 2006-233, 2006-234, 2006-235, 2006-242, 2006-257, 2006-258

Bevordering

2006-94, 2006-178

Bewijslast

2006-4, 2006-10, 2006-11, 2006-17, 2006-31, 2006-49, 2006-64, 2006-65, 2006-75, 2006-76, 2006-79, 2006-80, 2006-83, 2006-88, 2006-90, 2006-99, 2006-109, 2006-113, 2006-116, 2006-118, 2006-120, 2006-124, 2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-155, 2006-158, 2006-178, 2006-181, 2006-212, 2006-213, 2006-219, 2006-223, 2006-250, 2006-254

Bijzonder onderwijs

2006-93

Burgerlijke staat

2006-66, 2006-68, 2006-69, 2006-214, 2006-261

Cao's

2006-26, 2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-45, 2006-46, 2006-96, 2006-117, 2006-119, 2006-184, 2006-210

Chronische ziekte

2006-24, 2006-59, 2006-61, 2006-64, 2006-77, 2006-157, 2006-195, 2006-227, 2006-228

Cultuur

2006-220, 2006-221, 2006-222, 2006-256

Deeltijdarbeid

2006-27, 2006-119, 2006-125, 2006-126, 2006-184, 2006-247

Deeltijder

2006-12, 2006-119

Dienstverlening

2006-5, 2006-11, 2006-23, 2006-65, 2006-76, 2006-83, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-109, 2006-120, 2006-139, 2006-142, 2006-143, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-171, 2006-182, 2006-222, 2006-248, 2006-254

Discriminatie op de werkvloer

2006-33, 2006-36, 2006-47, 2006-49, 2006-65, 2006-71, 2006-75, 2006-99, 2006-124, 2006-130, 2006-131, 2006-148, 2006-149, 2006-153, 2006-176, 2006-178, 2006-181, 2006-188, 2006-189, 2006-203, 2006-220, 2006-221, 2006-223, 2006-229, 2006-235, 2006-250

Doeltreffende aanpassing

2006-35, 2006-59, 2006-60, 2006-77, 2006-81, 2006-90, 2006-95, 2006-137, 2006-181, 2006-228, 2006-237

EG-recht

2006-61, 2006-65, 2006-92, 2006-123, 2006-139, 2006-182, 2006-222

Functiewaardering

2006-97, 2006-98, 2006-158, 2006-198

Geslacht

2006-14, 2006-15, 2006-23, 2006-36, 2006-50, 2006-54, 2006-61, 2006-65, 2006-66, 2006-68, 2006-69, 2006-72, 2006-73, 2006-74, 2006-78, 2006-85, 2006-91, 2006-97, 2006-130, 2006-131, 2006-139, 2006-145, 2006-146, 2006-165, 2006-166, 2006-171, 2006-182, 2006-200, 2006-202, 2006-203, 2006-204, 2006-212, 2006-225, 2006-230, 2006-231, 2006-235, 2006-241, 2006-247, 2006-250, 2006-251

Geslachtbepaaldheid

2006-61, 2006-91, 2006-165, 2006-193

Gezondheidszorg

2006-20, 2006-35, 2006-55, 2006-67, 2006-69, 2006-125, 2006-165, 2006-197, 2006-225, 2006-227, 2006-242, 2006-254

Godsdienst

2006-4, 2006-48, 2006-51, 2006-70, 2006-84, 2006-93, 2006-109, 2006-114, 2006-122, 2006-138, 2006-144, 2006-147, 2006-154, 2006-159, 2006-170, 2006-202, 2006-203, 2006-204, 2006-213, 2006-217, 2006-218, 2006-220, 2006-221, 2006-239, 2006-248

Handicap

2006-16, 2006-17, 2006-59, 2006-61, 2006-64, 2006-90, 2006-150, 2006-157, 2006-181, 2006-195, 2006-228, 2006-256

Handicap of chronische ziekte

2006-17, 2006-35, 2006-59, 2006-61, 2006-64, 2006-81, 2006-90, 2006-95, 2006-150, 2006-157, 2006-175, 2006-181, 2006-195, 2006-197, 2006-227, 2006-228, 2006-256

Hetero- of homoseksuele gerichtheid

2006-61, 2006-85

Heteroseksuele gerichtheid

2006-61

Homoseksuele gerichtheid

2006-13, 2006-20, 2006-61, 2006-85, 2006-124

Hoofddoek

2006-30, 2006-48, 2006-63, 2006-70, 2006-84, 2006-122, 2006-138, 2006-144, 2006-170, 2006-213, 2006-215, 2006-217, 2006-239, 2006-248

Horeca

2006-91, 2006-145, 2006-146, 2006-251

Huren/verhuren

2006-11, 2006-28, 2006-222

Industrie

2006-17, 2006-176, 2006-192

Intimidatie

2006-36, 2006-65, 2006-95, 2006-181, 2006-235, 2006-250

Islam

2006-70, 2006-84, 2006-93, 2006-109, 2006-114, 2006-144, 2006-202, 2006-203, 2006-204, 2006-213, 2006-220, 2006-221, 2006-239

Kinderopvang

2006-23

Klachtbehandeling

2006-148, 2006-149, 2006-156, 2006-207, 2006-223, 2006-229, 2006-249

Kledingvoorschriften

2006-70, 2006-78, 2006-84, 2006-87, 2006-122, 2006-138, 2006-144, 2006-170, 2006-202, 2006-215, 2006-217, 2006-239

Kostwinnerschap

2006-96

Leeftijd

2006-1, 2006-6, 2006-10, 2006-16, 2006-21, 2006-22, 2006-24, 2006-27, 2006-31, 2006-34,

2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-41, 2006-42, 2006-45, 2006-46, 2006-52, 2006-79, 2006-80, 2006-86, 2006-88, 2006-96, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-113, 2006-116, 2006-117, 2006-123, 2006-124, 2006-133, 2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-140, 2006-151, 2006-157, 2006-165, 2006-167, 2006-168, 2006-172, 2006-173, 2006-174, 2006-179, 2006-185, 2006-187, 2006-192, 2006-194, 2006-196, 2006-208, 2006-209, 2006-210, 2006-212, 2006-223, 2006-224, 2006-226, 2006-233, 2006-234, 2006-244, 2006-245, 2006-246, 2006-255, 2006-260

Levensovertuiging

2006-4

Midden- en kleinbedrijf

2006-4, 2006-27, 2006-58, 2006-86, 2006-99, 2006-251

Moederschap

2006-7, 2006-8

Nationaliteit

2006-66, 2006-68, 2006-69, 2006-110, 2006-111, 2006-127, 2006-142, 2006-143, 2006-152, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-258, 2006-259

Objectieve rechtvaardiging

2006-1, 2006-5, 2006-6, 2006-14, 2006-15, 2006-21, 2006-22, 2006-28, 2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-41, 2006-42, 2006-45, 2006-46, 2006-49, 2006-52, 2006-61, 2006-62, 2006-80, 2006-84, 2006-91, 2006-92, 2006-96, 2006-98, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-111, 2006-113, 2006-117, 2006-119, 2006-123, 2006-125, 2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-140, 2006-144, 2006-152, 2006-157, 2006-167, 2006-168, 2006-169, 2006-179, 2006-184, 2006-187, 2006-192, 2006-202, 2006-206, 2006-208, 2006-209, 2006-210, 2006-217, 2006-220, 2006-221, 2006-222, 2006-224, 2006-239, 2006-240, 2006-246, 2006-254, 2006-259

Ondernemingsraden

2006-96, 2006-192

Onderwijs

2006-13, 2006-51, 2006-59, 2006-68, 2006-70, 2006-72, 2006-81, 2006-90, 2006-95, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-110, 2006-114, 2006-122, 2006-124, 2006-144, 2006-154, 2006-207, 2006-220, 2006-221, 2006-239, 2006-245, 2006-250

Ontvankelijkheid

2006-11, 2006-20, 2006-49, 2006-92, 2006-96, 2006-102, 2006-103, 2006-121, 2006-122, 2006-124, 2006-137, 2006-142, 2006-143, 2006-144, 2006-145, 2006-146, 2006-179, 2006-203, 2006-204, 2006-205, 2006-217, 2006-223, 2006-225, 2006-227, 2006-236, 2006-243, 2006-256, 2006-259

Openbare dienst

2006-109, 2006-147, 2006-178, 2006-196, 2006-206, 2006-239, 2006-257

Overgangsrecht

2006-6, 2006-233, 2006-234

Overheid

2006-85, 2006-94, 2006-109, 2006-127, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-178, 2006-186, 2006-202, 2006-203, 2006-204, 2006-206, 2006-212, 2006-214, 2006-222, 2006-223, 2006-224, 2006-241, 2006-257

Partnerpensioenen

2006-96, 2006-100, 2006-101, 2006-127, 2006-214

Passende arbeid

2006-16

Pensioenen

2006-41, 2006-50, 2006-62, 2006-96, 2006-100, 2006-101, 2006-102, 2006-123, 2006-127, 2006-140, 2006-150, 2006-177, 2006-187, 2006-190, 2006-196, 2006-211, 2006-214, 2006-216, 2006-233, 2006-234, 2006-261

Pensioenfondsen

2006-50, 2006-56, 2006-96, 2006-100, 2006-102, 2006-177, 2006-190, 2006-196, 2006-233

Personeelsadvertentie

2006-1, 2006-58, 2006-185, 2006-191, 2006-201, 2006-208, 2006-209, 2006-226, 2006-230, 2006-231

Politieke gezindheid

2006-76

Ras

2006-5, 2006-11, 2006-18, 2006-19, 2006-24, 2006-47, 2006-49, 2006-55, 2006-61, 2006-66, 2006-68, 2006-69, 2006-75, 2006-76, 2006-82, 2006-83, 2006-94, 2006-99, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-109, 2006-120, 2006-127, 2006-133, 2006-148, 2006-149, 2006-176, 2006-178, 2006-180, 2006-188, 2006-200, 2006-212, 2006-219, 2006-222, 2006-223, 2006-230, 2006-231, 2006-254, 2006-257

Reïntegratie

2006-24, 2006-61, 2006-106, 2006-107, 2006-108, 2006-241, 2006-250

Selectie

2006-1, 2006-2, 2006-3, 2006-7, 2006-8, 2006-14, 2006-15, 2006-16, 2006-49, 2006-61, 2006-82, 2006-83, 2006-88, 2006-116, 2006-118, 2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-151, 2006-161, 2006-185, 2006-202, 2006-227

Seniorenregeling

2006-37, 2006-38, 2006-39, 2006-40, 2006-45, 2006-46, 2006-179, 2006-255

Sociale bescherming

2006-206

Sollicitatie

2006-1, 2006-4, 2006-7, 2006-8, 2006-14, 2006-15, 2006-17, 2006-61, 2006-63, 2006-82, 2006-83, 2006-88, 2006-116, 2006-118, 2006-124, 2006-137, 2006-139, 2006-144, 2006-147, 2006-155, 2006-161, 2006-165, 2006-180, 2006-185, 2006-197, 2006-201, 2006-202, 2006-203, 2006-204, 2006-207, 2006-208, 2006-209, 2006-212, 2006-218, 2006-224, 2006-227, 2006-228, 2006-230, 2006-231, 2006-240, 2006-243, 2006-244, 2006-245

Spoedprocedure

2006-44, 2006-84, 2006-159, 2006-181, 2006-191, 2006-220, 2006-221

Sport

2006-48, 2006-258

Taaleis

2006-18, 2006-19, 2006-53, 2006-83, 2006-99, 2006-169, 2006-230, 2006-231

Tijdelijke dienst

2006-14, 2006-15, 2006-36, 2006-89, 2006-129, 2006-155, 2006-165, 2006-186, 2006-211, 2006-251

Toegankelijkheid

2006-76, 2006-81, 2006-95, 2006-228

Transseksualiteit

2006-33, 2006-130, 2006-131

Uitzendarbeid

2006-14
2006-15, 2006-86, 2006-130, 2006-131, 2006-148, 2006-149, 2006-229

Verblijfsstatus

2006-259

Vereenvoudigde procedure

2006-4, 2006-21, 2006-22, 2006-47, 2006-61, 2006-78, 2006-79, 2006-80, 2006-85, 2006-92, 2006-120, 2006-124, 2006-135, 2006-136, 2006-138, 2006-139, 2006-165, 2006-172, 2006-173, 2006-174, 2006-182, 2006-184, 2006-190, 2006-192, 2006-193, 2006-212, 2006-219, 2006-233, 2006-234

Vereniging

2006-258

Verzekeringen

2006-44, 2006-96, 2006-193, 2006-225, 2006-232

Victimisatie

2006-34, 2006-36, 2006-43, 2006-57, 2006-124, 2006-148, 2006-166, 2006-235, 2006-247, 2006-250

Voorkeursbeleid

2006-61, 2006-91, 2006-165

Voorkeursbeleid: alloctonen

2006-61

Voorkeursbeleid: vrouwen

2006-91, 2006-193

Vrij beroep

2006-41, 2006-180

Werkgeversorganisaties

2006-179, 2006-210

Werknemersorganisaties

2006-38, 2006-40, 2006-46, 2006-179, 2006-218

Werving

2006-1, 2006-10, 2006-14, 2006-15, 2006-21, 2006-22, 2006-34, 2006-49, 2006-58, 2006-78, 2006-82, 2006-83, 2006-88, 2006-135, 2006-136, 2006-139, 2006-161

Werving & selectie

2006-1, 2006-2, 2006-3, 2006-4, 2006-7, 2006-8, 2006-10, 2006-14, 2006-15, 2006-16, 2006-18, 2006-19, 2006-31, 2006-34, 2006-49, 2006-53, 2006-63, 2006-79, 2006-80, 2006-82, 2006-83, 2006-88, 2006-93, 2006-116, 2006-124, 2006-130, 2006-131, 2006-135, 2006-136, 2006-144, 2006-151, 2006-161, 2006-185, 2006-197, 2006-199, 2006-201, 2006-208, 2006-209, 2006-212, 2006-213, 2006-224, 2006-226, 2006-228, 2006-244, 2006-245, 2006-260

Zakelijke dienstverlening

2006-5, 2006-28, 2006-44, 2006-65, 2006-76, 2006-162, 2006-163, 2006-164, 2006-232, 2006-234

Zwangerschap

2006-9, 2006-14, 2006-15, 2006-44, 2006-64, 2006-85, 2006-115, 2006-141, 2006-165, 2006-166, 2006-171, 2006-182, 2006-232, 2006-241, 2006-251

Zwangerschapsverlof

2006-14, 2006-15, 2006-44, 2006-115, 2006-182

Overzicht auteurs

HOOFDREDACTIELEDEN

prof. mr. J.H. Gerards, hoogleraar staats- en bestuursrecht, Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden

prof. mr. drs. B.P. Vermeulen, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit, Amsterdam, hoogleraar onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en de Vrije Universiteit, Amsterdam, lid van de Onderwijsraad en van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

prof. mr. P.J.J. Zootjens, hoogleraar onderwijsrecht en hoofddocent staats- en bestuursrecht, departement staats- en bestuursrecht, Universiteit van Tilburg.

REDACTIELEDEN

dr. S.D. Burri, universitair docent, sectie Gender en recht, Universiteit Utrecht

mr. E. Cremers-Hartman, zelfstandig onderzoeker en publicist op het gebied van het arbeidsrecht te Leiden

mr. M.J.J. Dankbaar, docent-onderzoeker sociaal recht bij het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

mr. drs. M. Heemskerk, onderzoeker Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht, tevens werkzaam als juridisch medewerker bij HouthoffBuruma

mr. M. Kroes, senior beleidsmedewerker gelijke behandeling/non-discriminatie Chronisch zieken en Gehandicapten raad

mr. dr. S.S.M. Peters, universitair docent sociaal recht Radboud Universiteit Nijmegen

mr. P.R. Rodrigues, hoofd van de afdeling Onderzoek en Documentatie bij de Anne Frank Stichting te Amsterdam

mr. C. Waaldijk, Universitair hoofddocent, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk onderzoek, Universiteit Leiden

mr. S.K. van Walsum, senior onderzoeker migratierecht Vrije Universiteit Amsterdam

GASTAUTEURS/-ANNOTATOREN

mr. M. Davidovic, onderzoeker Anne Frank Stichting

dr. ir. T. Havinga, Universitair hoofddocent Instituut voor rechtssociologie, Radboud Universiteit Nijmegen

mr. D.C. Houtzager, juridisch beleidsadviseur, Art. 1

mr. M.J. Strijkers, beleidsmedewerker Meldpunt Discriminatie Amsterdam

mr. K.M. de Vries, promovenda staats- en bestuursrecht, Vrije Universiteit Amsterdam

mr. K. Wentholt, rechter bij de rechtbank Assen, sector bestuur