Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004

Burri, S.D.; Cremers-Hartman, E.; Dankbaar, M.J.J.; Kroes, M.; Rodrigues, P.R.; Vermeulen, B.P.; ... ; Zoethout, C.M.

Citation
Burri, S. D., Cremers-Hartman, E., Dankbaar, M. J. J., Kroes, M., Rodrigues, P. R., Vermeulen, B. P., ... Zoethout, C. M. (2005). *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*. Deventer: Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/14636

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/14636

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

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004

Hoofdredacteur:
dr. S.D. Burri

Redactie:
mr. E. Cremers-Hartman
mr. M.J.J. Dankbaar
mr. M. Kroes
mr. P.R. Rodrigues
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen
mr. C. Waaldijk
mr. D.J.B. de Wolff
dr. C.M. Zoethout

Met medewerking van:
mr. M.J. Strijkers
dr. R.C. Tobler LL.M.
mr. dr. A.G. Veldman

KLUWER

Deventer - 2005

Commissie Gelijke Behandeling
Kleinesingel 1-3
Postbus 16001
3500 DA Utrecht
telefoon: 030-8883888
teksttelefoon: 030-8883829
fax: 030-8883883
e-mail: info@cgb.nl
website: www.cgb.nl
Telefonisch juridisch spreekuur iedere werkdag van 14.00 tot 16.00 uur

Lay-out binnenwerk: A. Birnie bNO

Omslagontwerp: Fabrique B.V.

ISBN 90-13-02743-1
ISSN 1567-4924

© 2005, Kluwer, Deventer.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige ander manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht is uitgebreid met twee nieuwe discriminatiegronden waarover de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) kan oordelen. Op 1 december 2003 is de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in werking getreden voor het terrein van de arbeid en de beroepsopleiding.[1] In deze bundel zijn de eerste achttien oordelen over onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte integraal of in samenvatting opgenomen en voorzien van commentaar. Sinds 1 mei 2004 geldt een verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid.[2] Tot eind 2004 heeft de CGB achttien oordelen op grond van deze wet uitgebracht, die eveneens in dit boek zijn opgenomen en becommentarieerd. De volledige tekst van de oordelen is te vinden op de website van de Commissie: www.cgb.nl.[3] Overwogen wordt om deze twee nieuwe discriminatiegronden, samen met de Wet gelijke behandeling (WGB), te integreren in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Bovendien zal de CGB naar verwachting ruimere bevoegdheden krijgen om onderzoek uit eigen beweging te kunnen verrichten.[4]

De AWGB is sinds 1 april 2004 gewijzigd om te voldoen aan communautaire implementatieverplichtingen door de zogenaamde EG-implementatiewet.[5] De belangrijkste wijzigingen betreffen de definitie van het verbod van onderscheid, dat nu ook een verbod van intimidatie en een verbod van opdracht tot onderscheid omvat alsmede uitgebreidere bescherming biedt tegen victimisatie. Bovendien is de werkingssfeer van het verbod van onderscheid op grond van ras uitgebreid en vallen sociale bescherming, waaronder de sociale zekerheid en sociale voordelen onder de reikwijdte van dit verbod. Een volgende evaluatie van de AWGB is in voorbereiding.[6]

Het gelijkebehandelingsrecht is nu niet alleen verankerd in de Grondwet, maar ook in zes specifieke wetten[7] en in bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Ambtenarenwet. De ontwikkelingen in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving

1 *Stb*. 2003, 206.
2 *Stb*. 2004, 30.
3 Dit geldt voor alle oordelen sinds de oprichting van de CGB in 1994. Deze website bevat bovendien onder meer een overzicht met de bijbehorende wetsteksten van de gronden waarover de CGB kan oordelen, adviezen die de CGB heeft uitgebracht en commentaren per grond uit oordelenbundels van voorgaande jaren.
4 Zie de voorstellen voor de Evaluatiewet AWGB: *Kamerstukken I* 2004/05, 29 311, nr. A.
5 *Stb*. 2004, 119. Met deze wet is ook de WGBH/CZ gewijzigd, in het bijzonder de algemene bepalingen.
6 Zie art. 20, tweede lid AWGB.
7 De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB), de Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur (WOA), de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGL).

hebben een stroom aan recente literatuur opgeleverd.[8] Mogelijk zal in de toekomst ook de Europese Grondwet op dit terrein van invloed zijn.

De oordelen bestrijken een breed scala aan onderwerpen en situaties. Zo oordeelde de CGB bijvoorbeeld over het verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen bij het toekennen van een medaille bij het lopen van de vierdaagse, over het dragen van gezichtsbedekkende kleding op school en over de kosten die een instituut in rekening mag brengen voor het afleggen van een aangepast examen van een dyslectische examenkandidaat. Bepaalde oordelen hebben veel stof doen opwaaien, zoals de oordelen over kledingvoorschriften in het onderwijs en de horeca, het toekennen van extra vakantiedagen aan senioren en de van de AOW afgeleide kostwinnerfranchise bij de pensioenopbouw.

In 2004 heeft de CGB 179 oordelen gegeven. Dit is een lichte stijging in vergelijking met 2003 (166 oordelen). De meeste oordelen hebben betrekking op onderscheid op grond van geslacht (66 oordelen) en ras en nationaliteit (40). Ook dit jaar geven de overzichtsartikelen van de redacteuren informatie over relevante recente ontwikkelingen en de oordelen die in 2004 zijn uitgebracht per grond. De commentaren hebben betrekking op onderscheid op grond van ras en nationaliteit; geslacht; arbeidsduur en aard en van de arbeidsovereenkomst; seksuele gerichtheid[9] en burgerlijke staat; godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid; handicap of chronische ziekte en leeftijd.

De bundel bevat ook vier themabijdragen. De redactie is mr. M.J. Strijkers, dr. R.C. Tobler en dr. A.G. Veldman bijzonder erkentelijk dat ze bereid waren als gastauteurs inhoudelijke bijdragen te leveren aan deze bundel. De bijdrage van Strijkers geeft inzicht in de werkwijze van het Meldpunt Discriminatie Amsterdam bij de behandeling van klachten over discriminatie in de praktijk. Wanneer legt het meldpunt een klacht voor aan de CGB en welke afwegingen worden hierbij gemaakt? Hoe beïnvloedt de jurisprudentie van de CGB de praktijk van anti-discriminatiebureaus? Tobler analyseert in haar bijdrage de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie over indirecte discriminatie, in het bijzonder de vraag in hoeverre economische rechtvaardigingen zijn toegestaan. Ze vergelijkt de benadering van dit Hof in het sociaal recht, in het bijzonder op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen met de jurisprudentie over het vrije verkeer. Ze bepleit een strengere aanpak van economische rechtvaardigingen door nationale wetgevers, rechters en organen zoals de CGB. In de themabijdrage van Veldman staat eveneens de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie centraal. Zij onderwerpt enkele recente arresten over gelijke beloning van mannen en vrouwen aan een kritische analyse en schept duidelijkheid in deze ingewikkelde materie. De wijze van vaststellen van indirect onderscheid met behulp van statistische gegevens vormt het onderwerp van de vierde themabijdrage van redacteur Waaldijk, waarin verschillende recente oordelen van de CGB van kritisch commentaar zijn voorzien.

---

8 Zie onder meer R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004; E. Cremers-Hartman, *Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten*, PS-Special 2004-5, Deventer: Kluwer 2004; I.P. Ascher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2005. Hier kan bovendien verwezen worden naar twee oraties: H.M.T. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004 en J.E. Goldschmidt, *Mag het iets minder zijn? Hebben we een teveel aan mensenrechten?* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2004.

9 Zie voor een overzicht van de wetgeving over discriminatie op grond van seksuele gerichtheid in de Europese Unie: *Combating Sexual Orientation Discrimination in Employment: legislation in fifteen EU member states*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, zie http://www.emmeijers.nl/experts.

Belangwekkende oordelen zijn integraal opgenomen in de bundel en sommige zijn voorzien van een annotatie. Alle oordelen die de CGB in 2004 heeft uitgebracht zijn in samenvatting opgenomen. Van gelijkluidende oordelen in gevoegde zaken is slechts één samenvatting opgenomen.

Namens de redactie wens ik u veel leesplezier.

Dr. S.D. Burri, hoofdredacteur

Utrecht, april 2004.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen *11*

■ **COMMENTAAR** *15*
Ras en nationaliteit *17*
mr. P.R. Rodrigues

Geslacht *33*
dr. S.D. Burri & mr. E. Cremers-Hartman

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid *53*
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen & dr. C.M. Zoethout

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat *63*
mr. C. Waaldijk

Arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst *71*
mr. D.J.B. de Wolff

Handicap of chronische ziekte *79*
mr. M. Kroes

Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid *91*
mr. M.J.J. Dankbaar

De Stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam en de Commissie Gelijke Behandeling: een vruchtbare kruisbestuiving *109*
mr. M.J. Strijkers

Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht *123*
dr. R.C. Tobler LL.M.

Over de deeltijder, de oproepkracht, de maatman en de statistiek *135*
mr. dr. A.G. Veldman

Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid? *149*
mr. C. Waaldijk

■ **OORDELEN 2004** *161*
Annotaties bij oordelen 2004-15 *(mr. D.C. Houtzager, postcodediscriminatie)*, 2004-34 *(prof. mr. P.M.C. de Lange, kostwinnerfranchise bij pensioenopbouw)* en 2004-44 *(mr. E. Cremers-Hartman, wachttijd verzekering)*

■ **RECHTERLIJKE UITSPRAKEN** *361*

Overzicht oordelen *365*

Artikelenregister *381*

Trefwoordenregister *383*

Overzicht auteurs *387*

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 premieregeling
Bve	Beroepsonderwijs en volwasseneneducatie
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CAO	collectieve arbeidovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
COM	Commissiedocument
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CTG	Commissie Tarieven Gezondheidszorg
CWI	Centrale organisatie Werk en Inkomen
EA	eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EG(-Verdrag)	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FTK	Financieel Toetsingskader
FWG	functiewaarderingssysteem gezondheidszorg
GMR	Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad
Gw	Grondwet
HBO	hoger beroepsonderwijs
Hof	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
hof	gerechtshof
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad
IVDV	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen

IVRD	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
JIN	Jurisprudentie in Nederland
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Ktr.	kantonrechter
LA	langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering
LECD	Landelijk Expertisecentrum Discriminatie
LVADB	Landelijke Vereniging van Antidiscriminatiebureaus en meldpunten
MBO	middelbaar beroepsonderwijs
MDA	(Stichting) Meldpunt Discriminatie Amsterdam
MDI	Meldpunt Discriminatie Internet
m.nt.	met noot
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
n.g.	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
NJCM-Bull.	NJCM-Bulletin
NNP	Nieuwe Nationale Partij
NPRD	Nationaal Platform tegen Racisme en Discriminatie
OCW	ministerie van Onderwijs, Cultuur en 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.	arrondissementsrechtbank
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 onschakeling 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

1 INLEIDING

Hoewel het totale aantal oordelen in 2004 is gestegen tot 179 (was 166 in 2003), is het aantal oordelen over ras en nationaliteit in dat jaar gedaald tot 40 (was 47). Het percentage oordelen over ras en nationaliteit heeft daarmee een laagtepunt bereikt: 22%. De afgelopen twee jaren (2002 en 2003) was dat nog 28%. Daarbij moet een kanttekening geplaatst worden. Steeds meer oordelen worden afgedaan op de grond godsdienst die tevens een etnische component hebben: het betreft ongelijke behandeling van allochtone moslims. Van de 40 oordelen hebben er 17 betrekking op alleen ras, zeven op ras en nationaliteit[1], vijf op alleen nationaliteit[2], vijf op ras of ook nationaliteit en godsdienst[3] en vier op ras of ook nationaliteit en geslacht.[4] Er is één oordeel gewezen over de gronden ras en burgerlijke staat[5] en eveneens één op grond van ras in combinatie met de grond 'vast of tijdelijk arbeidscontract'.[6] Het aandeel arbeidszaken is toegenomen van 60% in 2003 tot 70% (28 oordelen) in 2004. Het percentage zaken met betrekking tot goederen en diensten in 2004 bedraagt 30% (12 oordelen).

Er zijn geen oordelen over onderscheid naar ras gewezen op het nieuwe terrein sociale bescherming. Met de implementatie van de Europese richtlijn tegen rassendiscriminatie is op 1 april 2004 dit terrein voor de grond ras aan de AWGB toegevoegd (art. 7a AWGB).[7] De implementatie van deze richtlijn tegen rassendiscriminatie (hierna: Rasrichtlijn) heeft verder ertoe geleid dat in de AWGB de bescherming tegen victimisatie is verbeterd (art. 8 en 8a AWGB).[8] Tevens zijn discriminatoire intimidatie (art. 1a AWGB) en opdracht tot discriminatie (art. 1 onder a AWGB) in de wet opgenomen, evenals de verschuiving van de bewijslast indien een redelijk vermoeden van ongelijke behandeling is aangetoond (art. 10 AWGB). Een overzicht van de implementatie van de Rasrichtlijn door de nationale wetgevers met betrekking tot discriminatie naar ras of etniciteit is te vinden op de website van de Europese Unie. Voor de Nederlandse situatie zijn de rapporten opgesteld door Zwamborn (november 2003 en juni 2004).[9] Holtmaat betoogt in haar oratie dat de Rasrichtlijn zich teveel beperkt tot EU-onderdanen en daarmee derdelanders achterstelt.[10]

---

1 Oordelen 2004-22, 2004-23, 2004-38, 2004-70, 2004-131, 2004-132 en 2004-133.
2 Oordelen 2004-56, 2004-57, 2004-88, 2004-134 en 2004-137.
3 Oordelen 2004-8, 2004-49, 2004-125, 2004-126 en 2004-128.
4 Oordelen 2004-4, 2004-36, 2004-113, 2004-114.
5 Oordeel 2004-29.
6 Oordeel 2004-74.
7 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 180/22.
8 *Stb*. 2004, 120.
9 Te vinden op: www.europa.eu.int/comm/employment.social/fundamental.rights/public/pubsg.en.htm#Race.
10 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 19.

Nationaliteit in internationaal en Europees perspectief staat centraal in de preadviezen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht.[11] De vraag in hoeverre onderscheid op grond van nationaliteit te veel ruimte wordt geboden, heeft mede tot een nieuwe aanbeveling geleid van het Comité dat toezicht houdt op de naleving van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie. De strekking van deze aanbeveling is dat onderscheid naar nationaliteit slechts toegestaan is als daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.[12] Deze opvatting is reeds een kleine tien jaar geleden door het Europees Hof voor rechten van de mens verkondigd in het arrest *Gaygusuz*.[13]

2 ARBEID

De oordelen in 2004 over arbeid betreffen – evenals in 2003 – uitsluitend een arbeidsverhouding zoals bedoeld in artikel 5 AWGB. Oordelen over onderscheid naar ras of nationaliteit bij zelfstandige beroepsuitoefening hebben zich niet voorgedaan (art. 6 AWGB). Bij de bespreking van de oordelen is niet de volgorde van artikel 5, eerste lid AWGB aangehouden, maar de pragmatische volgorde van instroom (werving en selectie)[14], doorstroom (beloning, bevordering en arbeidsvoorwaarden) en uitstroom (beëindiging). Bejegening is een geval apart en komt zowel bij de instroom als doorstroom voor. Bovendien is het gevolg van een klacht over bejegening vaak dat de arbeidsverhouding wordt beëindigd. De werknemer stelt vrijwel standaard in deze zaken dat het ontslag (ook) discriminatoir is. In 2004 dient de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) in bijna de helft van de zaken waarbij over bejegening is geklaagd, tevens na te gaan of de beëindiging niet in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Dat was over 2003 ook het geval. Aangezien bejegening raakvlakken kan hebben met alle genoemde fasen van een arbeidsverhouding, wordt het onderwerp apart besproken. Voor een overzicht van de consequenties van de Rasrichtlijn voor discriminatie bij de arbeid verwijs ik naar het artikel van Houtzager en Bochhah.[15] Opmerkelijk is dat de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in december 2004 bekend heeft gemaakt dat de signalen over discriminatie van allochtonen op de arbeidsmarkt voor hem aanleiding zijn een onderzoek te laten uitvoeren naar deze problematiek.[16] Het is zijn bedoeling dat het onderzoek niet alleen knelpunten in kaart brengt, maar ook oplossingen aandraagt.

2.1 Werving en selectie

Artikel 5, eerste lid, onder a, AWGB verbiedt het maken van onderscheid bij de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking. Deze norm geldt ook voor intermediaire instanties op het gebied van de arbeidsbemiddeling (art. 5, eerste lid, onder b, AWGB). Zo sleept een sollicitant naast de opdrachtgever ook twee uitzendbureaus voor de CGB omdat hij meent op grond van zijn ras en nationaliteit voor een functie niet in aanmerking te

11 F.J.A. van der Velden, G.R. de Groot & N. Doeswijk, 'De nationaliteit in internationaal en Europees perspectief,' *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press november 2004.

12 A. Terlouw, 'Discriminatie op grond van nationaliteit, Algemene aanbeveling 30 van het Comittee on the Elimination of Racial Discrimination en haar betekenis voor Nederland', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 119-127.

13 EHRM 16 september 1996, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 461-474.

14 Daaronder begrepen het aangaan van een arbeidsverhouding.

15 D. Houtzager & N. Bochhah, 'Onderscheid op grond van ras bij de arbeid: nieuwe ontwikkelingen,' *Sociaal Recht* 2004, 2004 -7/8, p. 272-278.

16 *Kamerstukken II* 2004/05, 27 223, nr. 61.

komen. Een Amerikaanse farmaceutisch bedrijf zoekt een 'Customer Service Representative' en laat onder de functie-eisen vermelden: 'native Spanish' en 'fluent in English'. De sollicitant is geboren in Porto Rico en heeft zowel de Nederlandse als Amerikaanse nationaliteit. Zijn beide ouders zijn in Spanje geboren en in zijn sollicitatie geeft hij te kennen vloeiend Europees Spaans te spreken. Ter zitting breidt de jongeman zijn klacht uit tot onderscheid naar ras. De functie-eis 'native Spanish' is voor meerdere uitleg vatbaar. Indien het wordt uitgelegd als onderscheid naar geboorteplaats, dan kan dat leiden tot indirect onderscheid naar ras of ook nationaliteit. Een van beide uitzendbureaus heeft de sollicitant te kennen gegeven dat hij is afgewezen vanwege het niet voldoen aan de eis 'geboren in Spanje'. Zodoende acht de CGB een bewijsvermoeden aanwezig. De opdrachtgever kan echter aantonen dat hij personen zoekt die perfect Spaans spreken. Hij geeft toe dat de functie-eis niet duidelijk is en verandert deze daarom in: 'fluent Spanish'. De reden voor de afwijzing ligt echter op een heel ander vlak: gebrek aan ervaring. Het bedrijf heeft meerdere medewerkers op deze functie die niet Spaans van geboorte zijn. Er is dan ook geen strijd met de AWGB (2004-132). De CGB concludeert dat de beide uitzendbureaus niets verweten kan worden. Het ene uitzendbureau heeft de sollicitant bemiddeld (2004-133) en het andere niet, maar om redenen die niets met de omstreden functie-eis van doen hebben (2004-132).

Wiens brood men wil eten, diens woord moet men spreken. Taalvaardigheid of taalbeheersing blijkt bij werving en selectie vaak een grote rol te spelen. Een sollicitant van Oekraïense afkomst wordt afgewezen voor een duale opleiding (leren en werken) wegens onvoldoende beheersing van de Nederlandse taal. De CGB stelt dat niet is voldaan aan de eisen die de gelijkebehandelingswetgeving aan een zorgvuldige sollicitatieprocedure stelt. Het uitsluitend mondeling informeren van sollicitanten is ondeugdelijk. Hiermee wordt immers het risico verhoogd dat niet alle sollicitanten op gelijke of volledige wijze op de hoogte worden gesteld. Deze manier van informatie verschaffen is volgens de CGB in het bijzonder nadelig voor sollicitanten van niet-Nederlandse afkomst. Deze hebben namelijk in het algemeen minder inzicht in de gebruiken die gelden bij sollicitaties door een niet volledige beheersing van de Nederlandse taal of vanwege andere culturele achtergronden. De sollicitant heeft het onderscheid voldoende aannemelijk gemaakt. Aangezien de werkgever verschillende en deels tegenstrijdige verklaringen heeft gegeven voor de afwijzing van verzoeker maakt deze zich schuldig aan onderscheid op grond van ras (2004-3).
Taalbeheersing speelt ook in de zaak van een vrouw die wordt afgewezen voor de functie van grondstewardess vanwege haar Italiaanse accent (2004-88). De CGB stelt in het oordeel dat het een feit van algemene bekendheid is 'dat personen wier etnische of nationale herkomst buiten Nederland ligt, aanzienlijk vaker een accent hebben als gevolg waarvan hun Nederlands aan verstaanbaarheid inboet, dan personen die buiten deze groep vallen. Dit leidt tot het oordeel dat de eis omtrent de Nederlandse taalbeheersing eerder leidt tot uitsluiting van vorenbedoelde groepen. Derhalve wordt met de onderhavige taaleis indirect onderscheid naar nationaliteit gemaakt.'[17] Doordat de klacht tegen het uitzendbureau is ingediend, beslist de CGB in een tussenoordeel dat zij de opdrachtgever wil horen om te kunnen beoordelen of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Uit de hoorzitting blijkt dat de eisen direct samenhangen met de veiligheid van de passagiers en van de andere gebruikers op de luchthaven. Vooral een goede verstaanbaarheid is hierbij essentieel. De CGB is overtuigd dat het middel geschikt en noodzakelijk is en het doel legitiem. Ten aanzien van de functie-eisen controleert de CGB slechts of deze niet 'apert onrede-

17 Zie ook de oordelen 2002-68, 2001-97 en 2001-12.

lijk' zijn. Daarvan is geen sprake en dus is het onderscheid niet in strijd met de AWGB (2004-137).
Het stellen van kwaliteitseisen aan de taalbeheersing gedurende het dienstverband kan zeker legitiem zijn. Indien om die reden geen vaste aanstelling wordt aangeboden, dient de werkgever de werknemer wel in de gelegenheid te hebben gesteld zich te verbeteren, zo oordeelt de CGB (2004-74). Dit kan door middel van actieve begeleiding of een taalcursus. Opvallend is dat de CGB in dit oordeel niet valt over het op non-actief stellen van de werkneemster. In de praktijk blijkt dit vrijwel altijd het einde van een arbeidsrelatie.

Een jongeman heeft de Nederlandse nationaliteit en is geboren in Leeuwarden. Hij loopt vaak tegen vooroordelen op over Marokkaanse jongens. Dit overkomt hemzelf ook als hij wordt afgewezen als telemarketeer vanwege zijn buitenlandse accent (2004-143). Zijn ouders zijn van Marokkaanse origine. Hij vindt het een principekwestie en legt de zaak aan CGB voor. Het marketingbureau voert ter rechtvaardiging van het indirecte onderscheid op grond van ras aan dat personen die Nederlands spreken met een buitenlands accent minder verkopen dan personen zonder accent. Dit standpunt is op geen enkele wijze met feiten onderbouwd en kan daarom niet dienen ter rechtvaardiging. De CGB acht het handelen in strijd met de wet.
Taal speelt ook een belangrijke rol in de klacht van een Irakese vrouw die was afgewezen als betontekenaar (2004-125). Het valt op dat de vrouw in haar sollicitatie heeft opgemerkt dat zij een hoofddoek draagt. Hiermee tracht zij vooroordelen en onaangename verrassingen weg te nemen. Eenzelfde patroon is te zien bij arbeidsbemiddelaars voor Roma en Sinti in Zuid-Nederland die aan potentiële werkgevers de etniciteit meteen vermelden.[18] In de procedure blijkt de vrouw een in Nederland erkend buitenlands ingenieursdiploma te hebben. De afwijzing is gebaseerd op de vele taalfouten in haar sollicitatiebrief en het ontbreken van werkervaring. Deze eisen zijn uiteraard niet 'apert onredelijk'. Wat mij steekt is dat de opdrachtgever een Nederlandse opleiding prefereert. Bovendien is de werkgever een bemiddelingsgesprek met het plaatselijke Anti-Discriminatie Bureau (ADB) uit de weg gegaan. De CGB concludeert dat er geen sprake is van onderscheid. Het gevoel van de vrouw dat zij wederom tegen structureel onderscheid is opgelopen, kan ik wel begrijpen.

Het gebeurt relatief vaak dat een tijdelijk dienstverband door verstrijken van de termijn van rechtswege is geëindigd, maar dat de werknemer vertrouwde op een verlenging of vaste aanstelling. Het is in deze zaken standaard dat de CGB het mogelijk verboden onderscheid niet zoekt bij de beëindiging, maar bij het besluit tot het aangaan van een (nieuw) dienstverband. Het antwoord op de vraag of een kandidaat geschikt is voor een bepaalde functie, komt niet toe aan de CGB. Dit staat ter beoordeling van de werkgever. De CGB kan slechts beoordelen of verboden onderscheid bij de afwijzing een rol heeft gespeeld. Eerst dient de verzoeker een vermoeden van onderscheid hard te maken, voordat de werkgever bijvoorbeeld kan aanvoeren dat de werknemer onvoldoende functioneert. Ook hier kunnen taalproblemen weer de kop op steken.[19] Dit problematisch functioneren moet dan wel gedocumenteerd worden door bijvoorbeeld functioneringsverslagen en afspraken om tot verbetering te komen (2004-11). In dit soort zaken is er meestal een incident dat de werkverhouding heeft verstoord. Vaak is dat een klacht over discriminatie op

18 P.R. Rodrigues & M. Matelski, *Monitor Racisme en Extreem Rechts, Roma en Sinti,* Anne Frank Stichting/ Universiteit Leiden: Amsterdam 2004, p. 43.
19 Bijvoorbeeld oordeel 2004-23.

de werkvloer.[20] De verplichting van de werkgever zich te onthouden van discriminatie op het terrein van de arbeid brengt met zich dat de werkgever erop toeziet dat ook degenen over wie hij het gezag uitoefent zich onthouden van en worden beschermd tegen discriminatie. Artikel 5 brengt met zich dat een werkgever een zelfstandig, deugdelijk onderzoek dient te verrichten naar klachten omtrent discriminatie om afhankelijk van het resultaat van het onderzoek zonodig passende maatregelen tegen discriminatie te treffen. Indien de werkgever in de vervulling van deze verplichtingen tekortschiet, kan er sprake zijn van onderscheid in strijd met de wetgeving gelijke behandeling. Voor het oordeel van de CGB is het nuttig om gegevens over de etnische samenstelling van het personeelsbestand te beschikken (2004-48). Een belangrijke hulpmiddel daartoe was het opvragen van de rapportage in het kader van de Wet SAMEN (2004-23). Dit is helaas verleden tijd nu deze wet met ingang van 1 januari 2004 is komen te vervallen.

Een interessante uitspraak is een oordeel omtrent eigen handelen aangebracht door het regionale politiekorps Kennemerland (2004-36). Dit korps wil zijn diversiteitbeleid een impuls geven door een voorkeursbeleid voor vrouwen en etnische minderheden in te voeren.[21] Alvorens het beleid toe te passen, vraagt het korps eerst advies aan de CGB. Positieve actie is bij de politie bijna een besmette term, omdat in het verleden de toelatingseisen voor allochtonen zijn verlaagd. Dit heeft zeer nadelige gevolgen gehad en deze nieuwkomers werden niet voor vol aangezien. Het beleid van Kennemerland gaat echter uit van de landelijke toelatingseisen. Een kandidaat moet daaraan voldoen. Vervolgens wordt bij gelijke geschiktheid de voorkeur aan vrouwen en allochtonen gegeven. Daarbij hanteert het korps streefcijfers op basis van het beschikbare arbeidsaanbod: 16% allochtonen en 30% vrouwen (arbeidspotentieel). Voor de toegang tot het (initiële) onderwijs hanteert het korps de verdeelsleutel dat 1/3 vrouw, 1/3 allochtoon en 1/3 overig dient te zijn. Als het percentage voor vrouwen of allochtonen niet gehaald wordt, dienen extra inspanningen verricht te worden. Deze plaatsen worden niet ingevuld door andere kandidaten.

De CGB toetst het beleid aan artikel 2, derde lid, AWGB dat als volgt luidt: 'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.' Het voorkeursbeleid voor arbeidsplaatsen voor vrouwen dient op grond van arresten van het HvJ EG[22] en jurisprudentie van de CGB[23] aan de volgende criteria te voldoen:
1. de achterstand die onderwerp van het voorkeursbeleid is, dient te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod;
2. 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. Indien één of meer criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan en dergelijke criteria niet (indirect) discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten, dient de aan

20 Zie de oordelen 2004-23 en 2004-48.
21 Zie voor het genderaspect van dit oordeel de bijdrage van Burri en Cremers-Hartman in deze bundel (paragraaf 3.1).
22 HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, *JAR* 1995/234 (*Kalanke*); HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95, *NJ* 1998, 808 (*Marschall*); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, *JAR* 2000/194 (*Abrahamsson*) en HvJ EG 8 maart 2000, zaak C-158/97, *JAR* 2000/104 (*Badeck*).
23 Oordeel 2003-1.

de vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing te worden gelaten;
3. het onderscheid dient in redelijke verhouding te staan tot het doel.

Deze criteria gelden niet onverkort in zaken met betrekking tot etniciteit. In eerdere oordelen is de CGB daarvan ook afgeweken (1999-31 en 1999-32). Dat kan, stelt de CGB in de onderhavige zaak, als het een incidentele voorkeursbehandeling betreft, waarbij uitsluitend wordt geworven onder allochtonen. Echter in oordeel 1999-31 betrof het niet een incidenteel voorkeursbeleid (bijvoorbeeld een enkele vacature)[24], maar toekomstig aannamebeleid en dus vrijwel even structureel als bij het politiekorps. Kortom, het onderscheid tussen incidenteel en structureel acht ik onvoldoende duidelijk.[25]
Dit klemt volgens mij omdat bij het onderzoek naar de objectieve beoordeling van alle kandidaten er een probleem ontstaat bij het initiële onderwijs. Volgens de jurisprudentie van het HvJ EG zou geen voorrang mogen worden verleend als zich een geschikte kandidaat aandient uit een groep waar geen voorkeursbeleid voor geldt. Absolute en onvoorwaardelijke voorkeur staat het HvJ EG niet toe. Door de reserveringsregeling van drie keer 1/3 maakt het korps evenwel inbreuk op die regel. De CGB meent dat de reservering van vacatures van tijdelijke duur is, maar dat doet aan de achterstelling niet af.
Het is de vraag of hier sprake is van een opleiding of van een dienstbetrekking. Op grond van het arrest *Badeck* zou betoogd kunnen worden dat bij toegang tot een opleiding wel absolute voorkeur mogelijk is. Daaraan is wel de voorwaarde verbonden dat de opleiding geen overheidsmonopolie mag zijn. De politie-opleiding voldoet hier niet aan. Nog los van de vraag of hier sprake is van een opleiding of van een dienstbetrekking, biedt *Badeck* daarom volgens mij geen uitkomst. De CGB verwijst in haar oordeel in het geheel niet naar *Badeck*.
Overigens ben ik van mening dat dit voorkeursbeleid wel toelaatbaar is, maar dan gebaseerd moet worden op het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVRD). De CGB is bij de toetsing van voorkeursbeleid voor etnische minderheden al een keer eerder afgeweken van de (gender)jurisprudentie van het HvJ EG met een beroep op het IVRD (1999-31).

De CGB acht de achterstand aangetoond en het onderscheid in redelijke verhouding tot het doel en daarmee het voorkeursbeleid in overeenstemming met de gelijkebehandelingswetgeving.

2.2 *Beloning, bevordering en arbeidsvoorwaarden*

In 2004 heeft de CGB één oordeel geveld over gelijke beloning. Klachten over onderscheid bij promotie hebben zich niet voorgedaan. Vanwege het specifieke karakter worden loonzaken apart besproken. Zij maken echter deel uit van de (andere) arbeidsvoorwaarden, waarover eveneens één oordeel door de CGB gewezen is.

Een vertaalster meent dat zij ongelijk beloond wordt op grond van nationaliteit en geslacht (2004-4). Tevens stelt zij ten onrechte niet de titel van senior te mogen voeren. Zij is Duitse en werkt als vertaalster Duits bij een instituut dat trainingen verzorgt voor functionarissen van de lidstaten en organen van de EU. De vertaalster

24 Zoals in oordeel 1999-32.
25 Zie ook A.G. Veldman, 'Juridische toetsing van voorkeursbehandeling bij werving en selectie. Actuele Europese en Nederlandse rechtsontwikkelingen,' in: T. Loenen (red.), *Oordelen en commentaar 1999*, Deventer: Kluwer 2000, p. 99-101.

stelt dat de beloning voor vertalers Duits lager is en dat daarmee onderscheid naar nationaliteit wordt gemaakt. Volgens haar worden door de wijze van beloning door verweerder in hoofdzaak vertalers getroffen met de Duitse nationaliteit, omdat deze vertalers stukken naar het Duits vertalen. Bij het instituut waren tot de zomer van 2002 vijf vertalers werkzaam. Daarvan is verzoekster de enige met de Duitse nationaliteit. Afgezien van de vraag of het door verzoekster gelegde verband tussen de nationaliteit van de vertaler en de taal waarin wordt vertaald juist is, zo oordeelt de CGB, biedt een aantal van vijf vertalers met vijf verschillende nationaliteiten onvoldoende aanknopingspunten om te concluderen tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit. Het gestelde indirecte onderscheid naar nationaliteit is zodoende niet aannemelijk geworden.[26]

Het verzoek over arbeidsvoorwaarden betreft een oordeel over eigen handelen (2004-29). Een brouwerij met ruim 800 medewerkers vraagt aan de CGB of haar vakantie-aanvraagregeling in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Deze regeling bevat voorrangsbepalingen voor zowel medewerkers met schoolgaande kinderen als voor medewerkers die ouders willen bezoeken woonachtig op een reisafstand van meer dan één dag. Waaldijk gaat in zijn bijdrage in deze bundel op deze zaak in, zowel voor wat betreft het onderscheid naar burgerlijke staat als het onderscheid naar ras en nationaliteit.[27]

2.3 *Beëindiging*

De meeste klachten over onderscheid bij beëindiging hebben een vast patroon. Allereerst is er sprake van een incident op de werkvloer dat de werknemer als discriminerend ervaart. Vervolgens behandelt de werkgever de klacht daarover niet (voldoende) zorgvuldig. Ten slotte wordt de arbeidsrelatie beëindigd. Volgens de werkgever omdat de werknemer gebrekkig functioneert en volgens de werknemer vanwege de klacht over discriminatie. Van de tien zaken waarin beëindiging (mede) inzet van het rechtsgeschil is, lukt het de werknemer maar in twee gevallen de CGB van de ongelijke behandeling te overtuigen.

Belangrijk is natuurlijk dat de werkgever op de hoogte moet (kunnen) zijn van de klacht. Zo niet, dan strandt de zaak op gebrek aan bewijs.[28] Vanzelfsprekend is niet elk gevoel van discriminatie terecht. Als het gestelde incident geen strijd met de AWGB oplevert, dan is het daaropvolgend ontslag veelal ook niet in strijd met de wet. De werknemer stelt namelijk in de meeste gevallen dat de bejegening ook de oorzaak van de beëindiging is. Als de CGB oordeelt dat er bij de bejegening geen onderscheid is gemaakt, komt de Commissie ook niet meer toe aan een onderzoek van de beëindiging (2004-152).
Soms doet het discriminatoire incident zich voor in een langdurige arbeidsrelatie na de komst van een nieuwe direct leidinggevende (2004-49). Zo maakt de komst van een nieuwe voorzitter uiteindelijk een einde de arbeidsovereenkomst van een woonconsulente die reeds zeventien jaar voor haar werkgever werkzaam was (2004-113). De voorzitter noemt de vrouw van Surinaamse afkomst bij herhaling 'zonnekoningin' en heeft een negatieve houding bij werksituaties die op allochtonen betrekking hebben. Belangrijk is in deze zaak dat de welhaast klassieke beschuldigingen van niet goed functioneren, door de werkgever niet worden gestaafd. De CGB acht de klacht tegen haar materiële werkgever gegrond, maar niet de klacht tegen haar

26 Zie voor het onderscheid naar geslacht in deze zaak de bijdrage van Burri en Cremers-Hartman in deze bundel (paragraaf 4.1).
27 Zie de bijdrage van Waaldijk, 'Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in deze bundel (paragraaf 5).
28 Zie de oordelen 2004-24 en 2004-77.

formele werkgever (2004-114). De formele werkgever heeft evenwel onvoldoende zorgvuldigheid betracht bij de bescherming van haar werkneemster.[29]

Opvallend is dat de CWI als verstrekker van de ontslagvergunning onder het bereik van artikel 5 AWGB blijkt te kunnen vallen (2004-126). Het gestelde onderscheid na 24 jaar trouw dienstverband kon de man van Marokkaanse afkomst echter niet aannemelijk maken. Een aparte rechtsverhouding is aan de orde bij de beëindiging van de overeenkomst tussen een panellid en de VARA (2004-119). Het zwarte panellid meent dat er racistische ondertonen bij de beëindiging een rol hebben gespeeld. De CGB stelt allereerst vast dat er sprake is van een arbeidsverhouding, hetgeen alle situaties omvat waarin onder gezag arbeid wordt verricht.[30] Het pannellid is overeengekomen tegen een bepaalde vergoeding twaalf keer op te treden. De VARA maakt tijdens de procedure duidelijk dat de beëindiging op zakelijke gronden is geschied en geen verband houdt met ras. Hoewel de omroep dat beter eerder aan betrokkene had kunnen uitleggen, oordeelt de CGB dat er geen onderscheid is gemaakt.

De CGB heeft bij mijn weten in 2004 voor het eerst een beroep op victimisatie-ontslag gehonoreerd. Het betreft een oordeel over een vrouw die via een uitzendbureau als secretaresse werkt (2004-155). Zij treft bij toeval een functioneringsverslag aan waarin haar houding 'erg Surinaams' wordt genoemd. Hierover beklaagt zij zich bij haar direct leidinggevende die zegt dat het met haar accent te maken heeft en verder niet belangrijk is. De vrouw neemt hier geen genoegen mee en wendt zich tot personeelzaken, waarna een gesprek plaatsvindt. Haar leidinggevende zegt in dat gesprek het vertrouwen in de vrouw op, mede omdat zij niet goed zou functioneren. Slechts onder de voorwaarde dat zij niet meer bij personeelszaken zou klagen, mocht zij het nog een kleine twee weken proberen om zich te bewijzen. Daarop neemt de vrouw ontslag en legt haar zaak aan de CGB voor. De Commissie acht de bejegening discriminerend en stelt vervolgens:
'Verzoekster heeft langs de aangewezen weg een klacht ingediend tegen haar leidinggevende. Dit is haar echter duur komen te staan, in die zin dat zij zich door het vervolg van de gebeurtenissen gedwongen voelde haar arbeidsverhouding met verweerster te beëindigen. De vraag of sprake is van victimisatie in de zin van artikel 8, eerste lid, AWGB (oud) moet dan ook positief worden beantwoord. Ook in zoverre is derhalve in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving gehandeld. Dat verweerster van opvatting is dat klagen bij verweerster geen consequenties mag hebben voor medewerkers, maakt dit niet anders. De Commissie zal op dit punt een aanbeveling doen.'[31]

Artikel 8, eerste lid AWGB luidt:[32] 'Beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met artikel 5, wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op artikel 5 of terzake bijstand heeft verleend, is vernietigbaar.' In deze zaak heeft niet de werkgever de arbeidsverhouding beëindigd, maar de werkneemster. Het lijkt mij op zich juist haar toch bescherming te bieden, maar dan dient dat wel in het oordeel gemotiveerd te worden.
Naar mijn mening volstaat daartoe niet de constatering dat de vrouw zich 'gedwongen voelde'. Immers, niet iedereen die zich daartoe gedwongen voelt, hoeft daarmee het gelijk van de AWGB aan zijn zijde te hebben. Dat is ook niet het geval in het oordeel van een donkere verpleegkundige die eveneens zelf ontslag neemt

29 Zie ook de bijdrage van Burri en Cremers-Hartman in deze bundel (paragraaf 6.1).
30 Dat is ruimer dan het begrip arbeidsovereenkomst. Zie ook oordeel 2003-23.
31 Overweging 6.22.
32 De tekst van het eerste lid is hetzelfde gebleven na invoering van de EG-implementatiewet AWGB op 1 april 2004.

vanwege discriminatoire bejegening door patiënten (2004-77). Ook al wordt de discriminatoire bejegening vastgesteld, dan is daarmee niet gezegd dat het zelf ontslag nemen daarvan het toerekenbare gevolg is. Volgens mij dient de CGB vast te stellen dat de vrouw in kwestie aan deze dwang objectief beschouwd geen weerstand hoefde te bieden. Kortom, dat het zelf verkozen ontslag in alle redelijkheid aan het verboden onderscheid toe te rekenen valt. Het nieuwe artikel 8a AWGB van kracht sinds 1 april 2004 na invoering van de implementatie van de Rasrichtlijn is op dit punt makkelijker toepasbaar. Deze bepaling luidt: '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.'

2.4 *Bejegening*

Van de veertien bejegeningszaken staan er vier op zich zelf, dat wil zeggen dat er niet tevens over andere aspecten van de arbeidsrelatie is geklaagd, zoals selectie en werving (twee maal) of de beëindiging (acht maal). De CGB vermeldt soms dat sinds 1 april 2004 de bejegening met zoveel woorden in de AWGB is opgenomen, maar doet de zaken in verband met het tijdstip van de ongelijke behandeling op het 'oude recht' af. Dat maakt materieel geen verschil, aangezien de CGB het begrip arbeidsvoorwaarden, zoals opgenomen in artikel 5 AWGB oud, altijd al ruim heeft uitgelegd en daaronder ook arbeidsomstandigheden omvat. Bejegening valt mede onder arbeidsomstandigheden en is sinds 1 april 2004 terug te vinden in de nieuwe wettekst onder artikel 5, eerste lid, onder h, AWGB. Bovendien is bij de wetswijziging tevens artikel 1a opgenomen dat bepaalt dat het verbod van onderscheid mede inhoudt een verbod van intimidatie. In artikel 1a, tweede lid, AWGB wordt intimidatie gedefinieerd als gedrag dat tot gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.
Het is vaste jurisprudentie van de CGB dat de verplichting van een werkgever om zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving met zich brengt dat de werkgever erop toeziet dat ook degenen over wie hij het gezag uitoefent zich van discriminatie onthouden.[33] Dat houdt tevens in dat van een werkgever wordt verwacht dat hij klachten over discriminatie op de werkvloer zorgvuldig behandelt en, zo nodig, passende maatregelen treft.[34] Het tekortschieten ten aanzien van deze verplichtingen kan strijd opleveren met de gelijkebehandelingswetgeving.

Bejegening kan soms van lange duur zijn. Een werknemer van Egyptische afkomst stelt al twaalf jaar door zijn chef te worden getreiterd. Hierbij vindt geen uitgesproken discriminatie plaats, maar gaat het juist om een onuitgesproken handelen en een gevoel achtergesteld te worden. Essed heeft dat indertijd aangeduid met 'alledaags racisme'.[35] Standaard maakt de CGB bij bejegeningsklachten gebruik van de verschuiving van de bewijslast (art. 10 AWGB). Indien de klager feiten weet aan te dragen die onderscheid kunnen doen vermoeden, is het aan de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met de AWGB is gehandeld. Toch lukt het lang niet elke werknemer bij de CGB dit bewijsvermoeden voldoende te onderbouwen. Dat lukt ook de Egyptische werknemer niet (2004-93).[36] Het onderzoek naar de klacht is correct verlopen en levert geen onderscheid op. Weinig gelukkig vind ik de omstandigheid dat de werknemer in afwachting van het oordeel van de CGB op non-actief

33 Zie bijvoorbeeld oordeel 2000-34.
34 Zie oordeel 2001-33 en oordeel 2001-136.
35 Ph. Essed, *Alledaags racisme*, Amsterdam: Feministische uitgeverij Sarah 1984.
36 Een ander voorbeeld is oordeel 2004-136.

is gesteld, zonder dat de Commissie hier aandacht aan besteedt. Reeds eerder merkte ik op dat non-actiefstelling in de praktijk de voorbode van ontslag is.[37]

Toch bewijst de bewijslastverlichting goede diensten. Dat is het geval in een oordeel op verzoek van een moslim van Marokkaanse afkomst die stelt op de werkvloer discriminerend bejegend te worden. Deze bejegening is sinds de aanslagen op de Verenigde Staten (9/11) alleen maar erger geworden. De getuige die hij voor de CGB wil laten oproepen ter onderbouwing van zijn stellingen, mag van de werkgever niet verschijnen (2004-8). Mede ter compensatie van door de wederpartij veroorzaakte bewijsnood acht de CGB het gestelde onderscheid aannemelijk. Hoewel de werkgever – traditiegetrouw – aanvoert dat de werknemer niet goed functioneert, weet hij dat niet te staven. De conclusie is dat hij in strijd met de AWGB heeft gehandeld. Aangezien de werkgever de klacht over de bejegening nauwelijks serieus heeft onderzocht, is ook de afhandeling in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.

In één oordeel (2004-170) komt de CGB aan toetsing van de nieuwe bepaling over intimidatie toe (art. 1a AWGB). Het is een spoedzaak omdat een beëindiging van de arbeidsrelatie het dreigende resultaat is van het conflict. De CGB kan niet vaststellen dat dit conflict verband houdt met de Marokkaanse afkomst van twee verzoekers of dat bij dit conflict onderscheid wordt gemaakt op grond van afkomst. Volgens de CGB zijn zij er niet in zijn geslaagd 'voldoende feiten aan te voeren om onderscheid op grond van afkomst als bedoeld in artikel 1a AWGB, noch als bedoeld in artikel 1 AWGB te kunnen doen vermoeden.' Het gevoel van racistische bejegening bij de werknemers is mede ingegeven door de eis om Nederlands te moeten spreken op de werkvloer. De CGB stelt vast dat het geen verbod is Arabisch te spreken en acht geen vermoeden van onderscheid aanwezig. Dat staat mijn inziens haaks op een eerder oordeel waarin is uitgesproken dat weliswaar voor het bevorderen van een goede communicatie op de werkvloer, het gebruik van de Nederlandse taal als voertaal een geschikt middel kan zijn (2000-15), maar een taaleis die geformuleerd is als een algemene verplichting de Nederlandse taal in het bedrijf te voeren voldoet daar niet aan. In de onderhavige zaak erkent de werkgever het bestaan van de algemene regel dat Nederlands moet worden gesproken. Het komt mij voor dat op dit punt nader onderzoek op zijn plaats was geweest of dat de CGB anders had moeten laten blijken waarom de litigieuze taaleis in het onderhavige geval minder zwaar weegt. Zo heeft de CGB over de eis om (uitsluitend) Nederlands te mogen spreken op de werkvloer opgemerkt dat daarvoor tenminste (ook) vereist is dat deze gebaseerd moet zijn op een voor iedereen kenbare regeling (1997-96).

3 CONSUMENTENTRANSACTIES

Onder artikel 7 AWGB vallen consumententransacties: het afnemen van goederen of diensten tussen een professionele aanbieder en een eindgebruiker.[38] Achtereenvolgens besteed ik aandacht aan discodiscriminatie, onderscheid bij dienstverlening en onderscheid bij recreatie.

37 Oordeel 2004-74: zie paragraaf 2.1.
38 Zie ook art. 7:5 BW.

3.1 Horeca

Jaarlijks registreren de ADB's tussen de 250 en 300 klachten over onderscheid in de horeca.[39] In ongeveer 80% van de gevallen betreft het een klacht over discriminerend deurbeleid. De politie van het regiokops Utrecht heeft met agenten een praktijktest gedaan. Koppeltjes van jonge allochtone en autochtone agenten in burger proberen los van elkaar op vrijdag- en zaterdagavond een tiental kroegen en dansgelegenheden binnen te komen in Utrecht en Amersfoort. De donkere politiemannen worden aanzienlijk vaker geweigerd en het korps beraadt zich op nader te nemen stappen.[40] Een aanzienlijk deel van het geweld in het uitgaansleven blijkt te worden veroorzaakt door discriminatie of door een houding die als zodanig wordt ervaren.[41] Daarbij komt veelvuldig rivaliteit tussen jeugdstijlen voor. Inmiddels trachten sommige discotheken problemen te voorkomen door kledingmerken van bepaalde groepen te verbieden. Soms betreft dat kleding die (ook) als symbool voor extreem rechtse opvattingen staat (Lonsdale), soms ook de kleding die vooral door de allochtone jongeren wordt gedragen (Karl Kani). Het verbieden van deze kleding kan onder omstandigheden indirect onderscheid naar ras of politieke overtuiging opleveren, maar verzoeken tot een oordeel daarover hebben de CGB nog niet bereikt.[42]

De Commissie heeft wel geoordeeld over een klacht van een jongen die stelt vanwege zijn Turkse afkomst geweigerd te zijn (2004-13). De jongen is met zijn twee vrienden door de portier van een discotheek geweigerd, terwijl groepjes autochtone jongeren gewoon naar binnen konden. De portier motiveert de weigering niet en ook het hoofd beveiliging geeft geen redenen voor deze handelwijze. De drie vrienden is slechts verteld dat zij via internet een pasje konden aanvragen, hetgeen achteraf onjuist blijkt te zijn. Volgens de jongeman is hij vanwege zijn afkomst en die van zijn vrienden, slachtoffer van een ondoorzichtig toelatingsbeleid. Bovendien levert het bij herhaling niet reageren op discriminatieklachten door de discotheek eveneens verboden onderscheid op. De CGB acht een vermoeden van onderscheid aanwezig. Het verweer dat er veel allochtone bezoekers zijn en allochtone portiers vrijwaart de disco niet. Het deurbeleid is in overleg met de politie totstandgekomen, maar ontbeert transparantie. Aanleiding voor dit beleid waren ernstige (gewelds)incidenten in en rond de uitgaansgelegenheid. De CGB onderkent de noodzaak van en de bereikte resultaten met dit beleid. Dat neemt echter niet weg dat het verwijzen naar een pasjesregeling terwijl er geen pasjes meer worden uitgegeven weinig zinvol voorkomt. De CGB is van oordeel dat het beleid, namelijk geheimhouding van de toelatingscriteria en het niet-meedelen van de precieze reden voor een weigering, niet in de weg hoeft te staan aan de eisen van zorgvuldigheid, inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de procedure. 'Veiligheidsbeleid kan slechts stroken met de uit de gelijkebehandelingswetgeving voortvloeiende procedurele vereisten wanneer dit beleid uniform en consistent wordt toegepast. Een toelatingssysteem dat voor een belangrijk deel is gebaseerd op herkenning en selectie door portiers, maakt zulks onmogelijk.'[43] Het deurbeleid is dus in strijd met de wet en dat geldt ook voor het niet in behandeling nemen van de klacht. De CGB heeft naar mijn mening een mooi

39 C. de Fey & G. Grubben, *Geweigerd?! Discriminatoir deurbeleid in de horeca*, Rotterdam: LBR november 2004.
40 *de Volkskrant* 13 november 2004.
41 A.C. Spapens, C.E. Hoogeveen, C.A.M Pardoel, m.m.v. C.J.C.F. Fijnaut, *Uitgegaan en ingesloten; oorzaken van uitgaansgeweld in de politieregio Brabant Zuid-Oost*, Tilburg: iva Tilburg/kub, december 2001, p. 185. Zie ook: http://www.politie.nl/Brabant-Zuid-Oost/Images/27.14833.pdf.
42 *NRC Handelsblad* 12 januari 2005.
43 Overweging 6.13.

afgewogen oordeel gegeven over de complexe belangentegenstelling tussen veiligheid in de disco en gelijke behandeling bij de toegangsdeur.

De CGB heeft twee verzoeken om een oordeel ontvangen over een hasjcafé dat geen Nederlanders zou toelaten (2004-56 en 2004-57). Een uitbater stelt dat hij slechts toeristen toelaat en dus geen onderscheid naar nationaliteit maakt; er zijn immers ook Nederlandse toeristen. Het beleid van het café staat niet op papier en is vooral op selectie 'met de neus' door de portiers gebaseerd. De CGB betoont zich coulant en stelt zich bewust te zijn van de moeilijke situatie waarin een uitbater van een hasjcafé zich bevindt, maar dit mag niet leiden tot een praktijk waarbij mensen niet worden toegelaten omdat zij Nederlander zijn. Het niet inhoudelijk reageren op een schriftelijke klacht over ongelijke behandeling levert eveneens strijd met de AWGB op (2004-56).

3.2 *Dienstverlening*

De CGB heeft zich in 2004 voor het eerst uitgesproken over postcodediscriminatie. Het uitsluiten van klanten op basis van postcodes komt oorspronkelijk uit de Verenigde Staten en wordt daar *redlining* genoemd.[44] Het is in de praktijk niet eenvoudig aan te tonen dat het postcodegebied de doorslag heeft gegeven. De meeste bedrijven houden die informatie liever binnenskamers. Het oordeel over Canal+ is uitzondering op deze regel (2004-15). Het bedrijf zendt gecodeerde televisieprogramma's uit die uitsluitend door abonnees met behulp van een decoder kunnen worden bekeken. Een consument heeft een abonnement voor deze betaal-tv, maar kan sinds haar verhuizing naar de Amsterdamse Bijlmermeer de programma's niet meer ontvangen. Navraag door de consument leert dat het bedrijf geen monteurs naar de Bijlmer stuurt vanwege het verhoogde risico. Het externe installatiebedrijf waarbij Canal+ haar monteurs inhuurt heeft aangegeven in de postcodegebieden startend met de cijfers 1102, 1103 en 1104 geen monteurs te laten werken. De redenen daarvoor zijn het garanderen van de veiligheid van monteurs en het voorkomen van beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen. De consument meent dat Canal+ hierdoor indirect onderscheid naar ras maakt, omdat deze uitsluiting van service gezien de bevolkingssamenstelling in deze stadswijk allochtonen onevenredig treft. Het bedrijf maakt zich volgens haar schuldig aan 'redlining' en zij legt haar klacht aan de CGB voor. De Commissie onderzoekt het indirecte onderscheid. Het doel van de aanbieder is de veiligheid van monteurs te garanderen en beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen te voorkomen. Tijdens de procedure erkent Canal+ dat de door haar genoemde veiligheidsrisico's niet opgaan voor het wijkgedeelte waar de consument woont. Zodoende mist het middel zijn doel. Het middel is overigens ook niet passend nu het beleid van verweerster niet steunt op deugdelijke objectieve gegevens omtrent de criminaliteit in het betreffende postcodegebied. Bovendien is het middel niet noodzakelijk om het doel te bereiken, omdat per huisbezoek meerdere monteurs kunnen worden gestuurd. Canal+ heeft ter zitting erkend dat zij beter en creatiever moet nadenken over passende alternatieven. De CGB oordeelt dat er sprake is van indirecte onderscheid op grond van ras. Het oordeel is integraal opgenomen in deze bundel en voorzien van een annotatie door Dick Houtzager.

In een spoedzitting buigt de CGB zich over de vraag of een 'omgangshuis' onderscheid naar ras of nationaliteit maakt door taaleisen te stellen (2004-22). Het betreft

44 Zie hierover ook mijn proefschrift: *Anders niets? discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumententransacties*, Lelystad: Vermande 1997, p 152-157.

een stichting die in haar omgangshuis gelegenheid biedt tot begeleid contact tussen kinderen en hun niet-verzorgende ouder wanneer ouders het niet met elkaar eens kunnen worden over een bezoekregeling. De klacht komt van een gescheiden man van Macedonische afkomst. In afwachting van een beslissing van de rechtbank over de omgangsregeling heeft hij met zijn ex-vrouw en de stichting een contract inzake begeleide omgang getekend. Artikel 8 van dit contract bepaalt dat in het omgangshuis alleen in het Nederlands mag worden gecommuniceerd. De man wil echter Macedonisch met zijn zoontje van tweeëneenhalf praten omdat de jongen het Nederlands onvoldoende beheerst om goed contact te krijgen. Dat is niet toegestaan omdat medewerkers van de stichting anders niet de veiligheid kunnen waarborgen. Zij blijven op gehoorsafstand bij de gesprekken aanwezig om bijvoorbeeld ontvoeringen te voorkomen. Dergelijke risico's zijn maar al te realistisch. De CGB oordeelt dat de taaleis indirect onderscheid naar ras en nationaliteit tot gevolg heeft. Het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd omdat het doel van verweerster ook kan worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot onderscheid, namelijk de inzet van een tolk. De subsidiariteitstoets pakt in het nadeel van het omgangshuis uit. Het argument dat zij geen budget heeft voor tolken wordt door de CGB terzijde geschoven. Financiële argumenten kunnen immers geen rechtvaardigingsgrond vormen. Maar de inzet van tolken zou de omgang tussen vader en zoon mogelijk nog meer compliceren omdat dan alleen een bezoek mogelijk is als er ook een tolk beschikbaar is. De CGB beveelt een meer gedifferentieerde benadering aan. Indien er geen veiligheidsrisico's zijn, hoeft de taaleis niet gehanteerd te worden. Zo is bij zeer jonge kinderen weinig kans dat ze het verblijfadres van de ex-partner prijsgeven of ontvoeringsplannen beramen. Indien vanuit het pedagogisch perspectief een tolk de enige oplossing is, zou daarin voorzien moeten worden. Hopelijk kan het 'omgangshuis' met de aanbeveling uit de voeten.

Valt een verklaring van vakbekwaamheid onder de AWGB? Deze vraag wordt voorgelegd door een vrouw met de Peruaanse nationaliteit die in Peru haar universitaire opleiding tandheelkunde heeft afgerond. De Minister van VWS wijst de aanvraag ter verkrijging van een verklaring van vakbekwaamheid als tandarts af. De vrouw voelt zich ongelijk behandeld op grond van haar nationaliteit en ras. De CGB oordeelt dat het niet-verlenen van een verklaring van vakbekwaamheid een bestuursrechtelijk besluit is, dat valt buiten de reikwijdte van de AWGB (2004-70). Het verzoek om een oordeel is voorafgaande aan de inwerkingtreding van de Rasrichtlijn gedaan. Toch onderzoekt de CGB of het nieuwe artikel 7a AWGB haar rechtsbescherming zou hebben kunnen bieden. Artikel 7a verbiedt het maken van onderscheid op grond van ras bij de sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen. Het begrip sociaal voordeel omvat volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG alle voordelen die, al dan niet verbonden aan een arbeidsovereenkomst, in het algemeen aan nationale werknemers worden toegekend, voornamelijk op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of enkel wegens het feit dat zij ingezetenen zijn.[45] Voorbeelden zijn onder meer studiefinanciering, korting bij reizen per openbaar vervoer en gereduceerde toegangsprijzen voor culturele en andere evenementen.[46] Volgens de CGB kan het verlenen van verklaringen van vakbekwaamheid niet worden beschouwd als het verstrekken van een dergelijk voordeel. Met deze verklaring wordt niet meer dan formeel vastgesteld dat betrokkene voldoet aan bepaalde vereisten. Met deze overwegingen ten overvloede probeert de CGB de rechtzoekende zo goed mogelijk te informeren: het nieuwe recht zou haar geen uitkomst hebben geboden.

45 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-85/96, *Jur.* 1998, p. I-2691 (*Martínez Sala*), r.o. 25.
46 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 3, p. 15.

Een bezoeker van een huiskamerproject voor dak- en thuislozen in Amsterdam wordt onder meer voor 'vuile klerejood' uitgescholden door een medebezoeker. Tevens heeft een medewerker van het project hem uitgemaakt voor 'Farizeeër' en 'Judeeër'. De uitgescholden man voelt zich diep gekwetst en dient niet alleen een interne klacht in, maar later ook een verzoek bij de CGB (2004-128).
Artikel 12, tweede lid, onder a, AWGB bepaalt dat een verzoek kan worden ingediend door degene die meent dat te zijnen nadele onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet. De CGB legt dit artikel ruim uit.[47] Dit betekent dat het onderscheid waarover wordt geklaagd niet noodzakelijk behoeft te zijn gericht op de godsdienst die een verzoeker belijdt of de afkomst die iemand heeft. Bij deze zaak doet die situatie zich ook voor. Klager is geconfronteerd met antisemitische uitlatingen. Degene die deze uitlatingen deed ging er kennelijk van uit dat hij van joodse afkomst is. In deze situatie is het volgens de CGB niet van belang of verzoeker zelf al dan niet van joodse afkomst is. Van belang is dat de ander er van uitging dat verzoeker jood is.
De aanbieder van het huiskamerproject heeft de verplichting om zorg te dragen voor een discriminatievrije omgeving. Deze zorgplicht geldt evenzeer indien de discriminerende bejegening gedaan wordt door een bezoeker jegens een andere bezoeker. Van belang is dat verweerster het gezag heeft en daarmee de mogelijkheid heeft om de situatie op te lossen. Aanvankelijk is adequaat opgetreden door de betreffende bezoekster te schorsen. Later is echter niet ingegrepen toen deze bezoekster een mop vertelde, die volgens klager antisemitisch was. Met de betreffende medewerker zijn gesprekken gevoerd. Achteraf zijn wel passende maatregelen getroffen om herhaling te voorkomen, maar daarvan is klager niet op de hoogte gesteld. Nu hij er niet (meer) van op aan kan dat hij binnen het project gevrijwaard is van discriminatie is de aanbieder van het project te kort geschoten in haar zorgplicht. De klacht van de bezoeker is overigens wel zorgvuldig behandeld. De moraal van dit oordeel is dat je niet alleen – zonodig – maatregelen moet treffen naar aanleiding van een klacht over ongelijke behandeling, maar dat als je dat doet, je hiervan ook klager op de hoogte brengt.

3.3 *Recreatie*

Lang niet altijd valt discriminerende bejegening te bewijzen. Vooral als er geen getuige of ander bewijsmateriaal is, valt het moeilijk aannemelijk te maken. Dat is ook het geval in het oordeel waarin een Marokkaanse vrouw van mening verschilt met een sportschoolhouder over een betalingsachterstand (2004-91). Het geschil leidt tot een woordenwisseling, waarbij de sportschoolhouder volgens de vrouw zich discriminerend tegenover haar zou hebben uitgelaten. De CGB oordeelt dat het onbetwist is dat er een woordenwisseling heeft plaatsgevonden, maar dat over de exacte toedracht partijen van mening verschillen. In deze zaak is het niet mogelijk om getuigen te horen om vast te stellen wat zich precies heeft voorgedaan en of de directeur discriminerende opmerkingen heeft gemaakt over het taalgebruik van zijn klant. De procedures van de sportschool ten aanzien van betaling van het lidmaatschap en eventuele opschorting daarvan zijn evenwel duidelijk. De vrouw heeft zelf aangegeven dat het probleem met betrekking tot de betaling van het lidmaatschap mogelijk berust op een misverstand. Al met al vindt de CGB dat de klant geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.

47 Zie ook de oordelen 2001-78 en 2004-79.

4 ANDERE RECHTSVERHOUDINGEN

Het is de vraag in hoeverre het probleem van zwarte en witte scholen niet mede veroorzaakt wordt door de eenzijdige samenstelling van woonwijken. Segregatie bij huisvesting is weliswaar een erkend fenomeen, maar leidt vrijwel niet tot gerechtelijke actie van huurders die menen ongelijk behandeld te zijn.[48] In 2004 zijn er op het terrein van de huisvesting geen oordelen over ras of ook nationaliteit gewezen. Voor het onderwijs is dat wel het geval: de CGB spreekt in vier zaken een oordeel uit.

4.1 Onderwijs

Tegen een opleidingsinstituut dat beroepsgerichte opleidingen en trainingen onder meer op het gebied van de ICT aanbiedt, wordt een klacht bij de CGB ingediend door een cursist van Marokkaanse afkomst (2004-12). De cursist is van mening dat een aantal docenten allochtone cursisten discriminerend bejegent en dat het instituut allochtone cursisten adviseert vervolgopleidingen van lager niveau te gaan volgen dan aan autochtone cursisten. Weliswaar leidt het complex aan feiten tot het vermoeden van onderscheid op grond van ras, maar dat vermoeden wordt door het instituut weerlegd. Door het ontbreken van een klachtenregeling is onvoldoende adequaat met de klachten over discriminatie omgegaan en zijn de klachten van de cursist nimmer formeel afgehandeld. Op dit punt is het instituut tekortgeschoten en heeft het in strijd met de AWGB gehandeld.

Een verzoek tot een oordeel over eigen handelen kan de CGB niet afhandelen omdat niet is gebleken dat de directeur die het aannamebeleid voorlegt daartoe bevoegd is. Bovendien betreft het een concept-notitie. De Commissie wijst een tussenoordeel en houdt de zaak aan totdat het definitieve beleidsstuk wordt voorgelegd en totdat verzoeker aantoont dat hij bevoegd is voor de school op te treden (2004-38).

Een vader klaagt namens zijn zoon tegen de afwijzing op een christelijke scholengemeenschap. Hij meent dat de afwijzing door de school gestoeld is op de Roemeense afkomst van zijn kind. De CGB oordeelt dat er geen sprake is van direct onderscheid (2004-62). De zoon is immers door gebrek aan voldoende plaats voor zorgleerlingen afgewezen. Vanwege onvoldoende transparantie van de gehanteerde procedure rijst wel het vermoeden van indirect onderscheid. De scholengemeenschap toont echter mede door middel van twee getuigenverklaringen aan dat zij de jongen heeft afgewezen omdat er geen plaats meer was in de betreffende vmbo-klas voor zorgleerlingen. Uit cijfers over het aannamebeleid blijkt dat het criterium van zorgleerling en de daaraan mogelijk verbonden afwijzing niet heeft geleid tot benadeling van leerlingen van niet-Nederlandse afkomst. Er is dan ook geen sprake van indirect onderscheid.

In een spoedoordeel beoordeelt de CGB of de hoogte van het collegegeld mede gebaseerd mag worden op de nationaliteit van de student (2004-134). Het collegegeld wordt door het instellingsbestuur van de HBO-opleiding vastgesteld. De overheid stelt slechts een minimumbijdrage vast van € 1476. Een Albanese student die € 5100 moet betalen, beklaagt zich daarover. Volgens de CGB betreft het niet een algemeen verbindend voorschrift omdat het de school vrijstaat zelf de hoogte van het bedrag te bepalen. Door het hanteren van het criterium nationaliteit worden niet-Nederlandse studenten ten onrechte over een kam geschoren. Buitenlandse

48 M. Bovens & M. Trappenburg, 'Segregatie door antidiscriminatie,' in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 173-179.

studenten van boven de 30 jaar voor wie de universiteit geen extra kosten maakt, moeten veel meer betalen dan Nederlandse studenten en buitenlandse studenten voor wie in de eigen uitvoeringsregeling door de HBO een uitzondering wordt gemaakt. Zodoende maakt de onderwijsinstelling direct onderscheid naar nationaliteit.

5. SLOTOPMERKINGEN

Het aantal oordelen over ras en nationaliteit is in 2004 gedaald. Dat roept de vraag op of er minder onderscheid op deze gronden plaatsvindt of dat de jurisprudentie van de CGB burgers makkelijker in staat stelt zelf geschillen op te lossen. Een derde verklaring zou kunnen zijn dat de bekendheid van de CGB bij allochtonen en vreemdelingen onvoldoende is. Mogelijk dat het op handen zijnde tweede evaluatieonderzoek naar de gelijkebehandelingswetgeving daarover opheldering kan verschaffen.[49] Bij de lokale Anti-Discriminatie Bureaus (ADB's) daalt het aantal klachten over discriminatie naar ras en nationaliteit eveneens.[50] Dat is een belangrijk gegeven aangezien bijna in de helft van de zaken rechtsbijstand door een ADB is verleend.[51] Al eerder is geconstateerd dat een goede interactie tussen ADB's en CGB voor de gronden ras en nationaliteit van wezenlijk belang is.[52]
Vorig verslagjaar kon ik tot mijn genoegen melding maken van een substantieel aantal collectieve acties. Er werden acht klachten ingediend op eigen naam door belangenorganisaties. Dit jaar heb ik bij de oordelen over ras en nationaliteit geen enkele collectieve klacht kunnen waarnemen. Enige teleurstelling daarover wil ik niet verhullen. Daarentegen zijn in 2004 drie verzoeken om een oordeel over eigen handelen in verband met ras of nationaliteit aan de CGB voorgelegd.[53] De CGB houdt er bij de behandeling van de verzoeken goed de vaart in. Het merendeel van de oordelen over onderscheid naar ras en nationaliteit wordt in vijf of zes maanden gewezen. Dat is sneller dan in het vorige verslagjaar.

Noviteiten in 2004 zijn het verbod van uitsluiting van dienstverlening op basis van bepaalde postcodes (*redlining*) en het toekennen van bescherming tegen victimisatie bij een zelf verkozen ontslag door een werknemer. Taal blijkt in zaken met betrekking tot onderscheid naar ras en nationaliteit nog steeds een dominante factor te zijn. Veel problemen hebben te maken met eisen die gesteld worden aan het gebruik van de Nederlandse taal. Een ander probleem is dat het gevoel van discriminatie moeilijk aantoonbaar blijkt als zich geen concrete incidenten hebben voorgedaan. De bewijslastverlichting brengt hier meestal geen uitkomst. Dit gevoel lijkt op zich onvoldoende om strijd met de gelijkebehandelingswetgeving aan te nemen, maar duidt soms toch op een vorm van 'alledaags onderscheid' die mensen belemmert volledig deel te nemen aan de Nederlandse samenleving. Ten aanzien van een zorgvuldige afhandeling van klachten over vermeend onderscheid heeft de CGB een duidelijke boodschap: doe wat je kan en zeg wat je doet. Dat laatste is welhaast als een taaleis te beschouwen.

---

49 Art. 20, tweede lid, AWGB.
50 *Kerncijfers 2003, Klachten en meldingen over ongelijke behandeling*, Amsterdam, Landelijke Vereniging van Anti-Discriminatie Bureaus en Meldpunten 2004.
51 In 16 van de 40 zaken.
52 P.R. Rodrigues, 'Ras en nationaliteit,' in: D.J.B. de Wolf (red.), *Oordelen en commentaar 2003*, Deventer: Kluwer 2004, p. 32 en zie ook de themabijdrage van Strijkers in deze bundel.
53 Oordelen 2004-29, 2004-36 en 2004-38.

Geslacht

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

1 INLEIDING

Aanpassingen van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving zullen in de nabije toekomst waarschijnlijk niet uitblijven, met name op het terrein van onderscheid naar geslacht. De Europese wetgever heeft onlangs een nieuwe richtlijn aangenomen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.[1] Deze richtlijn dient vóór 21 december 2007 te zijn geïmplementeerd. Dit proces zal vermoedelijk niet nopen tot ingrijpende wijzigingen van het Nederlandse recht. De AWGB verbiedt immers reeds onderscheid naar geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten in artikel 7. De richtlijn bevat ook bepalingen over actuariële factoren, maar is niet van toepassing op de media, reclame en het onderwijs. Op de langere termijn zal vermoedelijk een nieuwe EG-richtlijn worden aangenomen die tot doel heeft de communautaire wetgeving over gelijke behandeling van mannen en vrouwen te vereenvoudigen, te moderniseren en te verbeteren (de zogenaamde '*recast' directive*).[2] De mogelijke gevolgen van dit voorstel voor het nationale recht zullen waarschijnlijk eveneens beperkt blijven omdat het voorstel vooral een codificatie van het bestaande recht behelst.
Tijdens het voorzitterschap van de Europese Unie door Nederland hebben verschillende internationale conferenties plaatsgevonden over wat er tot nu toe is bereikt onder meer op het terrein van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en toekomstige beleidsontwikkelingen, in het bijzonder in verband met de uitbreiding van de EU.[3] De Europese Commissie heeft met een Groenboek over *Gelijkheid en non-discriminatie in een uitgebreide Europese Unie* een aanzet gegeven tot de discussies.[4]
Aan het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG of Hof) worden nog steeds veel prejudiciële vragen gesteld over de interpretatie van de bestaande communautaire gelijkebehandelingswetgeving. Dit levert een constante stroom vaak casuïstische en soms ingewikkelde arresten op. Om de toegankelijkheid van zowel communautaire

1 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, *PbEU* 2004, L 373/37.

2 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, COM/2004/279 def. Voorafgaand aan dit voorstel heeft de Commissie de lidstaten een Options Paper voorgelegd met een aantal mogelijkheden voor samenvoeging van de diverse gelijkebehandelingsrichtlijnen. Voor een kritische commentaar op de uitgangspunten van de Commissie: R. Holtmaat & E. Cremers, *Nieuwe herzieningsrichtlijn, Notitie met betrekking tot Options Paper 'Vereenvoudiging en verbetering van wetgeving op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen*', in opdracht van het Clara Wichmann Instituut en E-quality, september 2003, te raadplegen op de websites www.vrouwenenrecht.nl en www.e-quality.nl.

3 Onder andere een conferentie in Scheveningen, op 22-23 november 2004: *Equality in Europe* en een conferentie in Den Haag op 18-20 november 2004: *Progressive Implementation, New Developments in European Union Gender Equality Law*.

4 Europese Commissie, *Gelijkheid en non-discriminatie in een uitgebreide Europese Unie. Groenboek*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 2004.

wetgeving als jurisprudentie voor de (praktijk)jurist te vergroten heeft Burri in het boek *Gelijke behandeling m/v* de belangrijkste Europese en nationale rechtsbronnen bijeengebracht en beschreven, met veel aandacht voor de jurisprudentie van het Hof.[5] Wie geïnteresseerd is in veranderingen in de sociaal-economische posities van mannen en vrouwen en de daarmee verbonden machtsverschillen zal in de *Emancipatiemonitor 2004* een schat aan toegankelijk beschreven onderzoeksresultaten op diverse terreinen vinden.[6] De centrale onderzoeksvraag van deze monitor, uitgebracht door het Sociaal Cultureel Planbureau (SCP) en het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), is in hoeverre het emancipatieproces voortschrijdt. De bevindingen zijn niet altijd positief, vooral met betrekking tot de verdeling van betaalde arbeid en onbetaalde zorg en de inkomensverschillen tussen mannen en vrouwen. De verwachtingen voor de toekomst zijn nogal somber, mede gelet op de economische malaise en de moeilijkheden die werknemers vermoedelijk in de toekomst zullen (blijven) ondervinden om arbeid en zorg te combineren.

In deze bijdrage staan verder de oordelen centraal die de Commissie Gelijke Behandeling in 2004 heeft uitgebracht. Van de 179 oordelen in 2004 hebben 66 oordelen (mede) betrekking op onderscheid naar geslacht. Veel oordelen zijn gevoegd, waardoor de Commissie eigenlijk over 54 verschillende casus een oordeel heeft uitgebracht, precies evenveel als vorig jaar. De meeste verzoeken zijn afkomstig van vrouwen (49 van 66 oordelen), maar ook mannen wenden zich tot de Commissie (12 van 66 oordelen). Drie oordelen gaan over eigen handelen en twee zijn uitgegeven op verzoek van ondernemingsraden. In de meeste gevallen luidt het oordeel van de Commissie dat de gelijkebehandelingswetgeving (deels) is geschonden (36 van de 54 casus). De opzet van deze bijdrage is thematisch en de meeste oordelen die de Commissie Gelijke Behandeling over onderscheid op grond van geslacht in 2004 heeft uitgebracht zijn verwerkt. Soms is volstaan met een verwijzing.

2 REIKWIJDTE

De CGB interpreteert zowel de personele als de materiële werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving doorgaans ruim. Zo oordeelde de CGB dat iemand werkzaam op grond van een *stand-by* overeenkomst een beroep kan doen op de gelijkebehandelingswetgeving, zelfs indien er geen verplichting bestaat om gehoor te geven aan een oproep (2004-1 en 2004-2, zie paragraaf 5.1).[7]
In oordeel 2004-42 klaagt een man dat de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst verband houdt met het feit dat hij in het verleden als maatman en getuige heeft meegewerkt aan een onderzoek door de CGB in een gelijke beloningszaak van een vrouwelijke collega (zie ook paragraaf 6.2). In dit oordeel wijst de CGB op het nieuwe artikel 8a AWGB waarin het is verboden om personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op de AWGB of ter zake bijstand hebben verleend. Terecht wordt vastgesteld dat de man zich niet op deze bepaling kan beroepen omdat de beëindiging heeft plaatsgevonden voor het inwerkingtreden van artikel 8a AWGB per 1 april 2004. De CGB verklaart zich wel bevoegd in deze zaak door artikel 12 tweede lid onderdeel a, AWGB niet beperkt uit te leggen. Daartoe verwijst de Commissie in overweging 5.5 naar de vaste oordelenlijn dat het sekseonderscheid niet gericht hoeft te zijn geweest op het geslacht van

5 S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Europees Sociaal Recht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.
6 W. Portegijs, A. Boelens & L. Olsthoorn, *Emancipatiemonitor 2004*, Den Haag: SCP en CBS 2004.
7 Zie over deze problematiek ook S.D. Burri & E. Cremers-Hartman, 'Geslacht', in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35-36.

verzoeker zelf. Het is wel van belang dat het sekseonderscheid consequenties voor hem heeft gehad, in de zin dat hij hierdoor rechtstreeks nadeel heeft ervaren.
Het begrip arbeidsvoorwaarden wordt ook dit jaar door de CGB ruim geïnterpreteerd (zie in het bijzonder oordeel 2004-154, besproken in paragraaf 4.2).
Opnieuw is aan de CGB de vraag voorgelegd of de weigering van een werkgever om de gewenste arbeidsduurvermindering toe te staan in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving (2004-115). De CGB stelt terecht vast dat dit een verzoek betreft in de zin van de Wet aanpassing arbeidsduur, waarover de CGB niet bevoegd is te oordelen (overweging 5.2). Voorwaarden met betrekking tot de (tijdelijke uitbreiding van) werktijden kunnen daarentegen wel vallen onder het verbod van onderscheid naar arbeidsduur (zie de bijdrage van De Wolff in deze bundel).
Evenmin als een verrassing komt het oordeel van de CGB dat eenzijdig overheidshandelen buiten de reikwijdte valt van artikel 7 AWGB (2004-72, 2004-73). Een aanvullende verzekering valt echter in principe wel onder de werkingssfeer van dit artikel. Op grond van de bepalingen die in oordeel 2004-72 aan de orde zijn geeft een aanvullende verzekering recht op vergoeding van een bepaalde verplichte eigen bijdrage, indien een vergoeding wordt verstrekt op grond van de Ziekenfondswet en een daarop gebaseerde regeling. De Commissie acht zich in principe bevoegd om over de aanvullende verzekering te oordelen, maar overweegt dat in dit geval deze verzekering geen zelfstandig recht op een voorziening geeft en dus buiten de reikwijdte van artikel 7 AWGB valt. De betrokken bepaling is zo nauw verbonden met de specifieke voorziening in de Ziekenfondswet en de daarop gebaseerde regeling dat de CGB zich daarom niet bevoegd acht een oordeel te geven. Een andere benadering was uiteraard mogelijk geweest en zou meer aansluiten bij de gebruikelijke brede interpretatie van de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving door de Commissie. In oordeel 2004-37 oordeelde de Commissie bijvoorbeeld dat een verbintenis op grond van de wet (art. 6, eerste lid, Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen) wél onder de reikwijdte van artikel 7 AWGB valt (zie § 7.2). Het verschil tussen beide zaken lijkt niet zo groot om de tegengestelde uitkomsten over de bevoegdheidsvraag in deze oordelen te kunnen rechtvaardigen. In beide gevallen houdt de eventuele vergoeding immers rechtstreeks en nauw verband met een wettelijke bepaling. Naar onze mening verdient de meer principiële benadering die de CGB volgt in oordeel 2004-37 de voorkeur. In oordeel 2004-73 is volgens de CGB wél sprake van een zelfstandige voorziening verstrekt op grond van de aanvullende verzekering die ook in oordeel 2004-72 aan de orde was en acht de CGB zich dus bevoegd. In oordeel 2004-73 klaagt een transseksueel (van man naar vrouw) over een vergoeding voor epilatie die slechts aan vrouwen werd toegekend en die hem is geweigerd. De transseksueel staat nog geregistreerd als man, in het oordeel wordt daarom uitgegaan van het juridisch geslacht van verzoeker. De CGB tekent hierbij wel aan (met verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG) dat ze de transseksuele fase als een bijzondere fase erkent, waarin betrokkene dient te worden beschermd tegen ongelijke behandeling. De CGB oordeelt dat het onderscheid op grond van transseksualiteit zo nauw samenhangt met onderscheid naar geslacht dat dit onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt. De Commissie baseert haar opvatting op het arrest van het HvJ EG in de zaak P/S, die betrekking heeft op het verbod van discriminatie bij de arbeid, en past dit ook toe op het aanbieden van goederen en diensten.[8]
Op grond van de gelijkebehandelingswetgeving is in geval van inlening van een werknemer, zowel de inlener als de uitlener gehouden deze wetgeving na te leven. Verschillende oordelen in 2004 hebben betrekking op een dergelijke situatie. In enkele oordelen stelt de CGB zich terughoudend op ten aanzien van de verplich-

8 HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94, *Jur.* 1996, p. I-2143.

tingen van de uitlener (2004-114 en 2004-164). Dat is opvallend want werknemers kunnen zich alleen jegens de uitlener op de ontslagbescherming beroepen omdat alleen de verhouding tussen uitlener en werknemer een contractuele relatie is en die tussen werknemer en inlener een feitelijke relatie (zie uitvoeriger paragraaf 6.1).

3 TOEGANG TOT DE ARBEID

3.1 Werving en selectie

De CGB heeft drie oordelen uitgesproken over de voorwaarden waaronder het toepassen van voorkeursbehandeling voor vrouwen bij de werving en selectie voor een functie is toegestaan. Twee oordelen betroffen een in concreto toegepaste voorkeursbehandeling (2004-10 en 2004-173). Het derde oordeel is uitgebracht naar aanleiding van een verzoek uit eigen beweging van het politiekorps Kennemerland om te oordelen over het te voeren diversiteitsbeleid voor vrouwen en allochtonen (2004-36). Dat oordeel komt in de bijdrage van Rodrigues (in paragraaf 2) aan de orde voor wat betreft het voorkeursbeleid voor allochtonen.
Uit deze oordelen blijkt dat de CGB een voorkeursbeleid toelaatbaar acht als dit is gebaseerd op een aangetoonde achterstandspositie van de doelgroep van het beleid. De achterstand moet gerelateerd zijn aan het potentiële aanbod op de arbeidsmarkt. Het tweede vereiste dat de CGB stelt, is het zorgvuldigheidsvereiste. Functies moeten in beginsel voor eenieder openstaan en alle sollicitatiebrieven moeten vervolgens aan dezelfde objectieve criteria worden getoetst. Pas daarna kan de voorkeursbehandeling worden toegepast. Een voorkeursbeleid voeren mag alleen indien een kandidaat uit de doelgroep voorrang krijgt bij gelijke geschiktheid. Het reserveren van functies voor vrouwen is niet toelaatbaar. Voorrang verlenen bij voldoende geschiktheid is evenmin toegestaan. De CGB past met dit zorgvuldigheidsvereiste de regels toe die kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG over voorkeursbeleid voor vrouwen bij werving en selectie. De derde eis die de CGB stelt, is het proportionaliteitsvereiste. Er moet sprake zijn van een redelijke verhouding tussen de voorkeursmaatregel en de mate van achterstand. De maatregel moet bovendien daadwerkelijk tot effect kunnen hebben dat de achterstand in kwestie wordt verminderd of opgeheven. In oordeel 2004-36 merkt de CGB in overweging 4.17 terecht op dat afbreuk wordt gedaan aan de effectiviteit van het voorkeursbeleid nu het bij de selectie niet verplicht is het beleid toe te passen, maar dit op basis van vrijwilligheid kan worden gedaan. De CGB sluit dit oordeel af met de aanbeveling om streefcijfers te relateren aan het relevante arbeidspotentieel. Een streefpercentage van 30 procent vrouwen is te laag als de hoger opgeleide beroepsbevolking voor ruim 43 procent uit vrouwen bestaat. Het eerste en derde vereiste stelt de CGB sinds jaar en dag als voorwaarde voor een toelaatbare voorkeursbehandeling. Het zorgvuldigheidsvereiste heeft de Commissie in 2003 in iets andere, algemenere bewoordingen geformuleerd (vgl. oordeel 2003-01). De CGB geeft in de drie hier genoemde oordelen de betekenis van dit vereiste concreter aan.
De wervingsfase is ook aan de orde in oordeel 2004-20. De algemene werving onder ‘vrouwen v/m’ die in het geding was, kwam niet voort uit een voorkeursbeleid voor vrouwen. De CGB toetste de werving aan de eisen die artikel 3 WGB stelt voor wat betreft het sekseneutraal aanbieden van functies en concludeert dat de toevoeging v/m onvoldoende duidelijk maakt dat ook mannen zich kunnen melden.

3.2 Niet verlengen tijdelijke arbeidsrelatie

De CGB krijgt ieder jaar meerdere malen de vraag voorgelegd of de beslissing om een tijdelijke arbeidsrelatie niet te verlengen (mede) is ingegeven door discriminerende overwegingen. Het is vaste jurisprudentie van de CGB om een dergelijke beslissing van de werkgever aan te merken als een beslissing over het aangaan van een arbeidsrelatie. Dat geldt ook als de werkgever de tijdelijke arbeidsovereenkomst niet wil omzetten in de mogelijkheid om op detacheringbasis te komen werken.
In 2004 oordeelde de CGB acht keer over deze kwestie waarbij vijf keer zwangerschap en/of zwangerschapsgerelateerde klachten aan de orde waren[9], in twee oordelen had de vrouw in kwestie geklaagd over seksuele intimidatie[10], één oordeel[11] betrof de klacht van een man die geen verlenging kreeg terwijl de door hem beoogde functie naar een vrouw ging. In drie oordelen doet de CGB de werkgever aanbevelingen aan de hand om het personeelsbeleid te verbeteren (2004-26, 2004-82 en 2004-169).
In al deze oordelen staat de CGB uitdrukkelijk stil bij de verdeling van de bewijslast. Dat is een verschil met de oordelen uit 2003. Voor het aantonen van het vermoeden van discriminatie kan het voldoende zijn om naast het gegeven van bijvoorbeeld de zwangerschap minimaal één ander feit aan te voeren. De werkgever moet dan vervolgens bewijzen dat er geen verboden onderscheid is gemaakt. In de twee oordelen waar de klacht over seksuele intimidatie mogelijk een rol had gespeeld, achtte de CGB het vermoeden van discriminatie door klaagsters aangetoond omdat naast het gegeven van de ingediende klacht het bij de werkgever gebruikelijk bleek te zijn om bij goed functioneren een contract voor bepaalde tijd te verlengen of om te zetten in een vast contract (2004-147, 2004-82). Bovendien was de ene verzoekster nooit in negatieve zin aangesproken op het functioneren en was het functioneren van de andere verzoekster als voldoende aangemerkt. Als de CGB de bewijslast eenmaal heeft verschoven naar de werkgever dan slaagt deze er in alle gevallen niet in het bewijs te leveren dat niet in strijd met de wet is gehandeld. Het verschuiven van de bewijslast is overigens zeker geen automatisme. In oordeel 2004-169 geeft de CGB aan dat de werkgever bij verzoekster de indruk kan hebben gewekt dat de beslissing geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan, samenhing met de zwangerschap. De werkgever voerde echter gegevens aan waaruit kon worden afgeleid dat een reorganisatie de objectieve reden was voor de beslissing om niet te verlengen. Verzoekster kon die gegevens niet weerspreken of had deze niet betwist. De CGB oordeelde daarom dat verzoekster onvoldoende feiten had aangevoerd voor het vermoeden van onderscheid. In oordeel 2004-176 zijn de aangevoerde feiten ook onvoldoende om het vermoeden van onderscheid aan te nemen.

3.3 Zwangere sollicitantes

Drie oordelen van de CGB betreffen de positie van de zwangere sollicitante met wie geen arbeidsrelatie is aangegaan. In oordeel 2004-53 geeft de werkgever toe dat de niet directe inzetbaarheid als gevolg van de zwangerschap (mede) reden is geweest om de vrouw in kwestie af te wijzen. De CGB stelt daarom vast dat bij de behandeling van de vervulling van een openstaande betrekking sekseonderscheid is gemaakt en dat dit handelen van de werkgever in strijd is met aan artikel 3, eerste lid, WGB. Ook in de twee andere oordelen is het onomstreden dat de zwangerschap van de vrouw één van de redenen is geweest om betrokkene niet aan te nemen. Deze

9 Oordelen 2004-26, 2004-43, 2004-63, 2004-124 en 2004-169.
10 Oordelen 2004-147 en 2004-82.
11 Oordeel 2004-176.

oordelen betreffen het handelen van een wervings- en selectiebureau dat de vrouw voordraagt bij de opdrachtgever en de weigering van de opdrachtgever/werkgever om de vrouw aan te nemen. De CGB is van oordeel dat het wervings- en selectiebureau in strijd met artikel 3, eerste lid, WGB heeft gehandeld door de opdrachtgever zelf, zonder toestemming van de vrouw, te informeren over de zwangerschap (2004-99). De werkgever handelt in strijd met de wet door de zwangerschap mede een rol te laten spelen bij de afwijzing (2004-100).

3.4 Toewijzing schadevergoeding door rechter

Een vonnis van Rechtbank Assen verdient hier de aandacht vanwege de toewijzing van schadevergoeding aan een vrouw die op discriminatoire gronden de baan van vrachtwagenchauffeur niet heeft gekregen.[12] De rechter gaat bij de begroting van de vergoeding uit van het loon over een periode tussen de zeven en twaalf maanden omdat het volgens de vacaturemelding ging om een tijdelijk dienstverband van een dergelijke duur. Het inkomen dat de vrouw in die periode heeft gegenereerd uit arbeid/arbeidsongeschiktheid, trekt de rechter van het begrote bedrag af. In het vonnis wordt verwezen naar het oordeel van de CGB over deze zaak uit 2002 en speelt de strafrechtelijke veroordeling van de werkgever op grond van het onderhavige discriminatoire handelen een duidelijke rol.

4 ARBEIDSVOORWAARDEN

4.1 Gelijke beloning[13]

4.1.1 Paarsgewijze vergelijkingen

De vaststelling of functies van gelijke of nagenoeg gelijke waarde zijn, is vaak nauw verweven met de feiten, zoals in oordeel 2004-39. In veel oordelen over beloning speelt het onderzoek van de functiewaarderingsdeskundige van de CGB een belangrijke rol en worden zijn conclusies overgenomen ten aanzien van de vraag of functies niet (2004-39) of wel van (nagenoeg) gelijke waarde zijn (2004-4, 2004-47, 2004-78, 2004-135, 2004-159 en 2004-177). Indien onderzoek van de functiewaarderingsdeskundige over de gelijkwaardigheid van de functies niet tot een eenduidige conclusie leidt en een functieomschrijving ontbreekt, acht de CGB soms de functiebenaming doorslaggevend, zoals in oordeel 2004-96. Volgens vaste jurisprudentie van de CGB komt onduidelijkheid over de functie-inhoud voor rekening van de werkgever, zo ook in dit oordeel en in oordeel 2004-97 (zie overweging 5.10). Ingeval de functies van verzoekster en de maatmannen anders zijn benoemd en beide partijen van mening verschillen over de feitelijke functievervulling, dan rust de bewijslast om een vermoeden te vestigen dat dezelfde taken zijn verricht op verzoekster (2004-97, overweging 5.12 t/m 5.16). In deze zaak bleven de meningsverschillen bestaan ook tijdens het onderzoek door de functiewaarderingsdeskundige.

Als eenmaal is vastgesteld dat functies (nagenoeg) gelijkwaardig zijn, onderzoekt de Commissie doorgaans of de beloningsmaatstaven gelijkwaardig zijn toegepast, zoals

---

12 Rb. Assen 1 december 2004, *LJN* AR8103; *JAR* 2005/62.

13 In 2002 constateert de Arbeidsinspectie een beloningsverschil van 7% tussen mannen en vrouwen dat niet kan worden verklaard op grond van bijvoorbeeld functieniveau of anciënniteit en dus kan wijzen op discriminatie: J. Hoeben & P.M. Venema, *De arbeidsmarktpositie van werknemers in 2002. Een onderzoek naar de verschillen in beloning en mobiliteit tussen groepen werknemers,* Den Haag: Arbeidsinspectie augustus 2004, p. X. Zie ook Ministerie van SZW, Persbericht 04/247.

is vereist op grond van artikel 9 WGB. Het laten doorgroeien van het salaris van maatmannen die vergelijkbare functies vervullen als verzoekster, waardoor het verschil in beloning niet alleen blijft bestaan, maar zelfs toeneemt, is in strijd met de wet (2004-97, overweging 5.10). Indien verschillen in aanvangsalaris, bijvoorbeeld door het ontbreken van relevante ervaring bij indiensttreding, lange tijd doorwerken door het toepassen van bepaalde beloningsmaatstaven, waarbij bijvoorbeeld ervaring opgedaan tijdens de uitoefening van de functie niet wordt meegeteld, is er vaak sprake van strijd met de wet (zie bijvoorbeeld oordeel 2004-177). In de situatie die in oordeel 2004-135 aan de orde is, vervullen de verzoekster en de maatman exact dezelfde functie, maar wordt de maatman hoger beloond omdat hij meer ervaring zou hebben. De CGB overweegt dat verzoekster reeds lang in dienst is en verschillende werkzaamheden heeft verricht, allemaal op verzoek van de werkgever. Dit vormt een aanwijzing dat verzoekster over de gevraagde capaciteiten en bekwaamheden beschikt, temeer daar geen verslagen van functioneringsgesprekken zijn overgelegd waaruit het tegendeel zou blijken. De CGB acht het daarom niet bewezen dat de verzoekster zodanig functioneerde dat een lagere beloning gerechtvaardigd was. De druk op de arbeidsmarkt kan een goede reden zijn om een toeslag toe te kennen. Maar de hoogte van deze toeslag dient bij gelijkwaardige functies voor mannen en vrouwen gelijk te zijn (2004-159).

4.1.2 *Twee functiewaarderingssystemen van toepassing op dezelfde functie*

Het hanteren van twee functiewaarderingssystemen binnen één organisatie (het ministerie van Defensie), die tot een verschillend resultaat leiden bij het waarderen van één en dezelfde functie, acht de CGB in strijd met het beginsel van gelijke beloning (2004-47). Het hanteren van twee systemen (*in casu* één voor militairen en één voor burgers) heeft niet tot gevolg dat de inschalings- en beloningsprocedure inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is, zoals vereist op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, in het bijzonder *Danfoss*.[14] De CGB had haar argumentatie nader kunnen onderbouwen met een verwijzing naar *Enderby*.[15] In dat arrest bepaalde het HvJ EG dat het voeren van twee verschillende collectieve onderhandelingsprocessen, door dezelfde partijen uitgevoerd, die op zich geen discriminerend effect hebben, maar leiden tot verschillen in beloning tussen twee gelijkwaardige functies, geen objectieve rechtvaardiging vormen voor het verschil in beloning.[16]

4.1.3 *Verschillen in beloning geleidelijk opheffen*

In oordeel 2004-5 over eigen handelen staat de vraag centraal welke behandeling een werkgever moet toepassen indien een mannelijke werknemer is ingedeeld in een salarisschaal boven zijn marktwaarde terwijl een vrouwelijke werknemer beneden de marktwaarde is ingeschaald. De man is tijdelijk hoofd van een dienst geweest en heeft het hogere salaris verbonden aan die leidinggevende functie behouden, zonder die functie nog te vervullen. De schending van het beginsel van gelijke beloning heeft de CGB vastgesteld in oordeel 2004-4 (waarin de vrouwelijke werknemer een oordeel heeft gevraagd), want beide werknemers doen hetzelfde werk en de functies zijn van gelijke waarde (zie ook de bijdrage van Rodrigues in deze bundel, paragraaf

14 HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Jur.* 1989, p. 3199.
15 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5566, zie r.o. 19-23.
16 De Commissie oordeelde ook over de vraag of het verschil in beloning tussen werknemers die worden beloond op grond van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) en werknemers met een ambtelijke aanstelling in hetzelfde bedrijf in strijd is met het verbod van onderscheid naar handicap en of chronische ziekte (2004-161 en 2004-166, zie de bijdrage van Kroes, paragraaf 5). In die oordelen koos de CGB een andere benadering.

2.2). De werkgever heeft naar aanleiding van dit oordeel het salaris van de vrouw opgetrokken naar het marktniveau en wil de man in dezelfde salarisschaal indelen conform het maximumsalaris. Om het verschil tussen zijn huidige salaris en het maximumsalaris van de nieuwe schaal te overbruggen, wil de werkgever de man een persoonlijke toelage verstrekken. Toekomstige salarisstijgingen verbonden aan de functie zullen gepaard gaan met een gelijktijdige afbouw van de persoonlijke toelage. Deze aanpak is in overeenstemming met de gelijkebehandelingswetgeving.

4.1.4 *Geen indirect onderscheid*

De vraag of het verstrekken van een salarisgarantie aan hogeschooldocenten een indirect onderscheid naar geslacht in strijd met de wet vormt, beantwoordt de CGB in oordeel 2004-78 negatief. Er is geen significante samenhang aangetoond tussen de verstrekte salarisgaranties en verschillen in beloning tussen mannelijke en vrouwelijke docenten. Terecht oordeelt de CGB dat de effecten van het verlenen van een salarisgarantie niet op grond van een individuele vergelijking van de beloning van verzoekster en de maatmannen getoetst moeten worden, maar dat hier het concept van indirecte discriminatie moet worden toegepast (zie ook de themabijdrage van Veldman in deze bundel). In de gevoegde oordelen 2004-84 en 2004-85, eveneens over beloningsverschillen in verband met salarisgaranties, kunnen de relevante gegevens niet meer worden achterhaald, zelfs niet na onderzoek door de functiewaarderingsdeskundige van de CGB. Ook ontbreken algemene relevante branchegegevens. Verzoeksters slagen er daarom niet in voldoende feiten aan te voeren die indirect onderscheid doen vermoeden. Het onderzoek besloeg de periode 1985-2000. In deze tijd van automatisering blijft het opvallend – en onbevredigend – dat dergelijke gegevens zelfs voor recentere periodes niet beschikbaar zijn.

4.2 *Gelijke behandeling*

4.2.1 *Kledingvoorschriften*

Als het aan de Commissie ligt, mogen ook mannelijke tramchauffeurs en -controleurs voortaan een bermuda dragen om de hitte tijdens de zomer beter te kunnen weerstaan (2004-154). De kwestie die hier aan de orde is mag onbenullig lijken, de CGB heeft er desalniettemin een mooi oordeel van gemaakt. De belangrijkste vraag die aan de orde was – valt bedrijfskleding onder het begrip arbeidsvoorwaarden – is door de CGB wederom positief beantwoord (zie ook oordeel 1999-56, over het dragen van korte broeken door postbodes). Het is vaste jurisprudentie van de Commissie het begrip arbeidsvoorwaarden ruim te interpreteren; daaronder vallen ook arbeidsomstandigheden en voorschriften op grond van het instructierecht van de werkgever. Sinds de inwerkingtreding van de EG-implementatiewet op 1 april 2004 bepaalt de AWGB in artikel 5, eerste lid, onderdeel h expliciet dat dit artikel ook van toepassing is op arbeidsomstandigheden. Onder arbeidsvoorwaarden vallen volgens de CGB alle tussen de werkgever en werknemer ten tijde van de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst gemaakte afspraken, alsmede de regelingen die tijdens de duur van de overeenkomst worden getroffen. De CGB hanteert dit brede begrip ook bij een toetsing aan artikel 7:646 BW of de WGB. In dit oordeel onderkent de Commissie dat deze definitie ruimer is dan in strikt arbeidsrechtelijke zin. Terecht baseert ze haar uitleg op jurisprudentie van het Hof van Justitie.[17] De

17 De werkgever had zich onder meer op nationale rechtspraak beroepen: Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2002, *JAR* 2001/124. In deze zaak over korte broeken voor postbodes werd de werkgever in het gelijk gesteld. De rechtbank maakte een onderscheid tussen arbeidsvoorwaarden in de zin van art. 7:646 BW en voorschriften zoals bedoeld in art. 7:660 BW.

Commissie motiveert uitvoerig dat de begrippen arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden communicerende vaten zijn en illustreert dit met het voorbeeld van kledingvoorschriften. Opvallend is verder dat de CGB bepaalde argumenten van de werkgever afwijst met een beroep op het VN-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (IVDV). De werkgever had betoogd dat het bedrijf van oudsher een mannenbedrijf is, een gegeven dat in de bedrijfskleding doorklinkt. Voor vrouwen is de bedrijfskleding aangepast, maar het dragen van een bermuda door mannen acht de werkgever bij de uitoefening van hun functie, anders dan bij vrouwen, maatschappelijk niet geaccepteerd. De CGB constateert dat de gelijkebehandelingswetgeving mede ter implementatie van het Vrouwenverdrag tot stand is gekomen en dat artikel 5(a) IVDV verplicht tot het uitbannen van vooroordelen, gewoonten en gebruiken die gebaseerd zijn op stereotiepe ideeën over mannen en vrouwen. Hoewel deze constatering terecht is, blijft het vreemd dat een verbod tot het dragen van een bermuda door mannen tijdens hun werk aan een internationaal verdrag wordt getoetst dat bestrijding van discriminatie van vrouwen tot doel heeft. Dit betekent overigens niet dat de bijdrage van de CGB aan de bestrijding van stereotiepe beeldvorming niet welkom zou zijn.

4.2.2 Klachten over discriminerende bejegening

In drie oordelen is de vraag aan de orde of het indienen van een klacht over een discriminerende bejegening op grond van geslacht op de werkvloer mogelijk heeft geleid tot het niet-verlengen van de arbeidsovereenkomst dan wel tot het indienen van een ontbindingsverzoek door de werkgever. In de twee zaken waarin de werkgever besloot de tijdelijke arbeidsovereenkomst niet te verlengen, hadden verzoeksters geklaagd over seksuele intimidatie (oordelen 2004-82 en 2004-147).[18] Deze oordelen zijn voor wat betreft de verdeling van de bewijslast al in paragraaf 3.2 besproken. In het oordeel waarin een ontbindingsverzoek van de werkgever aan de orde is, had verzoekster bij de werkgever geklaagd over de denigrerende bejegening van een collega in verband met het werkende moederschap van verzoekster (2004-86). In de drie oordelen verwijst de CGB naar de vaste jurisprudentie dat een discriminerende bejegening op de werkvloer onder het verbod van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden valt. Op een werkgever rust de verplichting om werknemers te vrijwaren van (seksuele) intimidatie op de werkvloer en een klacht hierover zorgvuldig te behandelen. Dit houdt in dat er deugdelijk onderzoek wordt gedaan, met hoor en wederhoor door een onpartijdige en bij voorkeur onafhankelijke en deskundige klachtenbehandelaar. De klacht moet bovendien voortvarend en vertrouwelijk worden behandeld en klager(s) en beklaagde(n) moeten op de hoogte worden gesteld van de conclusies en eventueel te treffen maatregelen.
In oordeel 2004-147 is het verzoek afkomstig van de enige vrouwelijke internationale vrachtwagenchauffeur van een bedrijf met 146 chauffeurs in dienst. De klacht heeft betrekking op seksuele intimidatie door een collega. De CGB behandelt successievelijk de volgende drie vragen:
– is er sprake geweest van seksuele intimidatie?
– heeft de werkgever een zorgvuldige klachtenbehandeling toegepast?
– is het aannemelijk dat de klacht omtrent seksuele intimidatie voor de werkgever reden is geweest om de tijdelijke arbeidsovereenkomst niet te verlengen?

Bij het beantwoorden van de eerste vraag benadrukt de CGB dat de verplichting van de werkgever om zorg te dragen voor een discriminatievrije omgeving onder meer inhoudt dat de werkgever erop moet toezien dat ook degenen over wie hij het gezag

18 Zie verder over seksuele intimidatie: T.M.J. Smits, 'Seksuele intimidatie? Of gewoon gezellig', *SR* 2005-1, p. 5-11. Zie ook Ktr. Sittard-Geleen 8 december 2004, *JAR* 2005/21; *Jurisprudentie in Nederland* 2005, 95.

uitoefent, zich onthouden van discriminatie (overweging 5.3). De CGB acht de discriminatoire bejegening door de collega bewezen, onder meer op grond van een verklaring van een getuige. De klachtbehandeling voldoet niet aan de vereiste zorgvuldigheid en het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst is volgens de CGB in strijd met de wet, nu het beleid is van de werkgever om bij goed functioneren arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd om te zetten in een nieuw contract voor bepaalde tijd of een vaste arbeidsovereenkomst. Uit niets bleek dat verzoekster niet goed had gefunctioneerd voordat ze de klacht indiende.
Oordeel 2004-82 betreft een verzoekster die geklaagd heeft over seksuele intimidatie door de directeur van de woningbouwvereniging bij wie zij in dienst is. De drie zojuist genoemde vragen komen ook in dit oordeel achtereenvolgens aan de orde. De CGB kan de eerste vraag niet beantwoorden omdat het een spoedprocedure betreft en de Commissie om die reden onvoldoende onderzoek heeft kunnen doen naar het gestelde intimiderende gedrag. De CGB geeft aan dat verzoekster over die kwestie opnieuw om een oordeel kan vragen (overweging 6.3). Over de twee andere vragen kan wel een inhoudelijk oordeel worden uitgesproken. De Commissie stelt vast dat de werkgever weliswaar een protocol inzake seksuele intimidatie, pesten en discriminatie had opgesteld en uitgereikt aan de werknemers, maar dat de in het protocol vermelde klachtencommissie (nog) niet was ingesteld. Uit het protocol blijkt dat in geval van klachten over de directie de klachtencommissie advies moet uitbrengen aan het bestuur. Wegens het ontbreken van een klachtencommissie richt werkneemster haar klacht tot de raad van bestuur, die haar weer terugverwijst naar de directeur. De CGB oordeelt dat er geen sprake is geweest van een zorgvuldige klachtenbehandeling. De raad van bestuur is tekortgeschoten door de klacht niet zelf in behandeling te nemen maar verzoekster naar de 'veroorzaker' te verwijzen. De directeur heeft de klacht over seksuele intimidatie en over het beoordelingstraject in verband met het besluit om de arbeidsovereenkomst al dan niet te verlengen niet voldoende van elkaar onderscheiden. Het eindoordeel van de CGB luidt dat de werkgever jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden en bij de beslissing de arbeidsovereenkomst niet te verlengen.
In een overweging ten overvloede van dit laatste oordeel adviseert de CGB de werkgever om werkneemster opnieuw een tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het lijkt erop dat de CGB met dit advies artikel 7:668a BW over het hoofd heeft gezien. Op grond van deze bepaling heeft het aanbieden van een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot gevolg dat dit van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. Werkneemster was eerst op basis van een detacheringovereenkomst bij de werkgever werkzaam en vervolgens aansluitend op basis van twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Op grond van het tweede lid van artikel 7:668a BW telt de detacheringovereenkomst bij de telling van het aantal overeenkomsten mee als de verschillende werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Uit het oordeel valt af te leiden dat daarvan sprake was. Uit overweging 6.17 blijkt dat de werkgever aanvankelijk van plan was om werkneemster opnieuw een tijdelijk contract aan te bieden. De CGB sluit daarbij aan. Uit de bespreking van de feiten blijkt niet dat een CAO van toepassing was waarin van de wettelijke regeling is afgeweken overeenkomstig artikel 7:668a, vierde lid, BW. Voorzover daarvan wel sprake is geweest, had de CGB dit uitdrukkelijk moeten opnemen bij de weergave van de feiten of in de overweging ten overvloede.
In oordeel 2004-86 is verzoekster van mening dat de werkgever onderscheid op grond van geslacht en arbeidsduur heeft gemaakt vanwege de discriminerende en denigrerende opmerkingen van een collega én de niet-adequate reactie hierop van de leidinggevende. De opmerkingen betroffen het werken in deeltijd, de op schooltijden afgestemde werktijden van verzoekster en het werkende moederschap. Een verschil

met de zojuist besproken oordelen is dat de CGB de bovengenoemde drie vragen niet afzonderlijk langsloopt. De Commissie beantwoordt de eerste twee vragen tezamen en concludeert na een uitgebreid onderzoek dat de werkgever direct onderscheid op grond geslacht heeft gemaakt door verzoekster onvoldoende te beschermen tegen de discriminatoire bejegening van de collega. De CGB beperkt zich tot het geven van een oordeel over de bejegening en de klachtbehandeling en spreekt zich niet uit over het gegeven dat de werkgever inmiddels een ontbindingsprocedure is gestart. Uit het oordeel valt af te leiden dat de klacht alleen de bejegening betrof. Dat is een verschil met de twee andere oordelen. De CGB had zich echter ambtshalve kunnen uitspreken over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst door middel van het ontbindingsverzoek (zie ook paragraaf 6.2).

5 PENSIOENEN[19]

5.1 Indirect onderscheid?

In de gevoegde oordelen 2004-1 en 2004-2 is de vraag aan de orde of voor deelneming aan een pensioenregeling een uitzendorganisatie onder meer de voorwaarde mag stellen dat een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Verzoekster was werkzaam als oproepkracht met een *stand-by* overeenkomst. Volgens de CGB is het recht op aansluiting bij een pensioen in het geding, nu vaststaat dat verzoekster zich niet bij de pensioenregeling kon aansluiten op grond van de aard van het dienstverband. Er kan dus een beroep worden gedaan op artikel 141 EG met terugwerkende kracht tot 8 april 1976 vanaf de datum waarop een pensioenregeling gold.[20] Volgens de Commissie dient de *stand-by* overeenkomst op grond van artikel 1b WGB (gelijkgestelden) te worden gekwalificeerd als een arbeidsverhouding. Dit artikel is ook van toepassing indien oproepkrachten niet verplicht zijn om aan een oproep gehoor te geven. Deze benadering is in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever met dit artikel. Een werkgever kan zich immers niet aan de strekking van de gelijke-behandelingsnorm onttrekken door te stellen dat een arbeidsverhouding geen dienstbetrekking vormt.[21] De vraag of er sprake is van indirect onderscheid naar geslacht beantwoordt de CGB na toepassing van de Correlatietoets en de Chikwadraattoets negatief (zie ook de themabijdrage van Waaldijk in deze bundel).
Toepassing van de Correlatie- en de Chikwadraattoets op de situatie die het onderwerp vormt van de gevoegde oordelen 2004-27 en 2004-28 wijst wel op indirect onderscheid naar geslacht. De CGB acht het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Opvallend is dat het doel van de uitsluiting – het beperken van het financiële risico – door de Commissie als voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend wordt bestempeld (zie hierover verder de themabijdrage van Tobler in deze bundel). Hoewel het middel in beginsel geschikt wordt geacht om het doel te bereiken, is het volgens de Commissie niet consequent toegepast. Een mannelijke collega, werkzaam op dezelfde afdeling waarvoor de uitsluiting gold, werd namelijk wel in staat gesteld pensioen op te bouwen. Dit leidt tot het oordeel dat het middel niet geschikt is om het doel te bereiken en de uitsluiting dus in strijd met de wet is.

---

19 Zie voor een recent overzicht over onder meer gelijke behandeling op grond van geslacht bij pensioen: E. Lutjens, 'Gelijke behandeling bij pensioen. Overzicht van de stand van zaken', *Tijdschrift voor Pensioen* 2004, p. 158-172.

20 Sinds die datum heeft art. 141 EG (voorheen art. 119 EG-Verdrag) rechtstreekse en horizontale werking: HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/73, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne II*). Zie het arrest HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541 (*Vroege*).

21 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 518, nr. 1, p. 14. Zie ook over het meetellen van diensttijd van een freelancer voor pensioenopbouw bij het ABP: CRvB 20 november 2003, *LJN* AO1846.

5.2 *Verminderde pensioenopbouw door hanteren van een kostwinnersfranchise*

Soms krijgt de CGB verzoeken die betrekking hebben op buitengewoon ingewikkelde vraagstukken, zo ook in de oordelen 2004-30 t/m 2004-35.[22] In deze oordelen is de vraag aan de orde of indirect onderscheid naar geslacht wordt gemaakt door bij de pensioenopbouw het pensioengevend inkomen te verminderen met een kostwinnersfranchise die gerelateerd is aan de AOW. Met drie verschillende voorbeelden worden de gevolgen van de toepassing van de kostwinnersfranchise voor de hoogte van een pensioen, inclusief AOW-uitkering, voor respectievelijk een kostwinner, een alleenstaande en tweeverdieners geïllustreerd. Uit deze voorbeelden blijkt dat de kostwinner met toepassing van de kostwinnersfranchise in staat is een pensioen op te bouwen dat samen met de AOW-uitkering 70% van het inkomen bedraagt. Dit is gelijk aan het normniveau dat geldt voor een goed pensioen. Het pensioen van een alleenstaande komt neer op 56% van het inkomen en tweeverdieners kunnen slechts een gezamenlijk pensioen opbouwen dat 44% van het gezamenlijke inkomen bedraagt. De verschillen in uitkering hangen samen met het feit dat de AOW wel differentieert naar leefsituatie (kostwinner, alleenstaand of tweeverdiener), terwijl de kostwinnersfranchise voor alle deelnemers gelijkelijk wordt toegepast. Op grond van fiscale wetgeving dient rekening te worden gehouden met de AOW bij de opbouw van pensioen. Door het hanteren van een franchise wordt rekening gehouden met de AOW, het aanvullend ouderdomspensioen is immers bedoeld als aanvulling op het wettelijk ouderdomspensioen. De hoogte van de franchise wordt bepaald door de sociale partners.

De Commissie stelt eerst vast dat een dergelijke aanvullend pensioen een beloning vormt in de zin van artikel 141 EG (voorheen art. 119 EG-Verdrag).[23] Op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie kan onderscheid naar geslacht met betrekking tot de opbouw van pensioenen slechts voor periodes gelegen na 17 mei 1990 worden getoetst (*Barber*). Vervolgens constateert de Commissie dat de kostwinnersfranchise gelijk is aan de uitkering die een kostwinner en partner op grond van de AOW ontvangen, namelijk tweemaal een AOW-uitkering van 50% (van het wettelijke minimumloon). In optimale omstandigheden kunnen kostwinners het normniveau van 70% van het inkomen bereiken. Tweeverdieners kunnen nooit dat niveau bereiken, omdat bij beide partners rekening wordt gehouden met een kostwinnersfranchise die is gebaseerd op 100% van een AOW-uitkering, terwijl ze slechts ieder een AOW-uitkering van 50% ontvangen. Daardoor ontstaat het zogenaamde 'tweeverdienersgat'. Op grond hiervan concludeert de CGB dat toepassing van de kostwinnersfranchise leidt tot onderscheid tussen kostwinners- en tweeverdienersrelaties. Het verweer dat de nadelige effecten van de kostwinnersfranchise worden gecompenseerd door andere maatregelen verwerpt de Commissie door erop te wijzen dat het beginsel van gelijke beloning moet worden toegepast op alle elementen van de beloning (*Barber*).

De vraag of dit onderscheid in het bijzonder meer vrouwen treft beantwoordt de Commissie positief (zie voor een kritische bespreking de themabijdrage van Waaldijk in deze bundel). Onderzoek met betrekking tot cijfers van het pensioenfonds over het jaar 2001 wijst uit dat werkende vrouwen significant vaker dan werkende mannen deel uit maken van tweeverdienersrelaties. Cijfers van CBS tonen een vergelijkbare uitkomst. Verder overweegt de Commissie dat de trend vanaf 1990 tot 2000 naar een afname van het aantal alleenverdienende kostwinnersrelaties en een gelijktijdige toename van het aantal tweeverdienersrelaties de conclusie rechtvaar-

22 De oordelen 2004-30 en 2004-31 zijn gevoegd, evenals de oordelen 2004-32 en 2004-33, en de oordelen 2004-34 en 2004-35. Hierna worden met name de oordelen 2004-30 en 2004-31 besproken, de andere oordelen sluiten hierbij nauw aan. Oordeel 2004-34 is voorzien van een annotatie van De Lange.

23 Zie onder meer HvJ EG 28 september 1994, zaak C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471 (*Beune*).

digt dat er een significante samenhang is tussen het toepassen van de kostwinnersfranchise en benadeling van vrouwen over een langere periode, waarover geen cijfers van de verweerder beschikbaar zijn. Bovendien overweegt de CGB dat vrouwen doorgaans minder verdienen dan mannen, waardoor binnen de groep tweeverdieners vrouwen het meest worden benadeeld.
De vraag of er een objectieve rechtvaardiging is voor het gemaakte onderscheid beantwoordt de Commissie negatief. Het hanteren van de franchise heeft tot doel om bij de opbouw van het pensioen aan te sluiten bij de AOW en dat acht de Commissie voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend. Maar het middel is niet geschikt om dat doel te bereiken, omdat de AOW gedifferentieerd is naar leefvorm en de gehanteerde franchise uniform is. De kostwinnersfranchise is alleen geschikt voor de leefsituatie van de alleenverdienende kostwinner, maar niet voor tweeverdieners en evenmin voor alleenstaanden. Hier voegt de CGB nog aan toe dat het middel ook niet noodzakelijk is, nu het doel ook met andere middelen zou kunnen worden bereikt, zoals een verlaging van de franchise of het afschaffen van de franchise door herschikking van elementen van de pensioenregeling. Ten slotte beveelt de CGB onder meer aan om een pensioenvoorziening te treffen die aansluit bij het laatstgenoten of het gemiddelde salaris.
De vraag of de kostwinnersfranchise in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving wordt thans ook voorgelegd aan de civiele rechter. Mocht de rechter tot dezelfde conclusie komen als de CGB, dan zou dit verregaande gevolgen hebben voor aanvullende pensioenen die een kostwinnersfranchise hanteren. Een alternatief voor het hanteren van de kostwinnersfranchise die zowel in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving als ook betaalbaar en uitvoerbaar is, ligt niet voor de hand.[24] De problemen die in deze oordelen aan de orde komen hangen immers nauw samen met de inrichting van het wettelijk ouderdomspensioen, een materie die buiten de bevoegdheid valt van de CGB. Gelet op de toenemende arbeidsparticipatie van vrouwen dringt de vraag zich op of het niet tijd wordt voor een meer fundamentele herziening van het huidige pensioenstelsel in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het is daarom niet verwonderlijk dat de CGB in haar aanbeveling zowel de wetgever als de sociale partners oproept te bezien op welke wijze de pensioen- en AOW-systematiek zodanig op elkaar kunnen worden afgestemd dat geen sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht en op welke wijze daartoe kan worden gekomen.[25]

6 BEËINDIGING VAN DE ARBEIDSVERHOUDING

6.1 Beëindiging in geval van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie

In vier van de acht oordelen over het beëindigen van een arbeidsrelatie, is een driehoeksrelatie van inlener, uitlener en werkneemster aan de orde. In twee van die oordelen is de klacht dat onderscheid op grond van ras en sekse is gemaakt. Deze klacht is afkomstig van een Surinaamse vrouw die sinds 1987 door haar werkgever is gedetacheerd bij een vereniging die het wonen in groepsverband faciliteert. De werkgever is een stichting die het werkgeverschap verzorgt voor de bij haar aangesloten instellingen. Er is een conflictueuze relatie ontstaan tussen de vrouw en de vereniging nadat een nieuwe voorzitter is aangetreden. De vrouw is van mening dat

24 Uit de gevoegde oordelen 2004-32 en 2004-33 blijkt dat een franchise die losgekoppeld is van de AOW, maar hoger dan de kostwinnersfranchise, volgens de CGB eveneens in strijd is met de wet. Hetzelfde geldt voor de uniforme franchise die voorwerp is van de gevoegde oordelen 2004-34 en 2004-35 (zie de annotatie van De Lange).

25 Inmiddels zijn ook Kamervragen gesteld naar aanleiding van deze oordelen: *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, 1474, p. 3117.

de problemen te maken hebben met het gegeven dat zij een gekleurde, allochtone vrouw is. De nieuwe voorzitter heeft haar diverse keren aangeduid als 'de zonnekoningin'. De vrouw heeft haar werkgever enkele keren per brief op de hoogte gesteld van de conflicten. De werkgever heeft tweemaal met haar gesproken en haar geadviseerd over de aanpak van de situatie. Enkele weken nadat de werkgever ook met de vereniging heeft gesproken bij wie de vrouw feitelijk werkzaam is, vindt een gesprek plaats tussen de drie betrokken partijen. Op grond van informatie van de werkgever veronderstelt werkneemster dat dit een functioneringsgesprek zal zijn. Het is echter een exit-gesprek waarbij zij op non-actief wordt gesteld, de detacheringovereenkomst door de vereniging (de inlenende werkgever) wordt beëindigd en de stichting (de uitlenende werkgever) aankondigt een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te zullen dienen.
Het eindoordeel van de CGB is dat de inlener (de vereniging) in strijd met de wet heeft gehandeld door de wijze van bejegening van de vrouw en bij het beëindigen van de detacheringovereenkomst (2004-113). De CGB baseert dit oordeel op de verklaringen van de vrouw, het verslag van een bestuursvergadering en het ter zitting horen van drie getuigen. Bovendien blijkt de inlener niet in staat te zijn het vermoeden van discriminatie te weerleggen.
In oordeel 2004-114 komt de uitlenende werkgever er beduidend gemakkelijker vanaf. De werkgever verklaart alleen op de hoogte te zijn geweest van de verslechterende relatie tussen werkneemster en inlener en zich geen klacht over discriminatie te kunnen herinneren. De CGB oordeelt dat werkneemster onvoldoende feiten heeft aangedragen om het vermoeden van discriminatie te vestigen. De werkgever zou daarom geen onderscheid op grond van ras en/of geslacht hebben gemaakt bij de bejegening en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het oordeel wekt de indruk dat de Commissie een minimaal onderzoek heeft ingesteld. De CGB geeft wel aan dat de uitlener de verplichting heeft om klachten over ongelijke behandeling zorgvuldig te behandelen. De Commissie gaat er van uit dat deze zorgplicht pas is ontstaan vanaf het moment dat de advocaat van werkneemster schriftelijk om een motivering van het ontbindingsverzoek heeft verzocht en in die brief tevens aanvoert dat een discriminerende bejegening aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten grondslag ligt. Ons inziens geeft de CGB blijk van een te beperkte inhoud van de werkgeversverplichtingen van de uitlener. Het gegeven dat een groot deel van het werkgeverschap is gedelegeerd aan de inlener, betekent niet dat de uitlener pas een zorgplicht jegens werkneemster heeft vanaf het moment dat zij heel expliciet een klacht over de bejegening van de inlener indient. De uitlener heeft een actieve zorgplicht jegens werkneemster vanaf het moment dat het duidelijk is dat er problemen in de arbeidssituatie zijn ontstaan. Delegatie van het werkgeversgezag kan niet tot gevolg hebben dat de werkgever met wie werkneemster een contractuele relatie heeft zich aan de eisen van goed werkgeverschap kan onttrekken. In deze zaak heeft werkneemster de werkgever op de hoogte gesteld van de conflictueuze situatie en zijn hierover enkele gesprekken geweest. Ook heeft werkneemster de werkgever afschriften van haar brieven aan de inlener doen toekomen. De werkgever had voldoende redenen om de achtergronden van het conflict nader te onderzoeken. De CGB had in deze zaak moeten nagaan of de werkgever tekort is geschoten in een dergelijke actieve zorgplicht en zou dan waarschijnlijk tot een andere conclusie zijn gekomen omtrent het handelen van de formele werkgever. Voor werkneemster zou dat een adequatere rechtsbescherming hebben betekend omdat de vrouw de ontslagbescherming alleen jegens de eigen werkgever kan inroepen en niet jegens de inlener.

In de oordelen 2004-164 en 2004-165 is de klacht dat zowel de inlener als de uitlener onderscheid hebben gemaakt op grond van godsdienst en geslacht. De inlener is een schoonmaakbedrijf dat het personeel schoonmaakwerk laat verrichten in een

psychiatrisch ziekenhuis. Klaagster wordt door een uitzendbureau aan het schoonmaakbedrijf uitgeleend. De uitzendovereenkomst wordt beëindigd omdat klaagster een hoofddoek draagt en weigert te voldoen aan het verzoek van het schoonmaakbedrijf de hoofddoek af te doen tijdens het werk. In deze oordelen speelt de beoordeling van de vraag of hier sprake is van onderscheid op grond van godsdienst de grootste rol (zie de bijdrage van Vermeulen en Zoethout in deze bundel, paragraaf 5). Op verzoek van klaagster doet de CGB ook een uitspraak over de vraag of hier sprake is van onderscheid op grond van geslacht. De Commissie oordeelt dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht vanwege het feit van algemene bekendheid dat in Nederland de overgrote meerderheid van de mensen die om reden van geloof hun hoofd bedekken in hoofdzaak uit vrouwen bestaat en zij worden getroffen door de kledingeis om geen hoofddeksel te dragen. In oordeel 2004-165 zet de CGB duidelijk uiteen waarom het schoonmaakbedrijf in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld. Oordeel 2004-164 betreft het uitzendbureau. De CGB oordeelt terecht dat het bureau in strijd met de wet heeft gehandeld door zonder nader onderzoek de reden van de inlener om de kledingeis te stellen, te accepteren en tevens door de klacht van verzoekster niet als een discriminatieklacht te kwalificeren en verzoekster dientengevolge niet op de bestaande klachtenprocedure is gewezen. De CGB legt ook in deze zaak het zwaartepunt van de werkgeversverantwoordelijkheid bij de inlener. De CGB zegt namelijk niet dat het beëindigen van de uitzendovereenkomst door het uitzendbureau in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving, terwijl het discriminatoire heenzenden van de vrouw door het schoonmaakbedrijf reden voor beëindiging is. De Commissie lijkt hiermee zonder nadere motivering te accepteren dat de regel van artikel 7:691, tweede lid, BW ook zonder meer van toepassing is bij een discriminatoire einde van de terbeschikkingstelling. De regel van artikel 7:691, tweede lid, BW houdt in dat de uitzendovereenkomst van rechtswege eindigt als de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht aan – in dit geval- het schoonmaakbedrijf eindigt op verzoek van dit schoonmaakbedrijf mits het uitzendbeding schriftelijk is overeengekomen. Ons inziens had de CGB moeten oordelen dat in geval van een discriminatoir einde van de terbeschikkingstelling de uitzendovereenkomst niet van rechtswege eindigt. In dat geval zou de uitzendkracht haar loonaanspraak jegens het uitzendbureau behouden.

6.2 Ontbinding arbeidsovereenkomst

In drie oordelen is aan de orde een ontbindingsverzoek aan de kantonrechter. Oordeel 2004-86 is al in paragraaf 4.2.2 aan de orde geweest omdat het een klacht over een discriminerende bejeging betreft. Zoals gezegd heeft de CGB zich in dat oordeel niet uitgesproken over de vraag of de werkgever met het indienen van een ontbindingsverzoek onderscheid op grond van geslacht maakt. De CGB had zich hierover ambtshalve kunnen uitspreken. In oordeel 2004-25 is daar bijvoorbeeld wel uitdrukkelijk voor gekozen. Het eindoordeel in die zaak was overigens dat de werkgever noch bij de bejegening, noch bij de beëindiging van het dienstverband onderscheid op grond van geslacht had gemaakt.
Oordeel 2004-42 betreft de reeds in paragraaf 2 besproken zaak van de man die stelt dat een ontbindingsverzoek is ingediend omdat hij als maatman van zijn vrouwelijke collega heeft gefungeerd in een gelijkloonprocedure. Het ontbindingsverzoek wordt anderhalf jaar later ingediend. Pas nadat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden beroept de man zich op victimisatie. Betrokkene heeft geen sterk verhaal en de Commissie concludeert terecht dat er geen onderscheid op grond van geslacht is gemaakt.

6.3 *Proeftijdontslag*

Oordeel 2004-98 betreft het proeftijdontslag van een zwangere werkneemster. Het is een standaardoordeel waarin de werkgever niet kan bewijzen dat de zwangerschap geen rol heeft gespeeld bij het proeftijdontslag. De CGB zet helder uiteen wanneer een zwangere vrouw wel en niet kan worden ontslagen tijdens de proeftijd (overweging 5.9 t/m 5.12). De CGB stelt vast dat artikel 7:646 BW onverkort geldt tijdens de proeftijd en dat een proeftijdontslag van een zwangere werkneemster alleen mogelijk is als de werkgever op grond van objectieve en zakelijke criteria concludeert dat betrokkene niet geschikt is voor haar functie.

7 AANBIEDEN VAN GOEDEREN EN DIENSTEN EN SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN

7.1 *Algemeen*

In 2004 heeft de CGB relatief veel oordelen gewezen waarin de toetsing van onderscheid op grond van geslacht aan artikel 7 AWGB aan de orde was. In 2003 ging het slechts om vier zaken. Nu gaat het om veertien oordelen die een diversiteit aan onderwerpen betreffen. Drie keer was sprake van een samenloop van geslacht met de grond seksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Oordeel 2004-116 betreft het verbod van een danscentrum om als ongemengd paar deel te nemen aan een regulier dansevenement. In oordeel 2004-61 klaagt een alleenstaande moeder over een reisorganisatie die wel een kinderkorting biedt aan twee volbetalende personen die met een kind reizen en niet aan één volbetalende persoon (zie de bijdrage 'Homo- of heteroseksuele gerichtheid en burgerlijke staat' van Waalwijk in deze bundel). Het derde oordeel waarin sprake is van een samenloop van gronden, is oordeel 2004-60 waarin een vader de CGB de vraag voorlegt of het bevoegd gezag van een basisschool in strijd met de wet handelt door hem niet te informeren over de ontwikkelingen betreffende zijn dochter en hem niet op gelijke wijze als dit met de moeder gebeurt, bij de schoolsituatie van zijn dochter te betrekken. De school in kwestie heeft in de schoolgids een regeling voor de informatievoorziening na echtscheiding waarin de verzorgende ouder het vertrekpunt is. De CGB oordeelt dat er indirect onderscheid naar geslacht en burgerlijke staat is gemaakt. Bij de objectieve rechtvaardigingstoets laat de Commissie een aantal feiten buiten beschouwing. Zo had de vader de school niet alleen om informatie over zijn dochter gevraagd maar ook over gedragingen van de moeder en over de contacten van de school met de Raad voor de kinderbescherming. De verbale terreur van de vader was voor de school ook reden geweest om het niet verantwoord te vinden om de dochter met hem en zijn bezoeken aan school te confronteren. De school had dus meerdere redenen om zich afwijzend op te stellen. De Commissie had deze omstandigheden in beginsel in de oordeelsvorming kunnen betrekken en de weigering van de school wellicht als objectief gerechtvaardigd kunnen aanmerken. Aangenomen mag worden dat de CGB dat niet heeft gedaan omdat inmiddels tussen de school en de verzoeker een minnelijke schikking was overeengekomen bij de Rechtbank Alkmaar. Het eindoordeel van de CGB luidt dat als de school de gemaakte afspraken met de vader nakomt en tevens de redactie van de schoolgids aanpast, er niet langer sprake is van verboden onderscheid.

7.2 *Verzekeringskwesties*

Zeven oordelen hebben betrekking op verzekeringskwesties. In paragraaf 2 zijn twee oordelen aan de orde geweest waarin de CGB zich onbevoegd heeft verklaard voor-

zover de klacht eenzijdig overheidshandelen betrof (2004-72 en 2004-73). De klacht was afkomstig van een transseksueel aan wie het recht was ontzegd op vergoeding van de kosten van een pruik en op vergoeding van een eigen bijdrage hiervoor en tevens op vergoeding van de kosten voor epilatie. Voor wat betreft de kosten voor epilatie toetst de CGB de aanvullende verzekering wel aan artikel 7 AWGB en is het oordeel dat de verzekeraar verboden direct onderscheid op grond van geslacht maakt door te bepalen dat alleen als vrouw geboren verzekerden recht op vergoeding hebben.
De Commissie oordeelt ook in de vijf andere zaken dat de verzekeraar in strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB handelt. In de oordelen 2004-44 en 2004-45 is de vraag aan de orde of een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar in strijd met de wet handelt door een wachttijd van twee jaar voor een zwangerschapsuitkering te hanteren en door andere specifieke voorwaarden in verband met zwangerschap te stellen. De Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht heeft ook over deze vragen geoordeeld en is eveneens van mening dat er sprake is van verboden direct sekseonderscheid (zie over deze zaken de annotatie van Cremers-Hartman bij oordeel 2004-44).[26] In oordeel 2004-37 speelt de vraag of een verzekeraar in strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB handelt door op grond van statistieken slechts compensatie te bieden voor arbeidsinkomensverlies tot de 55ste verjaardag van verzoekster die bij een auto-ongeval een whiplash-trauma heeft opgelopen en volledig is afgekeurd voor haar werk. In deze zaak wijst de CGB allereerst het verweer van de verzekeraar van de hand dat artikel 7 AWGB niet van toepassing zou zijn. Verzekeraar was deze opvatting toegedaan omdat de verplichting tot het vergoeden van de schade voortvloeit uit de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM). Verzekeraar heeft een contractuele relatie met de eigenaar van de auto die de schade heeft veroorzaakt en niet met verzoekster en is op grond van de WAM verplicht de schade te vergoeden. De CGB geeft aan dat artikel 7 AWGB geen beperkingen bevat met betrekking tot de aard van de aan te bieden goederen en diensten, dan wel ter zake van de te sluiten overeenkomsten. Bij de uitvoering van de overeenkomst – in dit geval het uitkeren van een schadevergoeding – mag geen onderscheid worden gemaakt in strijd met de AWGB. Omdat bij de schadeberekening statistieken een rol hebben gespeeld waaruit de afname van de arbeidsparticipatie van vrouwen na hun 55ste levensjaar blijkt, neemt de Commissie het vermoeden aan dat het geslacht van verzoekster een rol heeft gespeeld. De WAM-verzekeraar slaagt er niet in het bewijs te leveren dat die gegevens geen rol hebben gespeeld en handelt daarom in strijd met artikel 7 AWGB bij de berekening van de inkomensschade.
Oordeel 2004-40 betreft het verzoek van een man die van zijn zorgverzekeraar de ingediende nota eigen bijdrage kraamzorg niet vergoed krijgt. De man en zijn kinderen hebben een particuliere ziektekostenverzekering. De echtgenote is verplicht verzekerd op grond van de Ziekenfondswet en heeft een andere verzekeraar. De verzekeraar van de man wil niet betalen omdat de nota betrekking zou hebben op kosten van de vrouw. De CGB is van oordeel dat hiermee direct sekseonderscheid wordt gemaakt. De Commissie onderzoekt in hoeverre de drie wettelijke uitzonderingen (geslachtsbepaaldheid, bescherming van de vrouw, voorkeursbehandeling) aan de orde zijn en concludeert dat dit niet het geval is. In de overwegingen is het essentieel dat kraamzorg niet alleen zorg is voor moeder en kind maar mede de zorg van het huishouden omvat en nu de man deel uitmaakt van het huishouden betreft de kraamzorg mede de zorg voor de man. In dit oordeel speelt ook nog de vraag naar de ontvankelijkheid van het verzoek, omdat de verzekeraar alsnog had besloten om het gedeclareerde bedrag te vergoeden. Omdat een herhaling van de gewraakte

26 Vzngr. Rb. Utrecht 27 mei 2004, *LJN* AP0146.

weigering tot uitkering voor de toekomst niet is uitgesloten, heeft de man belang bij een oordeel van de Commissie en is het verzoek ontvankelijk (overweging 5.2). Oordeel 2004-68 betreft weer een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. De verzekeringsmaatschappij stelt de beperkende voorwaarde dat geen uitkering wordt verstrekt bij arbeidsongeschiktheid ten gevolge van fertiliteitsproblematiek, de behandeling hiervan en de daaruit voortkomende zwangerschap en complicaties en/of gevolgen hiervan. De verzekeraar voert onder andere aan dat de CGB niet bevoegd zou zijn omdat er geen sprake is van onderscheid op grond van zwangerschap maar van onderscheid tussen verschillende vormen van zwangerschap. Dit zou geen onderscheid opleveren tussen mannen en vrouwen maar tussen vrouwen onderling. Ook zou het zijn toegestaan om risicoselectie toe te passen bij het aangaan van de verzekering. De CGB stelt vast dat de AWGB onderscheid op grond van zwangerschap aanmerkt als direct onderscheid naar geslacht, dat verzoekster van meet af aan klaagt over benadeling wegens een bepaalde ontstaansgeschiedenis van haar zwangerschap (te weten met behulp van IVF-behandeling) en dat het daarmee duidelijk is dat het in deze kwestie gaat om de vraag of sprake is van benadeling op grond van geslacht. Omtrent de risicoselectie zet de Commissie uiteen dat het niet gaat om een oordeel over risicoselectie in het algemeen, maar om de vraag of de uitsluitingsclausule in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is. Een clausule die een beperkt en afgebakend aantal zwangere vrouwen treft, benadeelt een specifieke groep zwangeren en dit is een specifieke benadeling die uitsluitend vrouwen kan treffen. De CGB onderstreept dat ook als er sprake is van onderscheid tussen vrouwelijke collega's – zwangere en niet-zwangere – dit onderscheid op grond van zwangerschap kan zijn en dat er in dat geval sprake is van onderscheid op grond van geslacht (overweging 5.5).

7.3 *Geslachtsbepaaldheid en zaken van ondergeschikt belang*

De gelijkebehandelingswetgeving wordt niet alleen ingezet om structurele knelpunten aan te pakken, maar ook voor zaken van ondergeschikt belang.[27] In 2004 is bij de CGB tot twee keer toe met succes geklaagd over de kwestie dat mannen die tijdens de Nijmeegse vierdaagse 40 kilometer afleggen slechts een diploma krijgen en geen medaille terwijl vrouwen bij die afstand wel een medaille in ontvangst kunnen nemen (2004-6, 2004-175). In een ander oordeel beklaagt een man zich over het gegeven dat de sauna waarvoor hij een jaarkaart heeft, één dag per week alleen is opengesteld voor vrouwen (2004-75).
Deze oordelen kunnen de vraag doen oproepen of de CGB klachten van ondergeschikt belang niet-ontvankelijk zou moeten en kunnen verklaren. Een mogelijkheid hiertoe is op grond van de huidige wetgeving slechts in beperkte mate aanwezig. Als de CGB vast kan stellen dat niet ten nadele van verzoeker onderscheid is gemaakt, leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van de klacht. In oordeel 2004-6 staat de CGB uitdrukkelijk stil bij deze vraag en luidt de conclusie dat het lopen van een extra tien kilometer voor betrokkene nadeel betekent. In bovengenoemde drie oordelen onderzoekt de CGB in hoeverre het gemaakte directe sekseonderscheid gerechtvaardigd wordt met een beroep op geslachtsbepaaldheid. Dat maakt de oordelen op zich interessant. In de oordelen over de Nijmeegse wandelvierdaagse verwijst de Commissie naar de uitwerking van deze uitzondering van artikel 2 AWGB in artikel 1, aanhef en onderdeel g, van het Besluit gelijke behandeling. De deelname aan activiteiten op het terrein van sport en spel is daar aangemerkt als een geval waarin het geslacht bepalend is voorzover er een relevant verschil bestaat tussen de gemid-

27 Zie ook J.E. Goldschmidt, *Mag het iets minder zijn? Hebben we een teveel aan mensenrechten?* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2004, p. 5.

delde prestaties van mannen en vrouwen. De Commissie oordeelt dat hieraan niet wordt voldaan omdat de organisator van de Vierdaagse te kennen heeft gegeven dat biologische verschillen meebrengen dat de prestaties van mannen en vrouwen gemiddeld wel gelijkwaardig zijn te noemen als vrouwen over de te lopen wedstrijd langer de tijd krijgen. De extra tijd die vrouwen gemiddeld nodig hebben, zouden ze kunnen krijgen door alle deelnemers op hetzelfde tijdstip te laten vertrekken. Dat laatste is echter niet mogelijk vanwege eisen van veiligheid, openbare orde en arbowetgeving. De CGB concludeert in oordeel 2004-6 daarom dat het verschil in gemiddelde prestaties niet de grondslag is voor het maken van onderscheid maar de juist genoemde eisen, waardoor in strijd met de wet is gehandeld.
In het oordeel over het sauna-bezoek is de conclusie dat verweerder terecht een beroep heeft gedaan op geslachtsbepaaldheid. In deze zaak is de uitzondering van artikel 1, onderdeel d, van het Besluit gelijke behandeling in het geding. Daar is omschreven dat het geslacht bepalend kan zijn bij het gebruik van sanitaire voorzieningen, baden, sauna's of slaap- en kleedruimten die bestemd zijn voor gebruik door twee of meer personen, voorzover voor mannen en vrouwen gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn. Het draait in dit oordeel om de vraag of de vrouwendag juist betekent dat daarmee gelijkwaardige voorzieningen worden geboden aan mannen en vrouwen. De CGB onderschrijft de opvatting van verweerder dat hiervan sprake is, omdat met de vrouwendag bereikt wordt dat wekelijks ongeveer evenveel mannen als vrouwen de sauna bezoeken terwijl dat zonder deze dag niet het geval zou zijn. De CGB wijst er terecht op dat gelijkwaardig niet per se dezelfde betekenis heeft als identiek (overweging 5.10). De vrouwendag voor saunabezoek is toegestaan.

8 TOT SLOT

Wederom hebben in 2004 relatief veel oordelen (mede) betrekking op onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot de arbeid, in het bijzonder het niet verlengen van een arbeidsverhouding of bij de beëindiging van de arbeidsverhouding. Dikwijls constateert de CGB dat er in strijd met de wet is gehandeld. De oordelen over klachten over (seksuele) intimidatie met als gevolg het einde van de arbeidsovereenkomst, verdienen extra aandacht omdat hierin het fenomeen victimisatie duidelijk aan het licht komt (paragraaf 4.2.2). In één van die oordelen spreekt de CGB zich niet uit over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig en daarmee niet over de vraag of er sprake was van victimisatie. Het is van belang dat de CGB waar mogelijk het onderzoek mede op deze vorm van schending van het gelijke behandelingsrecht richt, temeer daar de bescherming in geval van represailles sinds 1 april 2004 is versterkt (art. 8a AWGB).
Opvallend is ook het aantal oordelen dat betrekking heeft op het aanbieden van goederen en diensten en het sluiten van overeenkomsten (art. 7 AWGB). Soms gaat het om zaken van ondergeschikt belang, zoals het verkrijgen van een medaille bij de avondvierdaagse, de openstelling van een sauna op bepaalde tijden of het dragen van een bermuda onder werktijd door tramchauffeurs. Het is toe te juichen dat de CGB een laagdrempelige en kosteloze voorziening biedt ter handhaving van de gelijkebehandelingswetgeving, maar dit heeft blijkbaar ook tot gevolg dat de deskundigheid van de CGB wordt gebruikt voor dit soort zaken. De wijze waarop de CGB deze zaken behandelt, kan overigens bijdragen aan doorbreking van stereotiepe beeldvorming over mannen en vrouwen. De CGB krijgt ook vragen voorgelegd van meer structurele aard, bijvoorbeeld met betrekking tot aansluiting tot pensioenen en pensioenopbouw (zie paragraaf 5.2). Het is toch vooral bij dit soort problematiek dat de beperkingen van het inzetten van het gelijkheidsbeginsel in het algemeen, én de beperkte competenties van de Commissie in het bijzonder, om structurele vormen

van discriminatie te bestrijden zich het duidelijkst manifesteren. Nu de bevoegdheden van de rechter ruimer zijn dan die van de Commissie is het verheugend te constateren dat rechters, in het bijzonder op het terrein van pensioenen, in hun uitspraken aansluiten bij de jurisprudentie van de CGB met inachtneming van het relevante Europees recht.[28]

28 Zie bijvoorbeeld CRvB 20 november 2003, *LJN* AO1846 en Rb. 's-Gravenhage 6 juli 2004, *LJN* AQ6543 (over pensioenopbouw van een freelancer bij het ABP); Rb. Maastricht, sector kanton 24 maart 2004, *LJN* AO7874, *Pensioen Jurisprudentie* 2004, 102 (over korting wegens groot leeftijdsverschil bij nabestaandenpensioenen). De Kantonrechter Amsterdam komt over een soortgelijke problematiek tot een ander oordeel, maar neemt deels het oordeel van de CGB over: Rb. Amsterdam, sector kanton 16 juni 2004, CV 03-6422.

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen & dr. C.M. Zoethout

1 INLEIDING

De vrijheid van godsdienst is het afgelopen jaar voortdurend onderwerp van publiek debat geweest. De jihadistische liquidatie van schrijver en regisseur Theo van Gogh op 2 november 2004, waarbij de verdachte uit godsdienstige motieven bleek te handelen, gaf aanleiding tot heftige discussies over de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting in relatie tot de vrijheid van godsdienst, en meer in het algemeen over de positie van de islam binnen onze samenleving.
Eerder was de godsdienstvrijheid aan de orde gekomen in het kader van Kamervragen over het overheidstoezicht op godsdienstlessen. De onderwijsinspectie – aldus de minister in antwoord hierop – onthoudt zich weliswaar van een oordeel over de inhoud van godsdienstonderwijs op bijzondere scholen, maar ziet er wel op toe dat de wijze waarop godsdienstige opvattingen worden onderwezen 'niet strijdig is met de wettelijke opdracht van scholen om leerlingen met het oog op hun huidige en toekomstige functioneren in de samenleving, kennis en respect bij te brengen over de diversiteit aan culturele, maatschappelijke en levensbeschouwelijke opvattingen'.[1]
Naast scholen zijn ook moskeeën voorwerp van overheidstoezicht. Zo doet de AIVD onderzoek naar een aantal moskeeën met een radicale islamitische signatuur.[2]
Bovendien dienden de Kamerleden Wilders en Eerdmans in september 2004 een initiatief-wetsvoorstel in om (uitdrukkelijk) mogelijk te maken dat kerkgenootschappen wegens strijd met de openbare orde ontbonden kunnen worden, waarbij hen met name islamitische genootschappen voor ogen staan.[3]
De vrijheid van godsdienst en haar grenzen was een belangrijk onderwerp in de interessante regeringsnota *Grondrechten in een pluriforme samenleving*.[4] De betekenis van de AWGB kwam daarin uitgebreid aan de orde.

Elders in Europa is de vrijheid van godsdienst eveneens onderwerp van discussie geweest. Zo werd op Franse scholen met ingang van het nieuwe schooljaar (2004-2005) het verbod op het dragen van 'opzichtige' religieuze tekenen op openbare scholen ingevoerd[5] – een verbod gebaseerd op het geruchtmakende rapport van de Commissie-Stasi (*Laïcité et République*), dat in december 2003 was verschenen. Achtergrond van het verbod was het principe van de 'laïcité', de neutraliteit van de staat, die geen enkele geestelijke of religieuze optie mag bevoorrechten. Hoewel de

1 Aldus de Minister van OCW, *Aanhangsel Handelingen II* 2002/03, nr. 831 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VIII, nr. 123. Wanneer sprake is van het aanzetten tot intolerantie, dan is dit in strijd met de onderwijswetgeving en zijn bekostigingsmaatregelen niet uitgesloten. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VIII, nr. 141, p. 11-12.
2 Zie de brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 27 925, nr. 104, p. 2.
3 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 757.
4 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 614, nr. 2.
5 Loi no. 65 du 17 mars 2004, te vinden op www.legifrance.gouv.fr. In het eerste artikel van de wet staat: 'Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, les signes et les tenues qui manifestent ostensiblement l'appartenance religieuse des élèves sont interdits.'

wet van te voren op grote publieke weerstand stuitte, hebben zich sinds de invoering opmerkelijk weinig incidenten voorgedaan.
Veel aandacht vanuit de media ging uit naar de uitspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens in juni 2004, inzake *Leyla Sahin/Turkije,* waarin het Hof zich voor het eerst direct uitspreekt over een tot leerlingen/studenten gericht hoofddoekverbod.[6] Een Turkse moslim-studente wordt de toegang tot de colleges en examens aan de staatsuniversiteit van Istanbul geweigerd, omdat zij – in strijd met de wettelijke voorschriften en universitaire reglementen – een hoofddoek blijft dragen. Het Hof gaat uit van de stelling van de studente dat zij de hoofddoek draagt uit een religieus motief, en leidt daaruit af dat het hoofddoekverbod een beperking van haar godsdienstvrijheid vormt. Dat sommige andere islamitische vrouwen geen hoofddoek dragen doet daar niet aan af. Dit is eveneens de lijn die wordt gevolgd in de jurisprudentie van de Commissie Gelijke Behandeling.[7] Cruciaal is echter de vraag of een hoofddoekverbod op openbare onderwijsinstellingen geacht kan worden noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving, met het oog op de in artikel 9 lid 2 EVRM genoemde belangen. Doorslaggevend is het grondwettelijk vastgelegde principe van secularisme als grondslag van de Turkse staat en daarmee het Turkse overheidsonderwijs. Het Hof oordeelt dat dit in overeenstemming is met het Verdrag en, gezien de overwegend islamitische samenstelling van de bevolking, noodzakelijk is om het pluralisme van de democratische samenleving te behouden. Het Hof baseert zich in zijn uitspraak overigens nadrukkelijk op de Turkse context – reden waarom het arrest maar beperkte relevantie voor de Nederlandse rechtsorde heeft.
Opnieuw zijn veel publicaties verschenen over de multiculturele samenleving en de betekenis van de vrijheid van godsdienst en het gelijkheidsbeginsel daarbinnen. Zonder de pretentie van volledigheid willen wij hier enkele noemen: E. Brems, 'De hoofddoek als constitutionele kopzorg, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2004, p. 323-360; A.J. Nieuwenhuis, 'Godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat', *NJCM-bulletin* 2004, p. 154-166, en van dezelfde auteur: 'Tussen laïcité en AWGB', *NJB* 2004, p. 937-943; A.J.Th. Woltjer, 'De hoofddoek als halszaak? Over hoofddoeken en de scheiding van kerk en staat', *Ars Aequi* 2004, p. 246-252; Ch. Samkalden, 'De staat van de godsdienstvrijheid – de staat vrij van godsdienst? Godsdienstvrijheid en scheiding van kerk en staat in rechtstheorie en rechtsvergelijking', *NJCM-bulletin* 2004, p. 581-595; P.B. Cliteur, *De neutrale staat, het bijzonder onderwijs en de multiculturele samenleving* (oratie Leiden), 2004 en een aantal bijdragen in de *NJB-special* 'Omtrent Theo van Gogh', 17 december 2004. Boeken waarin (de vrijheid van) godsdienst centraal staat zijn onder meer: L. C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht,* Utrecht: Lemma 2004 en B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
De relevantie van de AWGB als grens van en waarborg voor de godsdienstvrijheid, en van de CGB-jurisprudentie ter zake komt aan de orde in een advies van de Commissie in augustus 2004 uitgebracht inzake *Arbeid, religie en gelijke behandeling*[8]; en in B.P. Vermeulen, 'De werking van de Nederlandse Algemene wet gelijke behandeling, in het bijzonder ten aanzien van kerken en confessionele organisaties', in: I. Verhack e.a., *(On)gelijke behandeling in het onderwijs en de gezondheids- en welzijnsinstellingen*, Gent 2004, p. 55-83.

6 EHRM 29 juni 2004, *AB* 2004, 338, m.nt. BPV.
7 Oordeel 1995-100, oordeel 1997-63 en CGB 20 maart 2003, *AB* 2003, 233, m.nt. B.P.V.
8 CGB-advies/2004/06, te vinden op www.cgb.nl.

Hoewel het jaar 2004 vanuit het perspectief van de vrijheid van godsdienst een buitengewoon turbulent jaar is geweest, is dit niet te merken in een toename van het aantal zaken betreffende godsdienst bij de Commissie Gelijke Behandeling. Er zijn 23 zaken aan de Commissie voorgelegd, waarbij naar het oordeel van verzoek(st)ers de discriminatiegrond 'godsdienst' een rol speelde.[9] Eén keer heeft de Commissie de zaak aangehouden in afwachting van nadere informatie van verzoekster, twee keer is zij tot het oordeel 'niet-bevoegd' gekomen. In oordeel 2004-19 werd de Commissie de vraag voorgelegd of de weigering om vrijstelling van de leerplicht te verlenen voor de vervulling van godsdienstige verplichtingen strijd met gelijkebehandelingswetgeving opleverde. Het verzoek wordt niet-ontvankelijk verklaard (er is geen sprake van enig handelen en daarmee dus ook niet van dienstverlening in de zin van art. 7 AWGB) en de Commissie verklaart zich niet-bevoegd een oordeel uit te spreken. De wetgever heeft immers bestuursrechtelijke besluiten uitdrukkelijk buiten de werkingssfeer van de AWGB gehouden (overweging 5.7). Oordeel 2004-92 betreft een huurdersorganisatie die de Commissie had gevraagd of zij discriminatoir handelde bij het selecteren van kandidaten voor de raad van commissarissen. De Commissie oordeelt in deze zaak dat het lidmaatschap van deze raad niet onder het begrip 'betrekking' uit artikel 5 AWGB of 'vrij beroep' uit artikel 6 AWGB valt. Eén keer oordeelde de Commissie het verzoek te onbepaald en daarom niet-ontvankelijk.[10] De meeste oordelen voegen geen nieuwe elementen toe aan de Commissiejurisprudentie. Niettemin zijn er wel enkele die nieuwe perspectieven bieden en bovendien is een aantal oordelen uitgesproken over tot dusverre onbekende rechtsverhoudingen.

2 KLEDINGVOORSCHRIFTEN IN HET ONDERWIJS

Een nieuwe ontwikkeling is dat de Commissie het afgelopen jaar meermalen gevraagd is bestaande of nieuw in te voeren kledingvoorschriften op scholen te toetsen. In het advies 'Gezichtssluiers en hoofddoeken op scholen' (2003/1) had de Commissie zich daar overigens ook uitdrukkelijk voor opengesteld.[11] Het doornemen van deze oordelen geeft een goed overzicht in de toelaatbaarheid van de kledingvoorschriften. Volgens de vaste jurisprudentie van de Commissie kan het dragen van een hoofddoek en/of een (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende sluier door een vrouw of meisje een uiting zijn van haar islamitische geloofsovertuiging (vgl. tevens oordeel 2003-40). Uit het feit dat niet alle vrouwen die de islam belijden een hoofddoek of sluier dragen volgt nog niet dat er geen sprake is van een geloofsovertuiging. De omstandigheid dat godsdienstige voorschriften en regels niet alom worden nageleefd en dat over het dragen van een hoofddoek en/of sluier in moslimkringen – en daarbuiten – verschillend wordt gedacht, laat de bescherming van een persoon tegen ongeoorloofd onderscheid op deze grond onverlet.
Hoewel het volledig in lijn is met de bestaande jurisprudentie verdient oordeel 2004-89 aandacht, omdat de Commissie hier aanbeveelt dat de school in principe vergaand tegemoet dient te komen aan religieus geïnspireerde bezwaren van ouders of leerlingen tegen voorschriften over sportkleding. Het betreft hier een organisatie die dertien scholen beheert en een kledingvoorschrift voor de lessen lichamelijke opvoeding hanteert om redenen van veiligheid, hygiëne en herkenbaarheid. De voorgeschreven sportkleding bestaat uit een T-shirt en een korte broek. Om tegemoet te komen aan leerlingen, die vanwege hun geloofsovertuiging niet in de voor-

9 In 2003 waren er 17 oordelen, in 2002 24, waarvan zes over artikel 3 AWGB (rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt, waarop de wet niet van toepassing is).
10 Oordeel 2004-149.
11 De door de Minister van OCW vastgestelde 'Leidraad kleding op scholen' is hierop gebaseerd, www.ocw.nl.

geschreven sportkleding willen deelnemen aan de lessen lichamelijke opvoeding, is een uitzonderingsbepaling toegevoegd waardoor het mogelijk is in een legging en een sporthoofddoek aan de lessen deel te nemen. Door toepassing van het kledingvoorschrift wordt indirect onderscheid naar godsdienst gemaakt, dat echter door de uitzonderingsbepaling in vele gevallen wordt opgeheven. Probleem is echter dat de uitzonderingsbepaling limitatief is geformuleerd. In bepaalde gevallen kan daarom toch nog sprake zijn van indirect onderscheid en daarmee van handelen in strijd met de wet. De Commissie oordeelt dat het kledingvoorschrift niet noodzakelijk is omdat er ook andere mogelijkheden zijn om sportkleding voor te schrijven waarmee tegemoet wordt gekomen aan de gestelde eisen van veiligheid, hygiëne en herkenbaarheid. De aanbeveling van de Commissie luidt dan ook dat – in die gevallen die niet door de uitzonderingsbepaling worden bestreken – de school steeds zal moeten afwegen of er andere mogelijkheden zijn om aan de religieuze bezwaren tegemoet te komen, zonder dat de redenen voor de kledingvoorschriften in gevaar komen.
Een kledingreglement werd eveneens voorgelegd door een school voor vmbo, havo en vwo (oordeel 2004-110). In dit reglement was bepaald dat de bedekking van het hoofd (in- of exclusief het gezicht) is verboden, tenzij het gaat om een bedekking van het hoofd (exclusief het hele gezicht) op grond van al dan niet dwingende voorschriften van de eigen religie. Met het verbod op (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding op de scholengemeenschap beoogt de school de communicatie, identificatie en veiligheid in de school en op het schoolterrein te bevorderen. Beide doelen zijn in zichzelf legitiem en niet-discriminatoir oordeelt de Commissie; ze zijn voldoende zwaarwegend en beantwoorden aan een werkelijke behoefte van verzoekster. Maar dat geldt niet voorzover die doelen betrekking hebben op de stage. De school stelt dat zij voor een bepaalde groep leerlingen de kans op het vinden van de stageplaats niet wenst te bemoeilijken, omdat stageverleners stagiaires met (gedeeltelijke) gezichtsbedekking wel eens zouden kunnen weigeren. Punt is echter dat dat nu juist verboden is bij de gelijkebehandelingswetgeving. Het is stageverleners immers niet toegestaan stagiaires te weigeren op grond van de enkele omstandigheid dat zij (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding dragen. Dan zou immers sprake kunnen zijn van direct onderscheid of van verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst, aldus de Commissie. De conclusie luidt dat geen sprake is van strijd met de wet, maar de Commissie komt wel tot enkele aanbevelingen over de formulering van het kledingreglement.
Het derde oordeel over kledingvoorschriften (2004-138) betreft een verzoek van een Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad (GMR) en het bestuur van een vereniging van 55 (!) scholen voor primair katholiek onderwijs (totaal ca. 16 000 leerlingen) tot het beoordelen van een concept gedragscode ten aanzien van kleding. Hierin is bepaald dat de directies van scholen eisen kunnen stellen aan kleding van zowel medewerkers als leerlingen. Deze eisen betreffen het dragen van kleding in het algemeen, waarbij gedacht kan worden aan extreem uitdagende, slordige en afwijkende kleding. Daarnaast is bepaald dat het dragen van een chador, niqaab of burqa niet is toegestaan. Ten aanzien van een hoofddoek kan iedere school zelfstandig een keuze maken om het dragen daarvan al dan niet toe te staan.
Het verbod op het dragen van een niqaab, chador of burqa is een verboden direct onderscheid op grond van godsdienst[12], dat alleen kan worden gerechtvaardigd als een beroep wordt gedaan op een wettelijke uitzondering (het zijn van een school voor bijzonder onderwijs – artikel 5, tweede lid, en 7, tweede lid, AWGB). Omdat de school zich niet op die bepaling beroept, wordt hier verboden onderscheid gemaakt, aldus de Commissie. Dat betekent overigens niet dat het bestuur het dragen van een chador, niqaab of burqa altijd zou moeten tolereren. In een eerder

12 Er wordt dan immers direct verwezen naar een kledingstuk dat een uiting is van godsdienst.

oordeel heeft de Commissie immers al aangegeven (oordeel 2003-40) dat het dragen van kleding die het gezicht geheel of gedeeltelijk bedekt een goede communicatie en identificatie in de weg kan staan. Daarom kan (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding in een gedragscode worden verboden. In dat geval moet echter wel gekozen worden voor een neutrale formulering, waarin niet rechtstreeks naar een uiting van godsdienst wordt verwezen (hetzelfde punt geldt immers ook ten aanzien van bivakmutsen). Het eventuele indirecte onderscheid dat hieruit voortvloeit, kan objectief worden gerechtvaardigd, met het oog op een goede communicatie en identificatie.
Het oordeel over het dragen van een hoofddoek wordt aan scholen zelf overgelaten. Een hoofddoekverbod kan echter leiden tot direct onderscheid wegens godsdienst. En dat is verboden tenzij een beroep kan worden gedaan op de wettelijke uitzondering – het zijn van een school van bijzonder onderwijs. Volgens de vaste jurisprudentie van de Commissie moet er dan voldaan zijn aan drie eisen (overweging 4.26):
a. het beleid van de school consistent op de grondslag/identiteit van de school berust en daadwerkelijk in de praktijk gestalte krijgt;
b. de gestelde eis of het verbod gelet op het doel van de school noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling;
c. de gestelde eis of het verbod consequent wordt uitgevoerd en gehandhaafd.[13]

Van belang is dan de vraag of een afzonderlijke school een beroep kan doen op de wettelijke uitzonderingen of alleen het bevoegd gezag (de vereniging of het bestuur). Gelet op de formulering van artikel 5, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, AWGB, waarin gesproken wordt van 'instelling' van bijzonder onderwijs en de interne regelgeving van de vereniging, concludeert de Commissie dat een afzonderlijke school zich hierop kan beroepen. In het directiestatuut is vastgelegd dat de directie van de school onder verantwoordelijkheid van het bestuur belast is met het 'mede geven van vorm en inhoud aan de levensbeschouwelijke aspecten van de school'. In haar aanbevelingen stelt de Commissie voor, de genoemde eisen voor een beroep op de wettelijke uitzonderingsgrond expliciet in de gedragscode op te nemen. Ook de redenen van communicatie, identificatie en veiligheid dienen – met het oog op het voldoen aan de objectieve rechtvaardiging – uitdrukkelijker te worden vermeld.

3 OVERIGE ZAKEN BETREFFENDE HET ONDERWIJS

Een opmerkelijke zaak over onderwijs betreft een directeur van een basisschool in Den Bosch die de Commissie verzoekt om een oordeel over eigen handelen. Hij heeft namelijk geweigerd te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt, met als gevolg dat haar zoon niet is ingeschreven bij de school. Tot dusverre heeft de directeur – wanneer bijvoorbeeld ouders de Nederlandse taal onvoldoende machtig waren – de hulp van een tolk ingeschakeld. Ook als ouders hem niet wilden aankijken of hem geen hand wilden geven, vond verzoeker dat niet onoverkomelijk. In dit geval baseert hij zijn weigering op twee gronden: de noodzaak van goede communicatie met de ouders 1. bij de toelating van het kind tot de school en 2. in het belang van het kind in het kader van het onderwijsleerproces nadat het kind is toegelaten tot de school (overweging 4.14).
De Commissie oordeelt dat sprake is van indirect onderscheid wegens godsdienst, dat evenwel gerechtvaardigd kan zijn wanneer het doel legitiem is en het middel passend en noodzakelijk. Van dat laatste is de Commissie niet overtuigd. 'De voor inschrijving van het kind noodzakelijke informatie hoeft voor een goed verstaander niet verborgen te blijven, ook niet als het gelaat van de gespreksgenoot bedekt is.'

13 Zie onder meer oordeel 2000-67 en oordeel 2003-112.

Het gemis aan non-verbaal contact had bovendien grotendeels kunnen worden opgeheven, door een vrouwelijk teamlid bij het gesprek te betrekken, met wie oogcontact wel mogelijk zou zijn geweest. Bij de vervolgtoetsing of het middel evenredig is aan het doel, is het effect – de jongen kan niet worden ingeschreven – voor de Commissie van doorslaggevend belang. Wat betreft de communicatie nadat het kind is toegelaten tot de school, is de Commissie van oordeel dat onontkoombaar is dat per activiteit wordt nagegaan of het passend en noodzakelijk is om te weigeren een moeder met een gezichtsbedekkende sluier in te schakelen, dan wel toe te laten bij bepaalde schooltaken. Gaat het om het contact in het kader van een gesprek over het kind, dan zou een derde kunnen worden ingeschakeld, een vrouwelijk teamlid, de vader of een vertrouwenspersoon van de moeder.
Het oordeel van de Commissie roept veel vragen op. In de eerste plaats: wordt het probleem hiermee niet in wezen doorgeschoven? Dient hetzelfde probleem – het gebrek aan mogelijkheden tot communicatie – zich niet onmiddellijk aan zodra gesprekken plaatsvinden over de vorderingen van de jongen op school? In de tweede plaats het volgende: in eerdere oordelen (oordeel 2003-40, overweging 5.12) heeft de Commissie aangenomen dat het verbieden van een gezichtssluier op een school een passend en noodzakelijk middel kan zijn in het belang van een goede communicatie ten behoeve van het onderwijsleerproces. Maakt het feit dat het in dit geval gaat om de communicatie van een ouder met gezichtssluier en de directeur de zaak dan zo anders? De communicatie vindt toch plaats in het belang van het kind? In de derde plaats: de Commissie lijkt zich hier sterk te laten leiden door het effect van de weigering. Maar het kind is inmiddels ingeschreven op een islamitische basisschool; de bewuste school was dus niet het laatste redmiddel voor de moeder.
Het dragen van een niqaab leidt overigens vaker tot problemen. Interessant in dit verband is een zaak voor de rechtbank Zwolle van 10 oktober 2003[14], waarin de rechter in een zaak over een omgangsregeling één van de procespartijen zelfs de toegang tot de terechtzitting weigert (haar advocaat mocht haar overigens wel vertegenwoordigen), wegens het dragen van een niqaab. De rechtbank overweegt daartoe onder meer het volgende:

> Voor het oordeel van de rechtbank is doorslaggevend dat een onderzoek naar feiten op basis van waarheidsvinding en een zorgvuldige belangenafweging, tussen partijen en de rechter communicatie noodzakelijk maken waarbij de rechter ter zitting in vrijheid vragen moet kunnen stellen en waarbij de rechter door partijen in de gelegenheid wordt gesteld ook kennis te nemen van de houding en lichaamstaal van die procespartijen, die wel of niet (naar waarheid) op die vragen en op uitlatingen van de wederpartij, antwoorden en reageren. Het dragen van een niqaab maakt het de rechter onmogelijk om kennis te nemen van de houding en de lichaamstaal van één van procespartijen.[15]

De keuze op grond van de godsdienstige overtuiging kan er niet toe leiden dat de regels van een goede procesorde moeten wijken, aldus de rechtbank.

Oordeel 2004-160 betreft een islamitische basisschool. Verzoekster solliciteerde naar een functie als leerkracht, maar werd hiervoor afgewezen. Eerder had verzoekster al als invaltutor en -kracht bij de school gewerkt. Tijdens het sollicitatiegesprek kwam verzoeksters christelijke achtergrond (zij was lid van een pinkstergemeente) niet ter sprake, maar wel werd gesproken over haar bereidheid om schoolkinderen naar de moskee te begeleiden. Gedurende de sollicitatieprocedure bleek uit een ouderenquête dat deze de voorkeur gaven aan islamitische leerkrachten. Deze uitkomst is

14 *LJN* AL83282.
15 Voor kritiek op de uitspraak zie: W. van der Burg, 'De privatisering van de godsdienstvrijheid', *NJB* 2003, p. 2296.

besproken in het afwijzingsgesprek met verzoekster, onder verwijzing naar haar geloofsovertuiging. Verzoekster heeft hiermee feiten aangevoerd die een vermoeden van onderscheid hebben gewekt, dat niet afdoende wordt weerlegd. Het staat vast dat de school zich na de ouder-enquête op het standpunt heeft gesteld dat islamitische leerkrachten bij gelijke geschiktheid de voorkeur verdienen. Al zou verweerster een beroep hebben gedaan op de uitzonderingsgrond van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, dan nog zou verweerster niet voldoen aan het vereiste om een consequent aannamebeleid te voeren. Het is onvoldoende duidelijk dat het door verweerster beschreven beleid (overwegingen 5.8 en 5.9) consequent is toegepast bij de bewuste sollicitatie. De school heeft daarom verboden onderscheid op grond van godsdienst gemaakt – een uitspraak die past in het systeem van de wet en in lijn ligt met de vaste jurisprudentie van de Commissie.

4 KLEDINGVOORSCHRIFTEN IN ANDERE RECHTSBETREKKINGEN

Landelijke aandacht kreeg een zaak over een Haags restaurant dat kledingeisen stelde aan haar klandizie. Eén van de nieuwe regels van het toelatingsbeleid is dat alle bezoekers wordt gevraagd hun hoofdbedekking af te nemen. Dat moet worden afgeleid uit de volgende – nogal cryptische – beleidsregel: 'Correcte kleding is verplicht. Verboden zijn sportschoenen en hoofddeksels welke in combinatie met de overige kledingstukken niet aansluiten met de ter plaatse geldende dresscode. Dit alles ter beoordeling van de gastheren.'
Het indirecte onderscheid op grond van godsdienst dat hier wordt gemaakt heeft weliswaar een legitiem doel (het aantrekken van een wat ouder en stijlvoller publiek), maar het middel is niet 'efficiënt en geschikt' om het gestelde doel te bereiken, aldus de Commissie. Door het verbieden van hoofdbedekking, zonder een uitzondering te maken voor hoofdbedekking uit godsdienstige overwegingen, worden immers personen geweerd die wel tot de doelgroep behoren. Strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB, zo luidt de – begrijpelijke – conclusie.
Een zaak betreffende een feestcafé dat het dragen van hoofddeksels verbiedt, is ondermeer interessant vanwege het feit dat ook een werkgever (verzoekster 2, een advocatenkantoor) ontvankelijk wordt verklaard, hoewel het onderscheid niet jegens deze werkgever zelf is gericht. Aan de orde is een bezoek aan een feestcafé in het kader van een personeelsuitje. Verzoekster 1 en 25 collega's van de sectie arbeidsrecht van het kantoor willen het café bezoeken, maar verzoekster 1 wordt niet toegelaten vanwege het feit dat zij een hoofddoek draagt. Reden is het huisreglement, dat – onder het kopje 'kleding'- onder meer stelt: 'Uw kleding dient er verzorgd uit te zien. Sportkleding, enigerlei hoofddeksels en voor mannen mouwloze shirts zijn niet toegestaan.' De hele groep werknemers ziet daarop af van het bezoek.
Bij de Commissie brengt verweerder naar voren dat het doel van het reglement is het mogelijk maken van registratie en identificatie van de bezoekers om daarmee de veiligheid optimaal te garanderen. Aan het doel is iedere discriminatie vreemd, maar het verbod is niet geschikt omdat het zich ook richt tegen hoofddoeken die het gezicht vrijlaten (en daarom identificatie mogelijk maken) en er zijn bovendien alternatieven om het doel te bereiken. Waarom niet gewoon gevraagd om een legitimatiebewijs? Ook acht de Commissie het middel niet proportioneel – verweerder blijkt andere risico's voor de veiligheid wel te accepteren. Ten aanzien van verzoekster 1 wordt daarom verboden onderscheid op grond van godsdienst gemaakt.
Ook de werkgever (verzoekster 2) is ontvankelijk in deze en wel om de volgende redenen. (i) Volgens de vaste jurisprudentie legt de Commissie artikel 12, tweede lid, onderdeel a, AWGB hier ruim uit. Er kan ook sprake zijn van onderscheid als verzoekster 2 wordt benadeeld vanwege een onderscheid dat jegens een derde, in casu haar werkneemster (verzoeker 1), wordt gemaakt op grond van haar godsdienst

of levensovertuiging. (ii) Ontvankelijkheid van de werkgever past in het systeem van de wet, omdat hij een verzoek kan indienen, indien hij wenst te weten of hijzelf onderscheid maakt als bedoeld in de wet. Volgens de vaste jurisprudentie van de Commissie moet een werkgever zich ingevolge artikel 5, eerste lid, onderdeel e, AWGB niet alleen zelf onthouden van het maken van onderscheid als bedoeld in de wet, maar er tevens op toezien dat zijn werknemers niet discriminatoir worden bejegend. Dat geldt ook in het kader van een personeelsuitje dat in werkverband plaatsvindt en waaraan de werknemers worden geacht deel te nemen.
Van direct onderscheid is sprake in een zaak over een sportschool[16], waar een huisreglement wordt gehanteerd waarin is opgenomen dat uitingen van religie (zoals hoofddoek, tulband, etc.) binnen het centrum niet zijn toegestaan. Het beroep van verweerster dat zij een vereniging zou zijn en niet onder artikel 7 AWGB zou vallen, wordt niet geaccepteerd. Verweerster exploiteert op commerciële basis een sportaccomodatie en horecagelegenheid en heeft geen statuten overgelegd, noch enig ander bewijs waaruit een verenigingsstructuur zou kunnen blijken.

5 ARBEIDSCONFLICTEN

In de oordelen 2004-164 en 2004-165 is de klacht dat zowel de inlener als de uitlener onderscheid hebben gemaakt op grond van godsdienst en geslacht (zie voor dit laatste de bijdrage van Burri en Cremers-Hartman, paragraaf 6.1). De inlener is een schoonmaakbedrijf dat het personeel schoonmaakwerkzaamheden laat verrichten in een psychiatrisch ziekenhuis. Het gaat in de eerste zaak om een moslima die via een uitzendbureau aan het schoonmaakbedrijf wordt uitgeleend. De uitzendovereenkomst wordt beëindigd omdat de klaagster een hoofddoek draagt en weigert te voldoen aan het verzoek van het schoonmaakbedrijf de hoofddoek af te doen tijdens het werk. Volgens de Commissie handelt het uitzendbureau hier in strijd met de wet, doordat zij de reden van de inlener om de hoofddoek te verbieden niet nader heeft onderzocht en bovendien de discriminatieklacht niet als klacht heeft aangemerkt.
Oordeel 2004-165 gaat over de vraag of het schoonmaakbedrijf onderscheid heeft gemaakt door van verzoekster te verlangen dat zij haar hoofddoek af doet tijdens het werken. Het doel van de maatregel is het minimaliseren van de arbeidsrisico's en levert volgens de Commissie als zodanig geen problemen op. Het middel dat het schoonmaakbedrijf daartoe hanteert is echter te onbepaald. Alle kledingstukken en accessoires die aanstoot zouden kunnen geven of agressie wekken, worden door verweerster als ongewenst beschouwd. Maar *wat* als zodanig wordt gekwalificeerd, wordt ad hoc beoordeeld door de manager van het ziekenhuis. Terecht concludeert de Commissie dat het middel te onbepaald en vaag is om daadwerkelijk houvast te kunnen bieden bij de inschatting van arbeidsrisico's.
Een zaak die tot slot aandacht verdient betreft een leerkracht bij een bijzondere school, die ontslag aangezegd heeft gekregen omdat hij zich heeft aangesloten bij een nieuw kerkverband, terwijl een functie-eis van de school was het lidmaatschap van één van de Gereformeerde Kerken Vrijgemaakt. De school kan een beroep doen op de uitzonderingsgrond van artikel 5 lid 2, aanhef en onderdeel c, AWGB, maar omdat inmiddels ook leden van de Christelijk Gereformeerde Kerken op haar school benoembaar zijn, meent verzoeker dat zij haar identiteit inmiddels dusdanig opgerekt heeft dat zij zich daarop niet meer kan beroepen. De Commissie merkt echter dat zij een dergelijke toetsing niet kan verrichten. Het is – in navolging van de Hoge Raad (HR 5 februari 1957, *NJ* 1957, 201) – vaste jurisprudentie van de Commissie dat zij niet kan treden in meningsverschillen over theologische leerstellingen.

16 Oordeel 2004-148.

6 SLOT

Zoals gezegd is de vrijheid van godsdienst in 2004 zeer geregeld onderwerp van publieke discussie geweest. Dat heeft overigens niet geleid tot een toename van het aantal zaken bij de Commissie. In slechts 17 zaken is de Commissie ook daadwerkelijk tot een inhoudelijk oordeel gekomen, waarbij in de meeste gevallen sprake is van een voortzetting van de bestaande jurisprudentie. Een nieuwe ontwikkeling is dat de Commissie het afgelopen jaar meermalen is gevraagd bestaande of nieuw in te voeren kledingvoorschriften op scholen te toetsen. Ook ten aanzien van andere instellingen – zoals een restaurant, een feestcafé, een sportschool – heeft de Commissie een oordeel over dergelijke voorschriften gegeven. Het is betreurenswaardig te moeten opmerken dat deze instellingen soms openlijk aangeven het oordeel van de Commissie naast zich neer te leggen.

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Mr. C. Waaldijk

1 ELF OORDELEN IN NEGEN ZAKEN

In 2004 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: CGB) zich slechts drie keer hoeven te buigen over een zaak waarin gesteld werd dat er onderscheid gemaakt was op grond van *seksuele gerichtheid*. In een van deze drie zaken verklaart de CGB zich onbevoegd[1], maar in de andere twee komt zij tot de conclusie dat er inderdaad sprake was van verboden direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid.[2]

Daarnaast waren er in 2004 acht oordelen met betrekking tot de grond *burgerlijke staat*. Vier van die oordelen betreffen twee pensioenzaken waarin het verzoek zowel gericht was tegen de werkgever als tegen de pensioenuitvoerder.[3] In geen van die oordelen stelt de CGB verboden onderscheid naar burgerlijke staat vast. Vier andere zaken betreffen verondersteld onderscheid in verband met het al dan niet hebben van kinderen. In die zaken constateert de CGB één maal verboden direct onderscheid naar burgerlijke staat[4], en één maal verboden indirect onderscheid.[5] Ook komt zij in één zaak tot de conclusie dat het geconstateerde indirecte onderscheid gerechtvaardigd is.[6] Die zaak is ook de enige waarin door niemand bij de CGB geklaagd was over discriminatie, maar waarin een werkgever verzocht had om een oordeel over eigen handelen. En in de vierde zaak oordeelt zij dat indirect onderscheid naar burgerlijke staat niet aannemelijk is.[7]

Verder waren er dit jaar weer twee oordelen over onderscheid naar transseksualiteit[8], plus een nieuw oordeel over de vraag of een werkgever in kledingvoorschriften onderscheid tussen mannen en vrouwen mag maken.[9] Omdat beide kwesties de grond *geslacht* betreffen, worden deze drie oordelen elders in deze Oordelenbundel besproken.[10] De grond *geslacht* speelde overigens ook een rol in een van de zaken

---

1 Oordeel 2004-7 (algemene ledenvergadering van vereniging voor HIV-geïnfecteerden).
2 Oordeel 2004-104 (afgebroken onderhandelingen over samenwerking architecten) en oordeel 2004-116 (uitsluiting van gelijkgeslachtelijke paren van danswedstrijden). Beide oordelen zijn integraal opgenomen in deze bundel.
3 Oordelen 2004-34 en 2004-35 en oordelen 2004-171 en 2004 172 (beide zaken betroffen de toelaatbaarheid van het hanteren van een franchise bij de pensioenopbouw). Zie daarover de bijdrage van Waaldijk aan deze bundel. Oordeel 2004-34 is integraal opgenomen en voorzien van een annotatie van De Lange.
4 Oordeel 2004-121 (woningbouwvereniging die alleen na verbreking van huwelijk of geregistreerd partnerschap bemiddelt voor vervangende woonruimte).
5 Oordeel 2004-60 (gescheiden vader die meer betrokken wil worden bij de schoolsituatie van zijn dochter).
6 Oordeel 2004-29 (vakantieaanvraagregeling die voorrang geeft aan werknemers met schoolgaande kinderen).
7 Oordeel 2004-61 (reisorganisatie die geen kinderkorting verleent aan een alleenstaande ouder met kind).
8 Oordelen 2004-72 (vergoeding voor pruik) en 2004-73 (vergoeding voor epilatie).
9 Oordeel 2004-154 (over het recht van mannelijk trampersoneel om een bermuda dragen).
10 Zie de bijdrage van Burri & Cremers-Hartman aan deze bundel (paragraaf 2 en paragraaf 4.2.1).

met betrekking tot seksuele gerichtheid[11], en in drie zaken met betrekking tot burgerlijke staat.[12]

Bij elkaar dus elf oordelen om te bespreken, een aantal dat vergelijkbaar is met de oogst in de voorafgaande jaren. In ruim tien jaar heeft de CGB nu bijna 100 maal over burgerlijke staat geoordeeld, en precies 50 maal over seksuele gerichtheid.[13] Of dat laatste veel of weinig is, valt moeilijk te zeggen. In de (kleinere) landen Zweden en Ierland, waar ook al sinds enige jaren gespecialiseerde organen bestaan waarbij men kan klagen over discriminatie op grond van seksuele gerichtheid, zijn gemiddeld per jaar iets meer zaken behandeld.[14] In geen van de EU-landen is vaker dan incidenteel een rechterlijk procedure gevoerd over een klacht omtrent homodiscriminatie op het terrein van de arbeid. Dat geldt ook voor de EU-landen waar geen met de CGB vergelijkbaar orgaan bevoegd is, maar waar homodiscriminatie wel al tenminste zes jaar verboden is.[15]

2 WAT VALT ONDER ONDERSCHEID OP GROND VAN SEKSUELE GERICHTHEID?

In 2003 stelde de CGB dat uit het gegeven dat het begrip 'gerichtheid' naast gevoelens 'ook de concrete uitingen omvat', volgt 'dat concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele (of heteroseksuele) gerichtheid van een persoon, door de AWGB wordt beschermd'.[16] De CGB voegde daaraan toe dat van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid sprake is 'indien bij een door de wet bestreken handeling rechtstreeks wordt verwezen naar homoseksuele gerichtheid'.[17] Anders dan in het omstreden oordeel inzake bloeddonoren, leek niet langer vereist te zijn dat verwezen wordt 'naar de homoseksuele gerichtheid van betrokkene als zodanig'.[18] Of dat betekende dat de CGB terug zou komen van haar lijn om onderscheid tussen mannen die seks hebben met mannen enerzijds en

11 Oordeel 2004-116 (danswedstrijden).

12 Oordeel 2004-60 (gescheiden vader), oordeel 2004-61 (alleenstaande ouder die kinderkorting wilde) en oordelen 2004-34 en 2004-35 (franchise in pensioenregeling van tweeverdienster).

13 Van 1995 tot en met 2004 bedroeg het aantal oordelen over seksuele gerichtheid achtereenvolgens 5, 5, 8, 8, 5, 4, 4, 2, 6 en nu 3; en met betrekking tot burgerlijke staat achtereenvolgens 10, 8, 16, 16, 8, 6, 4, 11, 9 en nu 8. Voor een overzicht van al deze oordelen zie www.emmeijers.nl/waaldijk. Zie ook de bespreking van de oordelen uit de jaren 1999-2003 in de CGB Oordelenbundels over die jaren (www.cgb.nl).

14 In Ierland werden in vier jaar tijd (2000-2003) 15 zaken met betrekking tot seksuele gerichtheid in de arbeid aanhangig gemaakt bij de *Equality Tribunal*, en in twee jaar tijd (2001-2002) nog eens 17 zaken bij de *Equality Authority*. In vijf jaar tijd (1999-2004) heeft de Zweedse *Ombudsman tegen discriminatie op grond van seksuele gerichtheid* ruim 60 klachten te behandelen gekregen.
Zie K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi (eds.), *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states. Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination, about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation,* Leiden: Universiteit Leiden 2004, paragraaf 19.1.6. Het rapport is online beschikbaar via www.emmeijers.nl/experts. In hoofdstuk 13 van dit rapport wordt de implementatie van de richtlijn in Nederland kritisch besproken (door mij).

15 Dit betreft Frankrijk, Denemarken, Slovenië, Finland, Spanje en Luxemburg. In de meeste andere EU-landen is discriminatie op grond van seksuele gerichtheid pas zeer recent wettelijk verboden, namelijk in het kader van de implementatie van Richtlijn 2000/78/EG; in onder meer Duitsland, Griekenland, Estland en Letland laat het vereiste wettelijke verbod nog op zich wachten. Zie het rapport genoemd in de vorige voetnoot, alsmede het *Annual Report 2004* (van de Europese CGB) op www.stop-discrimination.info.

16 Aldus overweging 5.3 van zowel oordeel 2003-113 als oordeel 2003-150.

17 Overweging 5.4 van oordeel 2003-113.

18 Overweging 5.5 van oordeel 1998-137. Ook in de meeste andere EU-landen lijkt het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid niet alleen homoseksuele personen te beschermen maar ook homoseksuele uitingen. Zie paragraaf 19.3.3 van het rapport genoemd in voetnoot 14.

mannen die seks hebben met vrouwen anderzijds *niet* te kwalificeren als direct onderscheid naar seksuele gerichtheid, bleef vorig jaar nog onduidelijk.[19]

In 2004 brengt de CGB de gewenste duidelijkheid een stapje verder, en dat in een zaak die draaide om onderscheid tussen mannen die met mannen dansen en vrouwen die dat met vrouwen doen enerzijds, en mannen die met vrouwen dansen en vice versa anderzijds. Met oordeel 2004-116 spreekt de CGB zich voor de tweede keer uit over de niet-toelating van gelijkgeslachtelijke paren tot danswedstrijden.[20] Bij de vorige gelegenheid kwam de CGB tot de conclusie dat een dergelijke uitsluiting verboden direct onderscheid naar geslacht oplevert, en geen direct maar wel ongerechtvaardigd *indirect* onderscheid naar seksuele gerichtheid.[21]

Ook nu oordeelt de CGB dat er sprake is van direct onderscheid naar geslacht. Zij onderbouwt dat met de simpele en overtuigende vaststelling dat een 'vaste verdeling van het aantal mannen en vrouwen in een groep (...) een rechtstreekse verwijzing naar geslacht' inhoudt.[22]

Op het punt van onderscheid naar seksuele gerichtheid gaat de CGB echter uitdrukkelijk 'om'. Zij voert daartoe twee argumenten aan.[23] In de eerste plaats vloeit de weigering om ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden, zowel historisch als op internationaal niveau, 'rechtstreeks voort uit de dominante heteroseksuele norm'. En in de tweede plaats is seksuele gerichtheid een door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond die 'eerst en vooral betekenis krijgt in relatie tot anderen'. Met dat laatste hecht de CGB belang aan de stelling van verzoekers dat zij deelname aan danswedstrijden zien 'als mogelijkheid om de homoseksuele gerichtheid te uiten'. Ook voor de danssport is daarmee de ongeldigheid komen vast te staan van het argument dat homoseksuele mannen en lesbische vrouwen toch deel uit kunnen maken 'van een danspaar dat wordt gevormd door een man en een vrouw'[24], en van het argument dat heteroseksuele dansers toch ook niet mogen dansen met een partner van hetzelfde geslacht.[25] Ten aanzien van het huwelijk was dit inzicht al eerder doorgebroken bij de Nederlandse wetgever, en het geldt natuurlijk evenzeer voor het kunstrijden op de schaats.

Wat betreft het directe onderscheid naar geslacht, toetst de CGB vervolgens aan de vraag of er sprake is van geslachtsbepaaldheid in de zin van artikel 2, tweede lid, onderdeel a, van de AWGB en artikel 1, onderdeel g, van het daarop gebaseerde Besluit gelijke behandeling. De CGB verwerpt de stelling van de verweerders dat er in deze tak van sport een 'relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen'. Evenmin kunnen nationale danswedstrijden gezien worden als 'activiteiten in internationaal verband' (laat staan als 'voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband' zoals het Besluit eist). Anders dan voor geslacht, en anders dan in de meeste andere EU-landen[26], kent de Nederlandse wetgeving geen uitzondering voor gevallen waarin de seksuele gerichtheid bepalend zou zijn. Dus daar hoeft de CGB in dit verband niet aan te toetsen. Desalniettemin gaat zij toch in op de suggestie van de verweerders (de danssport-

19 Zie mijn bijdrage in D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2002, Deventer: Kluwer 2003, p. 66.
20 Oordeel 2004-116 is integraal opgenomen in deze bundel.
21 Oordeel 1997-29 (zie daarover mijn artikel 'Onderscheid wegens geslachtsgelijkheid', *Nemesis* 1997, p. 117-120).
22 Oordeel 2004-116, overweging 6.14.
23 Oordeel 2004-116, overwegingen 6.11 en 6.12.
24 Zoals de CGB zelf nog had aangevoerd in oordeel 1997-29, overweging 4.7.
25 Oordeel 2004-116, overweging 6.12.
26 Zie paragraaf 19.4.4 van het rapport genoemd in voetnoot 14.

bond en een danssportclub) om aparte wedstrijden voor ongemengde paren te organiseren. De CGB wijst deze vorm van *separate but equal* niet principieel af, integendeel, zij acht de bereidheid van verweerders daartoe zelfs 'toe te juichen'. Volgens de CGB zou de top van ongemengde wedstrijddansers echter zo smal zijn, dat een eigen competitie geen soelaas zou bieden. Bovendien zou zo'n competitie niet tegemoetkomen aan de behoefte van de verzoekers aan *insluiting*, aldus de CGB.[27]

3 DILEMMA'S VAN EEN SOLLICITANT: MAG JE JE GERICHTHEID VERBERGEN EN KUN JE DISCRIMINATIE AANTONEN?

Wanneer onderscheid wegens seksuele gerichtheid niet vastligt in regels, dan is het onderscheid vaak moeilijk aannemelijk te maken, zeker voor een sollicitant. Daarom zullen sollicitanten het soms beter vinden om hun homoseksuele gerichtheid (nog even) verborgen te houden. In oordeel 2004-104 lukt het echter wél om vast te stellen dat iemand is afgewezen op grond van homoseksuele gerichtheid.[28] Bovendien biedt dit oordeel steun voor de stelling dat je als sollicitant je gerichtheid verborgen mag houden.

Wat was het geval? Een architectenbureau had per advertentie een collega-architect gezocht om de continuïteit van het bedrijf te waarborgen, en was vervolgens met één kandidaat in onderhandelingen getreden. De directeur van het architectenbureau laat zich daarbij bijstaan door een adviseur. Tijdens een van de gesprekken vertelt de kandidaat desgevraagd dat hij een partner heeft en geen kinderwens.[29] De onderhandelingen bevinden zich in een vergevorderd stadium, wanneer de directeur ontdekt dat op het naambordje van het huisadres van de kandidaat twee mannennamen staan. Kort daarna belegt de adviseur, namens het architectenbureau, nog een gesprek met de kandidaat om hem te vragen of hij homoseksueel is. De kandidaat beaamt dit, en de volgende werkdag breekt het architectenbureau de onderhandelingen af.

Dat de CGB in deze zaak relatief gemakkelijk verboden direct onderscheid wegens gerichtheid kon constateren, kwam door een aantal factoren: de vergevorderde onderhandelingen, de verdachte volgorde van de gebeurtenissen, en het feit dat de adviseur als getuige kon optreden. Bovendien was, twee maanden voor het oordeel van de CGB, ook het College van Toezicht van de Bond van Nederlandse Architecten (na een klacht van de afgewezen kandidaat) tot de conclusie gekomen dat het architectenbureau zich schuldig had gemaakt aan homodiscriminatie.[30] Volgens de CGB betreft het onderscheid zowel de vervulling van een openstaande betrekking in de zin van artikel 5 AWGB als de ontplooiing binnen het vrije beroep in de zin van artikel 6. Het idee was immers dat de kandidaat eerst in een arbeidsverhouding zou gaan werken, en later het architectenbureau als eigenaar zou overnemen.

Het belangrijkste verweer van het architectenbureau is dat de kandidaat onbetrouwbaar zou zijn door in de eerdere gesprekken zijn partner in strijd met de waarheid aan te duiden als 'vriendin', of 'tenminste verweerster bewust niet te corrigeren in haar aanname dat verzoekers partner een vrouw is.' Nu de verzoeker

27 Oordeel 2004-116, overweging 6.13.
28 Oordeel 2004-104 is integraal opgenomen in deze bundel.
29 In het oordeel wordt niet overwogen of de vragen aan de sollicitant met betrekking tot 'zijn burgerlijke staat' en 'zijn eventuele kinderwens' verboden onderscheid opleveren naar burgerlijke staat of geslacht.
30 College van Toezicht BNA, beslissing van 28 juni 2004.

dit tegenspreekt, laat de CGB zich er niet van overtuigen dat hij inderdaad zijn homoseksualiteit zou hebben willen verbergen. Daar voegt de CGB echter nog een belangrijke overweging aan toe: 'zelfs al zou verzoeker niet open zijn geweest over zijn seksuele gerichtheid, dan nog brengt dit volgens de CGB niet mee dat verzoeker geen betrouwbare zaken-partner zou kunnen zijn'.[31]

Dat in het kader van een sollicitatieprocedure niet gevraagd mag worden naar de seksuele gerichtheid van een sollicitant, of naar het geslacht van zijn of haar partner, had de CGB al eerder erkend.[32] In de meeste EU-landen wordt daar ook zo over gedacht; in Denemarken verbiedt de antidiscriminatiewet dergelijke vragen zelfs uitdrukkelijk.[33] Nu lijkt de CGB te erkennen dat een sollicitant zijn of haar seksuele gerichtheid, en het geslacht van zijn of haar partner, desgewenst ook verborgen mag houden door op dat punt onjuiste informatie te verstrekken of door bewust een verkeerde aanname daaromtrent in stand te laten. Dit is in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, dat in de zaak *Tele Danmark A/S* beslist heeft dat zelfs een sollicitant voor een tijdelijke baan die door haar zwangerschap een belangrijk deel van de overeengekomen periode niet zal kunnen werken, de werkgever niet over de zwangerschap hoeft te informeren.[34] Met Asscher-Vonk & Monster ben ik van mening dat dit betekent dat een sollicitant vragen over zwangerschap niet hoeft te beantwoorden, en in dat verband desgewenst 'onjuiste inlichtingen' mag verstrekken.[35] Volgens mij impliceert oordeel 2004-104 dat hetzelfde geldt voor vragen over seksuele gerichtheid of over het geslacht van de partner van een sollicitant.[36]

4 DIRECT ONDERSCHEID TEN NADELE VAN ONGEHUWDEN/ ONGEREGISTREERDEN

Verboden direct onderscheid naar burgerlijke staat lijkt in Nederland niet zo veel meer voor te komen. Een woningbouwvereniging in Geldermalsen maakt zich er echter toch schuldig aan, zoals de CGB vaststelt in oordeel 2004-121. Het beleid 'bijzondere bemiddeling woningzoekenden', voor echtscheidingssituaties waarbij minderjarige kinderen zijn betrokken, past de vereniging alleen toe op mensen die in een huwelijk of geregistreerd partnerschap hebben samengeleefd. Daarover klaagt een moeder die voor zichzelf en haar dochter na het verbreken van een ongehuwde/ ongeregistreerde samenlevingsrelatie met spoed andere woonruimte nodig heeft. De CGB geeft haar uiteraard gelijk. In een aanbeveling voegt de CGB daaraan toe dat de woningbouwvereniging wél zou kunnen eisen dat de ouder 'in rechte de gemeenschappelijke woning heeft opgeëist en dat deze vordering is afgewezen'.

---

31 Oordeel 2004-104, overweging 6.13.
32 Oordeel 1998-123, overweging 4.5.
33 Zie paragraaf 19.3.6 van het rapport genoemd in voetnoot 14.
34 HvJ EG 4 oktober 2001, zaak C-109/00, *Jur.* 2001, p. I-6993, overweging 34.
35 I.P. Asscher-Vonk & W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 156-157.
36 Dit standpunt werd eerder al verdedigd door R. de Wit, 'Discriminatie op grond van seksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: A.T.J.M. Jacobs e.a. (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 167 en door A. Mattijssen, 'Wie niet waagt, die niet wint. Homodiscriminatie en civielrecht', in: M. Moerings & A. Mattijssen (red.), *Homoseksualiteit en recht*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 16-17.

5 INDIRECT ONDERSCHEID TEN NADELE VAN OUDERS MET OF ZONDER KINDEREN

De grond *burgerlijke staat* wordt vooral ingeroepen om vermeende discriminatie-op-andere-gronden aan te vechten als indirect onderscheid.

Zo betreft oordeel 2004-60 een gescheiden vader die zich gediscrimineerd voelde doordat de school van zijn dochter hem onvoldoende informeerde en onvoldoende bij de schoolsituatie betrok.[37] Net als eerder in oordeel 1998-131 stelt de CGB vast dat door toepassing van het criterium 'bij welke ouder het kind woont' in overwegende mate mannen en gescheiden personen worden getroffen, en dat er dus zowel sprake kan zijn van indirect onderscheid naar geslacht als van indirect onderscheid naar burgerlijke staat. Volgens de CGB is er *geen* sprake van indirect onderscheid voor zover 'informatie over alledaagse gebeurtenissen op school en organisatorische zaken slechts van belang moeten worden geacht voor de dagelijkse zorg van het kind'.[38] Volgens mij zou het in de terminologie van de AWGB juister zijn om in dergelijke gevallen te spreken van *gerechtvaardigd* indirect onderscheid.

Aan de vader blijkt echter ook andere informatie over zijn dochter niet verstrekt te zijn, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestond 'bijvoorbeeld gelegen in het belang van het kind'. Conclusie: verboden indirect onderscheid naar geslacht en burgerlijke staat.

De ondernemingsraad van een brouwerij is van mening dat de vakantieaanvraagregeling van het bedrijf in strijd is met de AWGB, omdat voorrang wordt verleend aan medewerkers met schoolgaande kinderen (en aan medewerkers afkomstig uit een ver land).[39] En hoewel de ondernemingsraad naar de CGB had kunnen stappen[40], is het de onderneming zelf die de CGB verzoekt een oordeel uit te spreken over haar eigen vakantieaanvraagregeling. Volgens oordeel 2004-29 is het indirecte onderscheid naar burgerlijke staat dat voortvloeit uit de voorrang voor medewerkers met schoolgaande kinderen gerechtvaardigd, onder meer omdat ouders nu eenmaal gebonden zijn aan de schoolvakanties en een brouwerij zomers niet te veel ervaren vaste krachten kan missen.[41]

Een derde geval betreft een alleenstaande ouder met één kind, die geen kinderkorting krijgt bij het boeken van een vakantiereis (oordeel 2004-61). De reisorganisatie verleent de korting alleen als er twee volbetalende personen in de kamer verblijven. De CGB wijst erop dat onderscheid ten nadele van alleenstaanden volgens haar vaste jurisprudentie indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat kan opleveren. In dit geval wordt volgens de CGB echter geen onderscheid gemaakt ten nadele van alleenstaande ouders, maar ten nadele van (al dan niet alleenstaande) volwassenen die alleen met een kind op reis willen gaan. Bij gebreke van gegevens omtrent het aantal ongehuwden ten opzichte van het aantal gehuwden dat hierdoor getroffen wordt, concludeert de CGB dat er geen sprake is van indirect onderscheid naar burgerlijke staat. Of dit de klaagster kan overtuigen, is de vraag. Volgens mij is het immers zeer waarschijnlijk dat het percentage van ongehuwde (vaak alleen-

37 Zie over deze zaak ook paragraaf 7.1 van de bijdrage van Burri & Cremers-Hartman aan deze bundel.
38 Oordeel 2004-60, overweging 5.8.
39 Oordeel 2004-29.
40 Art. 12, tweede lid, onderdeel d, AWGB.
41 Zie over dit oordeel ook de bijdragen van Rodrigues (paragraaf 2.2) en van Waaldijk ('Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid', paragraaf 4) aan deze bundel.

staande) ouders dat wel eens alleen op reis gaat met een kind, veel hoger is dan het percentage van gehuwde ouders dat dit doet.[42]

6 NIET-ONTVANKELIJK, NIET VERBODEN, NIET BEVOEGD

Er zijn dit jaar ook enkele (aspecten) van zaken waarbij de CGB niet toekomt aan een inhoudelijk oordeel.

In oordeel 2004-171 verklaart de CGB het verzoek van de alleenstaande die klaagde over het hanteren van een franchise bij de opbouw van zijn pensioen, *niet-ontvankelijk*, voorzover het verzoek betrekking heeft op de periode vóór 1 januari 2002, toen artikel 5, zesde lid, van de AWGB nog alle pensioenvoorzieningen uitzonderde van het verbod van onderscheid naar burgerlijke staat.

Eveneens op grond van de tot 1 januari 2002 geldende versie van artikel 5, zesde lid, komt de CGB in oordeel 2004-35 tot de conclusie dat er ten aanzien van een tweeverdiener in de periode daarvoor *geen verboden onderscheid* op grond van burgerlijke staat is gemaakt door het hanteren van een franchise bij de opbouw van haar pensioen (zie ook de annotatie van De Lange bij oordeel 2004-34). Ook in dit geval had beter gesproken kunnen worden van niet-ontvankelijkheid, omdat het niet aan de CGB is om te oordelen dat het vermeende onderscheid naar burgerlijke staat ook niet verboden wordt door Grondwet, Europees en internationaal recht.

In oordeel 2004-7 oordeelt de CGB zich *niet-bevoegd* om te oordelen over de klacht van een lid van een vereniging voor mensen met HIV, omdat de klacht betrekking heeft op internverenigingsrechtelijke activiteiten (zoals de gang van zaken met betrekking tot een algemene ledenvergadering) en dus niet op het aanbieden van een goed of een dienst in de zin van de AWGB.[43]

Het is niet duidelijk waarom de CGB soms spreekt van niet-ontvankelijkheid en soms van onbevoegdheid. Ik denk dat het helderder zou zijn om in alle gevallen waarin geklaagd wordt over iets dat buiten de werkingssfeer van de AWGB valt, van onbevoegdheid te spreken. Het is al ingewikkeld genoeg.

7 CONCLUSIES

De belangrijkste winst van het jaar 2004 is waarschijnlijk dat de CGB lijkt te erkennen dat een sollicitant soms onjuiste informatie mag verstrekken over zijn of haar seksuele gerichtheid en over het geslacht van zijn of haar partner (oordeel 2004-104). De CGB impliceert dit in een zaak waarin ook blijkt dat het soms wel degelijk mogelijk is om vast te stellen dat er direct onderscheid gemaakt is tijdens de sollicitatiefase.

Verder lijkt de CGB, in haar tweede danswedstrijdenoordeel (2004-116), nu erkend te hebben dat *it takes two to be of the same sex*, en dat er bij onderscheid tussen gelijkgeslachtelijke en verschillendgeslachtelijke uitingen sprake kan zijn van *direct*

42 Zie over dit oordeel ook paragraaf 7.1 van de bijdrage van Burri & Cremers-Hartman aan deze bundel, alsmede de themabijdrage van Waaldijk (zie noot 41).

43 Overigens had de CGB zich vorig jaar, in oordeel 2003-57, op klacht van dezelfde man wel bevoegd geacht om te oordelen over vermeend onderscheid wegens heteroseksuele gerichtheid in het kader van de open, ook voor niet-leden toegankelijke activiteiten van dezelfde vereniging.

onderscheid naar seksuele gerichtheid, ook al staat dat onderscheid los van de eventuele seksuele voorkeur van de betrokken personen.

Opvallend aan vier van de acht oordelen met betrekking tot burgerlijke staat is, dat het vermeende onderscheid betrekking heeft op het al dan niet hebben van kinderen.[44]

44 De andere vier oordelen betreffen het hanteren van de franchise bij de pensioenopbouw. Deze worden in deze bundel kritisch besproken in de themabijdrage van Waaldijk, paragraaf 5 (zie noot 41). Oordeel 2004-34 is integraal in de bundel opgenomen en geannoteerd door De Lange.

Arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst

Mr. D.J.B. de Wolff

1 INLEIDING

Onderscheid in de arbeidsvoorwaarden kan in strijd zijn met de wet als dat onderscheid plaatsvindt wegens de arbeidsduur (art. 7:648 lid 1 BW) of wegens het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst (art. 7:649 lid 1 BW). Onderscheid op grond van één van deze kenmerken is verboden, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor wordt aangevoerd. Het maakt daarbij niet uit of er sprake is van direct onderscheid of indirect onderscheid. Van indirect onderscheid kan sprake zijn indien een criterium wordt gehanteerd dat in de praktijk leidt tot uitsluiting van verhoudingsgewijs meer werknemers van een bepaalde categorie. Een voorbeeld is het hanteren van een anciënniteitseis bij de toelating tot een pensioenregeling. Indien in de praktijk vooral tijdelijke krachten door het hanteren van zo'n eis buiten die regeling worden gehouden, is er sprake van indirect onderscheid. Voor overheidsorganisaties en ambtenaren gelden overeenkomstige bepalingen in de Ambtenarenwet.[1]

De CGB oordeelde in 2004 vijftien keer over de vraag of in strijd was gehandeld met het verbod van onderscheid wegens arbeidsduur en zeven keer over de reikwijdte van het verbod van onderscheid wegen het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De oordelen komen hieronder alle aan de orde. Verder valt te wijzen op het feit dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het verslagjaar enkele arresten wees die relevant zijn voor de positie van deeltijders. Kortheidshalve verwijs ik voor een bespreking daarvan naar de bijdrage van Veldman elders in deze bundel.

2 ARBEIDSDUUR

Net als in vorige jaren gaat het ook in 2004 bij de toetsing aan het verbod van onderscheid op grond van de arbeidsduur meestal om secundaire arbeidsvoorwaarden zoals reiskosten- en ziektekostenregelingen. Hieruit mag overigens niet worden afgeleid dat in de praktijk geen onderscheid wordt gemaakt in de primaire arbeidsvoorwaarden. Uit een in het verslagjaar gepubliceerd onderzoek van de Arbeidsinspectie blijkt dat deeltijders in de marktsector op uurbasis 5% minder verdienen dan voltijders, zonder dat dat kan worden verklaard uit factoren als het functieniveau.[2]

---

1 Respectievelijk artikel 125g en 125h Ambtenarenwet.

2 J. Hoeben en P.M. Venema, *De arbeidsmarktpositie van werknemers in 2002. Een onderzoek naar de verschillen in beloning en mobiliteit tussen groepen werknemers*, Den Haag augustus 2004, p. 47.

Een hogere eigen bijdrage voor deeltijders voor het privé-gebruik van de lease-auto kan volgens de CGB gerechtvaardigd zijn als de werknemers een zeker privé-voordeel van de auto (kunnen) hebben en de lease-auto moet worden gezien als een beloningscomponent (oordeel 2004-69).[3] Als dat niet het geval is, mag de eigen bijdrage voor deeltijders niet hoger zijn dan voor voltijders. Dat oordeel (2004-18) gaf de CGB naar aanleiding van het verzoek van een buitendienstmedewerker die 36 in plaats van 40 uur per week wilde werken, maar nog evenveel zakelijke kilometers moest blijven rijden.

De CGB acht het niet in strijd met artikel 7:648 BW om de eigen bijdrage voor de lease-auto te verhogen als de werknemer ouderschapsverlof opneemt, in het geval die auto als een arbeidsvoorwaarde moet worden gezien en niet als een noodzakelijk bedrijfsmiddel. Er is tijdens het ouderschapsverlof namelijk geen sprake van onderscheid op grond van de arbeidsduur, omdat de formele arbeidsduur niet wordt gewijzigd (oordeel 2004-69). Hoewel de CGB niet was gevraagd ook op andere gronden te toetsen, zoals indirect onderscheid op grond van geslacht, merkt de Commissie in dit oordeel op dat er van enige andere vorm van verboden onderscheid geen sprake kan zijn, gezien het bepaalde in artikel 6:1 Wet arbeid en zorg. Dat artikel bepaalt dat een recht op *on*betaald ouderschapsverlof bestaat. Indien de lease-auto als een arbeidsvoorwaarde, dat wil zeggen als een salarisbestanddeel moet worden gezien, kan daarop dan ook naar rato worden gekort tijdens het ouderschapsverlof.

Een niet acceptabele reiskostenregeling was aan de orde in oordeel 2004-167. Om voor een gedeeltelijke vergoeding van de reiskosten in aanmerking te komen dienden medewerkers jaar- of maandabonnementen van het openbaar vervoer over te leggen. Een medewerkster die slechts drie keer per week reisde, stelde begrijpelijkerwijs dat zij met abonnementen duurder uit was, dan wanneer zij dagelijks een kaartje kocht. Het argument van de werkgever, dat het betalen van vergoedingen op basis van losse kaartjes administratief bewerkelijk was, werd door de CGB als een onvoldoende rechtvaardiging van de hand gewezen (oordeel 2004-167).

De toegang tot de collectieve ziektekostenregeling stond centraal in oordeel 2004-162. De werkgever liet alleen werknemers die meer dan 50% van de voltijdse arbeidsduur werken tot die regeling toe. Deze werknemers ontvingen dan bovendien een tegemoetkoming van de werkgever in de premiekosten ter hoogte van bijna 5% van het premieplichtige loon. Een werkneemster met een kleine deeltijdbaan werd daardoor benadeeld en klaagde daar met succes over. De CGB maakt korte metten met het argument van de werkgever dat kleine deeltijders vaak al in de polis van hun partner zijn meeverzekerd. Dat is immers geen reden om deze werknemers de keuze voor een eigen verzekering en de tegemoetkoming van de werkgever te onthouden. In een andere zaak over ziektekostenverzekeringen, oordeel 2004-101, was de vraag aan de orde of verboden onderscheid wordt gemaakt als de premie voor de na beëindiging van een aanstelling voortgezette ziektekostenverzekering wordt gebaseerd op het voltijdse salaris, ongeacht de eerdere arbeidsduur. Verweerder was het uitvoeringsinstituut dat die verzekeringen voortzette en het antwoord van de Commissie op die vraag luidde positief: postactieve deeltijders werden gedupeerd en daarvoor bestond volgens de Commissie geen objectieve rechtvaardiging. De Commissie had eerder in een vergelijkbare zaak (oordeel 2001-10) vastgesteld dat er geen sprake was van onderscheid in de situatie waarin iedere postactieve ambtenaar eenzelfde goed (verzekering) ontvangt voor eenzelfde prijs; in het toen beoordeelde

3 In dezelfde zin in een vergelijkbare zaak Ktr. Utrecht 3 juli 2001, *JAR* 2001/194.

geval was dat 75% van de heffingsgrondslag. In oordeel 2004-101 overweegt de CGB echter dat de mogelijkheid om de ziektekostenverzekering na de aanstelling voort te zetten een 'arbeidsvoorwaarde met een looncomponent' vormt, 'waarbij het gebruikelijk is om verschillen tussen deeltijders en voltijders naar rato van de deeltijdfactor te berekenen'. Wat nu precies het relevante verschil is met de zaak uit 2001 maakt de CGB echter niet duidelijk, waarmee in deze toch vaak al ingewikkelde materie eerder meer dan minder verwarring ontstaat.

De financiële compensatie voor de taakverzwaring van een docent die tevens afdelingsleider is was onderwerp van geschil in oordeel 2004-9. De compensatie werd afgeleid van het salaris van een docent. Een deeltijddocent had berekend dat zijn compensatie voor de bijkomende functie van afdelingsleider daardoor geringer was dan die van een vergelijkbare voltijder, terwijl anderzijds de verantwoordelijkheden even zwaar wogen. De Commissie was het met de deeltijddocent eens dat hiervoor niet met succes een objectieve rechtvaardiging kon worden aangevoerd.

Kent een werkgever een jubileumuitkering aan werknemers toe, dan hoort hij duidelijk te kunnen maken wat de precieze criteria zijn om voor zo'n uitkering in aanmerking te komen. Een notariskantoor had gesteld dat de lengte van het dienstverband één van die criteria was, maar verder geen inzicht geboden in de afwegingen. Een deeltijdwerknemer bij dat kantoor, die na een 25-jarig dienstverband zo'n gratificatie had verwacht, klaagde met succes bij de Commissie over het feit dat zij de jubileumuitkering misliep (oordeel 2004-54).

Een oordeel van vrij groot praktisch belang voor deeltijders en hun werkgevers lijkt mij oordeel 2004-151, dat handelt over de compensatie van feestdagen die op de vaste vrije dagen van deeltijders vallen. De CGB gaf eerder overigens al eens een identiek oordeel.[4] Een medewerkster die de maandag als vaste vrije dag aanhoudt, klaagde met succes over het feit dat haar voltijdse collega's meer profijt hebben van de christelijke feestdagen, waaronder tweede paasdag en tweede pinksterdag. Eenzelfde klacht kan met betrekking tot hemelvaartsdag geuit worden door een werknemer die de donderdag als vaste vrije dag heeft. Voor de CGB is de casus een ABC-tje: ja, benadeling van deze deeltijders, neen, geen objectieve rechtvaardiging, want er zijn systemen denkbaar die minder nadelig uitpakken, met name een systeem waarin de feestdagen naar rato zijn verdisconteerd in het totale aantal op jaarbasis te werken uren. En ja, dat is natuurlijk een beetje lastig. Maar de Commissie voegt eraan toe dat de rijksoverheid er al een dergelijk systeem op nahoudt, het is dus mogelijk en uitvoerbaar.

Van onderscheid ten nadele van voltijders is sprake in oordeel 2004-117. De zaak gaat over de vraag van een werkgever zelf of het toegestaan is alleen aan deeltijders de mogelijkheid te bieden afstand te doen van ADV-dagen tegen salarisverhoging. De werkgever meende alleen deeltijders die keuze te moeten bieden in verband met de continuïteit van de werkzaamheden. De Commissie meende echter dat dat doel ook bereikt kon worden als aan alle medewerkers de gelegenheid werd geboden ADV-dagen af te kopen en deelt de werkgever mee dat hij met zijn voorgenomen beleid in strijd zal handelen met de wet. Daarbij valt op dat de CGB artikel 7:649, eerste lid, BW (het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst) noemt en niet artikel 7:648, eerste lid, BW (het verbod van onderscheid op grond van de arbeidsduur). Wellicht is hier sprake van een verschrijving. Wellicht echter ook niet, omdat de werkgever eveneens had

4 Oordeel 2002-11.

aangegeven dat hij het ADV-beleid alleen aan het zittende personeel wilde aanbieden. Dat zou kunnen betekenen dat de werkgever ook onderscheid op grond van de al dan niet tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst dreigde te maken, nu immers toekomstige medewerkers mogelijkerwijze relatief vaak op basis van een tijdelijk contract werkzaam zullen zijn. Dat wordt echter allemaal niet in het oordeel overwogen, zodat het een beetje gissen blijft wat de CGB nu eigenlijk precies bedoelde.

De wijze van inroosteren van medewerkers is punt van geschil in oordeel 2004-111. Een nieuw systeem van arbeidstijdenmanagement leidde ertoe dat van deeltijders meer flexibiliteit werd verwacht dan voorheen. Iedere medewerker zou in beginsel op zes dagen per week kunnen worden ingeroosterd en de deeltijders betoogden dat dat systeem voor hen nadeliger kon uitpakken dan voor voltijders. De werkgever voerde aan het nieuwe systeem te moeten invoeren om de concurrentiepositie te versterken. Bovendien zegde de werkgever toe dat er zoveel mogelijk met de wensen, de persoonlijke verantwoordelijkheden en met name met de zorgtaken van de deeltijders rekening zou worden gehouden bij de inroostering. De CGB achtte deze reactie een voldoende overtuigende objectieve rechtvaardiging.

De reikwijdte van het begrip arbeidsvoorwaarden was aan de orde in oordeel 2004-58. In een grafisch bedrijf moeten werknemers afvloeien als gevolg van een bezuinigingsoperatie. Op grond van het afspiegelingsbeginsel geeft de CWI toestemming voor opzegging van verzoekster, een in deeltijd werkende traffic coördinator. Haar voltijds werkende collega, later, tijdens het zwangerschapsverlof van verzoekster in dienst gekomen, wordt niet voor ontslag voorgedragen. De werkgever onderbouwt dit door te wijzen op het belang van continuïteit in de functie. De CGB overweegt dat de criteria die een werkgever hanteert bij het voordragen van medewerkers voor ontslag behoren tot het begrip arbeidsvoorwaarden, ook als deze criteria niet vastliggen in een met de vakorganisaties overeengekomen sociaal plan. Deze overweging lijkt mij terecht. Vervolgens oordeelt de CGB dat de werkgever in strijd met artikel 7:648 BW handelde door het dienstverband met de deeltijder op te zeggen. Het waarborgen van de continuïteit kan, aldus de Commissie, 'op verschillende manieren' worden verzekerd. Er is aldus geen objectieve rechtvaardiging voor het opzeggen van het dienstverband met de deeltijder. Dit deel van het oordeel acht ik niet overtuigend. De CGB laat in het midden hoe de afslanking van de afdeling dan wel haar beslag had moeten krijgen. Meent de Commissie dat de voltijdse collega maar alle uren had moeten inleveren? Deze zou zich dan echter waarschijnlijk ook met succes op schending van artikel 7:648 BW hebben kunnen beroepen, omdat zij wegens haar voltijdse dienstverband zou zijn benadeeld. Zouden de beide werknemers dan uren hebben moeten inleveren, en zo ja, hoe dan: gelijkelijk of pro rata? Heeft de CGB zich gerealiseerd dat een dergelijke benadering zich slecht verdraagt met de wijze waarop de ontslagautoriteit, de CWI, opereert? Naar mijn mening had de CGB hier beter wat terughoudender kunnen opereren. De vrijheid van de werkgever bij het voordragen van werknemers voor ontslag is hoe dan ook beperkt door de normen van het Ontslagbesluit en de toetsing door de CWI. De CWI is daarbij op grond van artikel 7:1 Ontslagbesluit gehouden aandacht te besteden aan het tegengaan van discriminatie. Als de Commissie werkelijk invloed had willen uitoefenen op de lastige keuzes die een werkgever in een reorganisatie heeft te maken, had de Commissie aan de hier gestelde vragen naar mijn smaak eigenlijk niet voorbij mogen gaan.

Interpreteert de CGB het begrip arbeidsvoorwaarden in oordeel 2004-58 ruim, het bereik van artikel 7:648 BW kan ook weer niet eindeloos opgerekt worden. Niet zelden lijken werknemers die verlof opnemen of minder willen werken zich ongelijk

behandeld of gedupeerd te voelen en tevergeefs een beroep op het verbod van onderscheid wegens arbeidsduur te doen. Een werkneemster klaagt in de zaak die leidt tot oordeel 2004-25 tevergeefs over onderscheid op grond van arbeidsduur als zij negatief beoordeeld en uiteindelijk ontslagen wordt na een periode van meer dan twee jaar waarin zij tweemaal zwangerschaps- en bevallingsverlof en tweemaal ouderschapsverlof opneemt. Er ontstaat een arbeidsconflict waarbij de medewerkster tal van grieven bij de CGB aan de orde stelt. Terecht stelt de CGB vast dat de hele gang van zaken geen onderscheid oplevert op grond van een verschil in arbeidsduur. Een vergelijkbare casus en uitkomst zijn te vinden in oordeel 2004-86. Ook werknemers die minder uren willen werken, veelal na de komst van een kind, en het met hun werkgever niet eens kunnen worden over de arbeidsduur of de functie-inhoud na urenvermindering, kunnen zich in het algemeen niet met succes tot de CGB wenden, zo volgt uit de oordelen 2004-53 en 2004-115. Uiteraard kunnen deze werknemers zich beroepen op de Wet aanpassing arbeidsduur, maar die wet kent geen bevoegdheden toe aan de CGB.

3 ARBEIDSOVEREEENKOMST VOOR BEPAALDE OF ONBEPAALDE TIJD

Als gezegd hadden zes oordelen in 2004 betrekking op het verbod van onderscheid wegens het vaste of tijdelijke karakter van een arbeidsovereenkomst. In vier gevallen ging het daarbij om het hanteren van een wachttijd voor de toetreding tot de pensioenregeling van de werkgever. Vanwege het belang van die problematiek sta ik hier iets langer bij stil.

De oordelen 2004-16 en 2004-17 hadden betrekking op een medewerker die voor de duur van een jaar in dienst was getreden. De werkgever weigerde de man tot de pensioenregeling toe te laten en verwees daarbij naar de afspraken die met de pensioenverzekeraar waren gemaakt. Dat gebeurde overigens kennelijk nadat er al andere problemen tussen partijen waren gerezen, want het jaarcontract was na bijna zes maanden door de kantonrechter ontbonden. In het eerste oordeel, 2004-16, spreekt de CGB uit dat de werkgever door het hanteren van een dergelijke lange wachttijd in strijd met de wet handelde.[5] De door de werkgever aangevoerde objectieve rechtvaardiging, het voorkomen van de opbouw van marginale pensioenen, werd door de CGB gewogen en te licht bevonden. De CGB maakt daarbij duidelijk dat het feit dat pensioenrechten kunnen worden afgekocht beneden een bepaalde waarde, nog niet impliceert dat daarmee een objectieve rechtvaardiging voor ongelijke behandeling is gegeven.

Ook de pensioenverzekeraar overtreedt volgens de CGB de wet. Deze verzekeraar trad als verweerder op in de zaak die leidt tot oordeel 2004-17. Omdat het verbod van onderscheid zich uitstrekt over al degenen die de arbeidsvoorwaarden (mede) bepalen, was het verzoek ontvankelijk (art. II van de wet van 7 november 2002, *Stb.* 2002, 560). De CGB oordeelde dat de verzekeraar in zijn berichtgeving aan werkgevers eerder duidelijk had moeten maken wat de implicaties waren van het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.

---

5 Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7:649 BW leek de regering een wachttijd van een jaar, vormgegeven als een drempelperiode waarna met terugwerkende kracht opname in de pensioenregeling zou moeten volgen, overigens in het algemeen wel redelijk te achten (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 661, nr. 10, p. 10), waarbij voor de regering overigens voorop stond dat iedere vorm van indirect onderscheid naar de tijdelijkheid van een arbeidsovereenkomst altijd aan de hand van concrete feiten en omstandigheden moet worden onderbouwd.

Een werkgever die zelf een oordeel van de CGB had gevraagd over een wachttijd voor de toetreding tot het pensioen, oordeel 2004-81, hanteerde een wachttijd van drie maanden. Over de toelaatbaarheid van die wachttijd laat de CGB zich niet expliciet uit. De werkgever, een bedrijf dat veel buitenlandse seizoenswerkers in dienst had, voerde daarbij echter als beleid om werknemers die korter dan drie maanden in dienst waren te compenseren voor het gemis aan pensioen. Die compensatie bleek echter 2/3 deel te bedragen van de compensatie die werknemers ontvingen als zij langer dan drie maanden in dienst bleven. Dat verschil in compensatie kon de werkgever in de ogen van de CGB niet objectief rechtvaardigen.

Een wachttijd van zes maanden voor de pensioenregeling was aan de orde in oordeel 2004-76, een oordeel over eigen handelen van een werkgever en diens pensioenverzekeraar. Bijzonder aan de pensioenregeling was dat de werknemers zelf 100% van de premie betaalden en het verzoek dus betrekking had op een sigaar uit de eigen doos van de werknemers. De werkgever rekende voor dat als een werknemer minder dan zes maanden premie betaalde, de inleg na premievrijmaking in een jaar of tien zou verdampen door beheerskosten van de verzekeraar. Op grond daarvan vond de CGB het hanteren van een drempelperiode gerechtvaardigd. Expliciet merkt de Commissie daarbij op dat haar oordeel anders zou kunnen luiden indien de pensioenvoorziening niet volledig door de werknemers zelf zou worden bekostigd. De CGB had zich volgens mij beter van deze hele zaak af kunnen maken door te overwegen dat het verzoek eigenlijk niet een arbeidsvoorwaarde betrof, nu de werkgever zelf geen premiebetalingen toezegde. Met haar oordeel roept de CGB immers vooral vragen op, met name de vraag welke wachttijd nu eigenlijk gerechtvaardigd is in het normale geval dat de werkgever geheel of grotendeels de pensioenpremie betaalt. Als een premievrije waarde na verloop van tien jaar is verdampt, lijkt dat immers steeds een objectieve rechtvaardiging, ook in het geval de werkgever het pensioen bekostigt. Wellicht wil de CGB dat de werkgever in zo'n geval in plaats van een premiestorting een andere financiële compensatie aan de werknemer aanbiedt. Het zou voor de CGB wellicht overweging verdienen om in overleg met de pensioenverzekeraars een handleiding te publiceren over de problematiek van de wachttijd voor de pensioenregelingen en daarin voor de praktijk wat knopen door te hakken.

Opmerkelijk is nog het volgende: in oordeel 2004-16 laat de CGB zich uit over de vraag of het hanteren van een wachttijd voor een pensioenregeling in de praktijk meer tijdelijke werknemers zal treffen. De CGB houdt het ervoor dat het 'zonder meer aannemelijk' is dat juist degenen met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nadeel zullen ondervinden van deze bepaling, omdat zij vaker dan werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst komen na een jaar niet meer voor de werkgever werkzaam zullen zijn (overweging 5.5). In oordeel 2004-127, een zaak over de toekenning van een winstuitkering, waarbij relevant is of een medewerker op een half jaar na ommekomst van het refertejaar feitelijk nog in dienst van de werkgever was, redeneert de CGB echter anders. Op basis van de cijfers over het verloop van het personeelsbestand kon de CGB in die zaak niet vaststellen of feitelijk meer tijdelijke dan vaste krachten door de eis van de peildatum werden getroffen (overweging 4.8). Daarmee kon de CGB geen onderscheid vaststellen tussen de beide groepen werknemers. Onduidelijk is waarom het 'zonder meer aannemelijk' is dat tijdelijke krachten minder snel dan vaste krachten gedurende een heel jaar in dienst zullen zijn, terwijl kennelijk niet op het eerste gezicht wordt aangenomen dat tijdelijke werknemers minder snel dan een vaste medewerker nog minstens een half jaar na ommekomst van een bepaald boekjaar in dienst zullen zijn. Gaat de CGB in de ene zaak dus uit van een verder niet onderbouwd 'ervaringsfeit', in de tweede zaak worden cijfers over het personeelsverloop in de overwegingen betrokken. Dit doet onnodig afbreuk aan de voorspelbaarheid van de wijze van de toetsen door de CGB.

Het verbod van onderscheid wegens het vaste of tijdelijke karakter van een arbeidsovereenkomst biedt trouwens niet alle flexibele krachten uitkomst. Een thuiszorgmedewerker had jarenlang als oproepkracht gewerkt voor 25 à 30 uur per week en meende dat zij op dezelfde wijze diende te worden beloond als vaste krachten. Bij de CGB ving zij bot. De CGB meende niet te kunnen vaststellen dat er onderscheid was gemaakt op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de oproepovereenkomst (oordeel 2004-157).

TOT SLOT

In mijn overzichtsbijdragen in de Oordelenbundels van de afgelopen jaren concludeerde ik al vaker dat het bij het verbod van onderscheid naar arbeidsduur vrijwel steeds om klein leed gaat. Het zijn meestal de secundaire arbeidsvoorwaarden of vraagstukken rond roostervrije dagen en ADV waarover de Commissie een oordeel moet vellen. Voor het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst of aanstelling is dat niet anders en dit lijkt vooral relevant voor wat de arbeidsvoorwaarde pensioen betreft. Over dat aspect zou de Commissie in overleg met de pensioenverzekeraars een handzaam advies moeten uitgeven, zodat de vragen die over die vaak ingewikkelde materie leven, met name onder welke omstandigheden een bepaalde wachttijd gerechtvaardigd is, van een duidelijk antwoord worden voorzien.

Handicap of chronische ziekte[1]

Mr. M. Kroes

1 INLEIDING

In het eerste volle jaar dat de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (hierna: WGBH/CZ) van kracht is, heeft de CGB achttien oordelen uitgesproken. Dit aantal is slechts een fractie van de totale hoeveelheid vragen die bij de CGB in 2004 zijn binnengekomen. Het is ook (veel) minder dan verwacht. De meest voor de hand liggende verklaring kan gevonden worden in de zeer beperkte reikwijdte van de WGBH/CZ. Het toepassingsbereik is vooralsnog klein, slechts op de terreinen arbeid en beroepsopleiding biedt de WGBH/CZ bescherming. Zelfs als we daarbij in ogenschouw nemen dat bijna 16% van de 15-64-jarige bevolking bestaat uit arbeidsgehandicapten[2] is het aantal oordelen nog steeds gering te noemen. Aandachtspunten lijken dan ook om de werkingssfeer van de wet zo snel mogelijk uit te breiden en aan de WGBH/CZ als geheel meer bekendheid te geven. De stand van zaken met betrekking tot de aanbouw wordt in paragraaf 2 besproken. In de paragrafen 3 en 4 ga ik beknopt in op een aantal andere ontwikkelingen op het terrein van gelijke behandeling c.q. non-discriminatie van mensen met een functiebeperking. Aandacht krijgen hier ook de relevante adviezen die de CGB in 2004 heeft doen uitgaan. Uiteraard staat in dit commentaar de bespreking van de oordelen centraal, zie paragraaf 5. Het geheel wordt in paragraaf 6 afgesloten met een korte beschouwing.

2 UITBREIDING WGBH/CZ NAAR ANDERE BELEIDSTERREINEN

2.1 Openbaar vervoer

De WGBH/CZ is bedoeld als aanbouwwet. De eerste steen is gelegd op 1 december 2003 toen de wet in werking is getreden voor de terreinen arbeid en beroepsopleiding.[3] In de huidige wettekst is in de artikelen 7 en 8 de gelding voor het openbaar vervoer opgenomen. Deze bepalingen zijn echter nog niet van kracht. De vooruitzichten hiervoor zijn ook niet al te rooskleurig. In de beleidsbrief over de toegankelijkheid van het openbaar vervoer van de Minister van Verkeer en Waterstaat van november 2004 wordt ingegaan op de te volgen stappen.[4] De brief besteedt afzonderlijk aandacht aan de WGBH/CZ:

---

1 Met dank aan mr. Jan Jasper Homan voor zijn waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit commentaar.

2 Bron: http://www.cbs.nl/nl/publicaties/artikelen/arbeid/arbeidsmarkt/v4/2005/2005-k1-v4-p027-art.pdf.

3 Zie voor totstandkoming en verhouding tot EG-kaderrrichtlijn en artikel 1 van de Grondwet onder meer M.H.S. Gijzen, 'Het nieuwe gelijkebehandelingsrecht voor gehandicapten en chronisch zieken', in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003.

4 *Kamerstukken II* 2004/05, 23 645, nr. 81 met bijlagen d.d. 23 november 2004.

> 'Om de WGBH/CZ van toepassing te kunnen verklaren op het openbaar vervoer is het derhalve van belang om enigszins in beeld te hebben wat dit betekent voor de bedrijfsvoering van de openbaar vervoerbedrijven en voor de inhoud van de concessies op basis waarvan zij opereren. Voorkomen moet worden dat het in de WGBH/CZ neergelegde recht op gelijke behandeling een lege huls wordt, waarbij degene met beperkingen bij het eerste beroep in het ongelijk wordt gesteld, omdat de rechter van mening is dat de gewenste aanpassing onevenredig is gezien de belangen van het bedrijf. Op korte termijn wordt in kaart gebracht wat de gevolgen zijn van de inwerkingtreding van de WGBH/CZ voor het openbaar vervoer. Daarbij zal nadrukkelijk aandacht worden besteed aan de mogelijkheden van modulaire invoering. Voor zover de tekst van de huidige wet de voorgestane modulaire invoering uitsluit, zal deze aanpak worden gerealiseerd in het voorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling (integratiewet AWGB). Het resultaat van dit onderzoek zal de Kamer in 2005 worden aangeboden.'[5]

Vooralsnog werd in de stukken uitgegaan van het jaartal 2010 voor de stads- en streekbussen, terwijl voor het spoor de wet eerst in 2030 van kracht zou worden. In het advies van de CGB naar aanleiding van het wetsontwerp uitbreiding WGBH/CZ met het terrein wonen, doet de Commissie ongevraagd de aanbeveling om de toegankelijkheid van het openbaar vervoer op een zo kort mogelijke termijn te realiseren.[6] In het advies benadrukt de CGB het belang van vervoersmogelijkheden voor de deelname van gehandicapten aan het maatschappelijk verkeer. Dit belang staat ook centraal in een kortgedingprocedure die eerder in 2004 door een groot aantal belangenorganisaties van mensen met een functiebeperking is aangespannen tegen de Staat. De president van de Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde over de limitering van het aantal voor sociaal-recreatieve doeleinden af te leggen kilometers door gehandicapten.[7] Het per 1 april 2004 ingevoerde nieuwe vervoerssysteem voor bovenregionaal vervoer (onder de naam Valys) werkt volgens de voorzieningenrechter uit op een manier die in strijd komt met de grondrechten. De president overweegt dat niet staande kan worden gehouden dat:

> 'de limieten in elk individueel geval voldoende beantwoorden aan de rechten op gelijke behandeling, bewegingsvrijheid en een privé- en gezinsleven'. Om vervolgens in het midden te laten 'of er *ook* (curs. mk) sprake is van schending van de andere rechten waarop eisers zich beroepen'.

Desondanks wijst de rechter geen van de ingestelde vorderingen toe, omdat hij dat niet zijn taak acht.[8] Tegen dit oordeel is hoger beroep ingesteld.

2.2 *Wonen*

De in december 2003 toegezegde uitbreiding van de WGBH/CZ met het beleidsterrein wonen laat nog op zich wachten.[9] Er ligt een wetsontwerp dat ter advisering aan diverse veldpartijen – en ook aan de CGB – is voorgelegd. Het ontwerp beperkt zich tot de immateriële aspecten van wonen, het sluiten van (huur)overeenkomsten en dergelijke. De materiële aanpassingen blijven voorlopig vallen onder de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG). Voorlopig omdat het kabinet er naar streeft dit onderdeel onder te gaan brengen in de toekomstige Wet maatschappelijke

5 *Kamerstukken II* 2004/05, 23 645, nr. 81, p. 10.
6 CGB-advies 2004/08, 8 december 2004.
7 *NJ* 2004, 484.
8 Alle processtukken zijn te raadplegen op www.cg-raad.nl.
9 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 355, nr. 3, p. 1: 'Wij zijn voornemens de huidige Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) uit te breiden met het onderwerp wonen.'

ondersteuning (Wmo). De CGB is allerminst positief over het kabinetsvoornemen om artikel 2 WGBH/CZ (inzake de doeltreffende aanpassing) niet van toepassing te laten zijn op het terrein wonen. De Commissie overweegt in het advies onder meer:

> 'De wet is gericht op verbetering van de rechtspositie van mensen met een handicap of chronische ziekte en van de mogelijkheden tot volwaardige participatie. Hoe verhoudt zich deze ratio tot de meer economische benadering van de Wet voorzieningen gehandicapten die er – kort gezegd – op neer komt dat verhuizing moet worden verkozen boven de aanpassing van woning, indien dat goedkoper is?
> Artikel 2 WGBH/CZ is niet van toepassing op het terrein wonen. [...] Toepassing van artikel 2 WGBH/CZ zou in de plaats komen van het verlenen van woonvoorzieningen door de gemeente; bovendien zou de verplichting tot woningaanpassing een negatieve prikkel betekenen voor het huisvesten van huurders met een handicap. Staan de publiekrechtelijke regelingen eraan in de weg de gehandicapte of chronisch zieke een aanspraak op woningaanpassing te geven jegens de verhuurder? Waarom gaan zij niet samen? Juist in de ontoegankelijkheid van woningen voor lichamelijk gehandicapten is de oorzaak van uitsluiting gelegen. Van volwaardige participatie is eerder sprake als de huurder niet afhankelijk is van de gemeente om aanpassing te realiseren dan als de huurder is aangewezen op de gemeente. Zou de norm van artikel 2 WGBH/CZ van toepassing zijn, dan behoeft dit niet te leiden tot onoverkomelijke lasten voor de verhuurder. De bepaling biedt immers ruimte rekening te houden met de specifieke mogelijkheden in het concrete geval. Indien artikel 2 WGBH/CZ niet van toepassing is, welke meerwaarde heeft de wet dan ten opzichte van de algemene norm van artikel 7 AWGB? Zo gezien ligt het voor de hand dat de nieuwe regeling zoveel als mogelijk in de pas loopt met laatstgenoemd artikel. Indien de terminologie en norm niet nauw op elkaar aansluiten, kan de verhuurder van een wooncomplex te maken krijgen met verschillende regels van gelijke behandeling. Dat is niet wenselijk.'[10]

2.3 Overige beleidsterreinen

De studie op het terrein van het algemeen vormend primair en voortgezet onderwijs is nog gaande.[11] De anomalie dat dit funderend onderwijs niet onder de WGBH/CZ valt, is in oordeel 2004-55 door de CGB bekritiseerd (hierover later meer). Op de rest van het – voor de volwaardige participatie aan de samenleving – essentiële terrein van goederen en diensten heerst een oorverdovende stilte. De eerste motie waarin de Tweede Kamer om uitbreiding van de WGBH/CZ heeft gevraagd (de motie Passtoors c.s.) dateert van 19 juni 2001 (sic).[12] Een jaar later werd in de motie Bussemaker c.s. expliciet gevraagd om uitbreiding naar goederen en diensten.[13]

3 WGBH/CZ EN AWGB

3.1 Implementatiewet

Met de EG-implementatiewet AWGB zijn enkele niet in de oorspronkelijke WGBH/CZ opgenomen elementen (zoals het verbod van intimidatie en opdracht geven tot het maken van onderscheid) uit de kaderrichtlijn alsnog geïmplementeerd.[14]

---

10 CGB-advies 2004/08.
11 Er is op het moment van schrijven geen zicht op de stand van zaken.
12 *Kamerstukken II* 2000/01, 24 170, nr. 68H.
13 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 15.
14 Kamerstuknummer 28 770; *Stb.* 2004, 119 en 120; zie ook paragraaf 5.6.

3.2 *Integratie in AWGB*

Uit de beantwoording van vragen bij de begrotingsbehandeling van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden blijkt dat in 2005 het wetsvoorstel tot integratie van de WGBH/CZ in de AWGB te verwachten is: 'De integratie van deze wetten is toegezegd in december 2002 door de Staatssecretaris van VWS in reactie op een motie Mosterd c.s. die opriep tot integratie van de WGBH/CZ. Vrijwel gelijktijdig heeft de Staatssecretaris van SZW toegezegd dat ook de WGBL in het integratietraject zal worden meegenomen. Het is de verwachting dat begin 2005 een wetsvoorstel voor advies aan de Raad van State gestuurd kan worden.'[15]

4 ONTWIKKELINGEN NAAST DE WGBH/CZ

4.1 *Nationaal*

In augustus 2004 verscheen de nota van de Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties inzake de mogelijke opname van de grond handicap in artikel 1 van de Grondwet.[16] In de nota wordt – onder verwijzing naar rechtsontwikkelingen die de grond handicap al als 'verdacht' zouden bestempelen – afgezien van aanpassing van artikel 1 van de Grondwet. De CGB kan zich in dit standpunt niet vinden. De conclusie in het advies luidt:

> 'De CGB pleit, in het verlengde van de motie-Rouvoet c.s., voor aanvulling van de in artikel 1 Gw genoemde gronden in de eerste plaats vanuit het oogpunt van consistentie van wetgeving en in de tweede plaats omdat bij discriminatie wegens een van de benoemde gronden van artikel 1 Grondwet in de rechtspraktijk meer bescherming wordt gegeven dan bij onderscheid op een niet benoemde grond. De CGB ziet geen reden om deze grotere bescherming te onthouden aan personen die op grond van handicap of chronische ziekte worden gediscrimineerd.
> De CGB meent dat dezelfde redenen van consistente wetgeving en optimale rechtsbescherming gelden voor de gronden nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat en leeftijd. De CGB adviseert derhalve om ook deze gronden toe te voegen aan artikel 1 Gw.'[17]

De tweede nationale ontwikkeling die aandacht verdient, is het uitblijven van strafrechtelijke bescherming tegen discriminatie op grond van handicap. Het oorspronkelijke wetsvoorstel om het Wetboek van Strafrecht te wijzigen dateert van 5 februari 2002.[18] Dit wetsvoorstel betrof de voorgestelde wijziging van de artikelen 137c tot en met 137f Sr. Na afwisselende periodes van heftige discussies en lange stiltes is in juli 2004 in de Tweede Kamer een compromis bereikt om ook discriminatie op grond van handicap in het sociaal-economisch verkeer strafbaar te stellen.[19]

---

15 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VII, nr. 8.
16 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 355, nr. 7.
17 CGB-advies 2004/03; motie Rouvoet van 20 december 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000, nr. 63.
18 Kamerstuknummer 28 221.
19 'Artikel 429quater wordt als volgt gewijzigd:
1. Voor de tekst wordt de aanduiding »1.« geplaatst.
2. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij wiens handelen of nalaten in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf zonder redelijke grond, ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat ten aanzien van personen met een lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt tenietgedaan of aangetast.'

Merkwaardigerwijs heeft de CGB over een mogelijke uitbreiding van het discriminatieverbod negatief aan de vaste commissie van justitie van de Tweede Kamer geadviseerd:

> 'De CGB geeft er de voorkeur aan om in het kader van de WGBH/CZ eerst op deze wijze ervaring op te doen met 'sanctioneren', alvorens discriminatie wegens handicap in het sociaal-economische verkeer strafbaar te stellen. Eerst nadat ervaring is opgedaan met de WGBH/CZ zal meer duidelijkheid bestaan of, en zo ja in welke vorm, strafbaarstelling van discriminatie wegens handicap in de artikelen 137g en 429quater Sr. een effectieve extra bijdrage kan leveren aan het realiseren van gelijke kansen, integratie en toegankelijkheid voor mensen met een handicap (of chronische ziekte).'[20]

Waarom voor de grond handicap de strafrechtelijke bescherming tegen discriminatie niet zou kunnen bestaan naast de beperkte civielrechtelijke bescherming is mij vooralsnog onduidelijk.
Op het moment van schrijven ligt het gewijzigd voorstel van wet bij de Eerste Kamer, die een aantal juridische bezwaren ziet in het bereikte compromis.

4.2 Internationaal

In augustus 2004 kwam de Ad Hoc Commissie van de Verenigde Naties voor de vierde keer bijeen om te komen tot een VN-Conventie ter bescherming van de mensenrechten van mensen met een functiebeperking.[21] In Europa is het met name het European Disability Forum dat zich sterk maakt voor verhoging van het beschermingsniveau van de gelijkebehandelingswetgeving voor de grond handicap.

5 DE OORDELEN

5.1 Het eerste oordeel

Op 8 maart 2004 heeft de Commissie het eerste oordeel op grond van de WGBH/CZ uitgesproken.[22] De gemeente Rotterdam heeft volgens de CGB in strijd met de wet gehandeld.
De verzoeker was al jaren niet in staat om zijn werk als ambtenaar bij de gemeente uit te voeren. In verband met zijn visuele handicap was er om te kunnen functioneren een aantal aanpassingen aan de werkplek noodzakelijk. Het ging onder meer om vergrotingsapparatuur voor de PC en om een ergonomisch verantwoorde opstelling van bureau, stoel en monitor.
Na een periode waarin verzoeker zich op advies van de bedrijfsarts ziek had gemeld, volgde een periode waarin verzoeker thuis zat met bijzonder verlof met behoud van salaris. Al met al vijf jaar non-actief.
In die vijf jaar is er wel van alles gebeurd. Dit heeft geleid tot het afsluiten van een bemiddelingstraject met een vaststellingsovereenkomst in november 2001. Afgesproken werd dat naar een passende functie zou worden gezocht. Het heeft echter niet mogen baten, er is geen passend werk gekomen en ook geen adequaat aangepaste werkplek. Per 14 december 2003 heeft de gemeente het dienstverband beëindigd. Het oordeel van de Commissie beperkt zich tot de periode na de vaststellingsovereenkomst. Door het niet herplaatsen na ziekte en de daarop volgende beëindi-

20 CGB-advies 2004/01.
21 Zie http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/.
22 Oordeel 2004-21.

ging van het dienstverband is een door de wet verboden onderscheid op grond van handicap gemaakt. Opvallend in de zaak is nog dat de CGB in het eindoordeel niet toe kan komen aan een beoordeling van de weigering de werkplek aan te passen. Die aanpassing was immers bij de vaststellingsovereenkomst afhankelijk gemaakt van de herplaatsing en die is er niet gekomen. In overweging 5.37 wordt hier wel bij stilgestaan: 'Partijen hebben het doen van aanpassingen door middel van de vaststellingsovereenkomst afhankelijk gemaakt van een interne herplaatsing. Door het dienstverband met verzoeker te beëindigen is interne herplaatsing niet meer aan de orde en is verweerster haar verplichting tot het doen van aanpassingen uit de weg gegaan.' Een mooie wenk.

5.2 *Onmiddellijke werking*

De WGBH/CZ is op 1 december 2003 van kracht geworden. De CGB staat al in het eerste oordeel expliciet stil bij de bevoegdheidsvraag. Verweerster stelde zich op het standpunt dat de Commissie niet bevoegd zou zijn omdat het handelen en besluiten van vóór de datum van inwerkingtreding betrof. Aangesloten wordt bij bestaande jurisprudentie inzake de onmiddellijke werking. Niet alleen op hetgeen plaatsvindt na de datum van inwerkingtreding, maar ook op hetgeen bestaat op die datum kan de wet worden toegepast.[23] In latere oordelen wordt hier dan ook naar terugverwezen. Bijvoorbeeld in het oordeel betreffende de vraag of verweerster had nagelaten een doeltreffende aanpassing te verrichten in de vorm van het verlenen van extra examentijd aan een dyslectische student.[24] De student voerde aan dat hij daardoor studievertraging had opgelopen en dat leidde er weer toe dat hij niet in oude stijl kon afstuderen, maar over moest stappen naar de nieuwe bachelor-masterstructuur. De gestelde feiten hebben in dit geval de Commissie niet kunnen overtuigen. Kort en bondig wordt in overweging 5.4 de bevoegdheidsvraag beantwoord: 'Op 1 december 2003 is de WGBH/CZ in werking getreden. Omdat de WGBH/CZ geen bijzondere bepaling met betrekking tot overgangsrecht kent, moet als uitgangspunt worden genomen dat deze wet, mede gelet op Aanwijzing 166 van de "Aanwijzingen voor de regelgeving" van 18 november 1992 (*Stcrt*. 1992, 230) onmiddellijke werking heeft (vergelijk HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 661). Dit houdt in dat de wet niet slechts van toepassing is op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding (voort)bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen (zie CGB 8 maart 2004, oordeel 2004-21).'

5.3 *Definities*

Het is goed om na zo'n eerste jaar WGBH/CZ stil te staan bij verschillende definitiekwesties. Allereerst natuurlijk bij die betreffende handicap of chronische ziekte zelf. In oordeel 2004-107 wordt een en ander mede in het licht van de totstandkoming nog eens uiteengezet: 'Een handicap is in beginsel onomkeerbaar. Een chronische ziekte is dat soms niet, maar is in ieder geval langdurig van aard (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9 en p. 24).'[25] In dit geval wordt hier een overweging over de verhouding tot het begrip arbeidsongeschiktheid uit de WAO aan toegevoegd: 'De begrippen handicap en chronische ziekte in de WGB h/cz staan los van het begrip arbeidsongeschiktheid in de WAO. Zij kunnen elkaar overlappen maar dat is niet per definitie het geval. [...] Aangezien de beperkingen van verzoeker langdurig en waarschijnlijk onomkeerbaar zijn, gaat de Commissie er van uit dat

23 Oordeel 2004-21.
24 Oordeel 2004-59, zie ook oordeel 2004-161, overweging 5.3.
25 Zie overweging 5.2.

sprake is van een handicap of chronische ziekte in de zin van de WGB h/cz.' Het resultaat van de WAO-keuring is derhalve niet relevant, de vastgestelde beperkingen daarentegen wel. De onomkeerbaarheid van de beperkingen als vereiste voor toepassing van de wet komt terug in oordeel 2004-157.[26] De relatie met arbeidsongeschiktheid en ziekteverzuim wordt verder uitgewerkt in oordeel 2004-145. De CGB stelt voorop dat de WGBH/CZ het oogmerk heeft personen te beschermen die, al dan niet met een aanpassing, kunnen deelnemen aan (onderdelen van) het maatschappelijk leven, waaronder het arbeidsproces. Perioden van arbeidsongeschiktheid vallen niet onder de bescherming van de WGBH/CZ. Daarnaast staat de beoordeling of er sprake is van een handicap of chronische ziekte in de zin van de wet los van mogelijk (en/of langdurig) ziekteverzuim. Niet elk ziekteverzuim leidt noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat er sprake is van een chronische ziekte en – belangrijker – niet elke werknemer met een handicap of chronische ziekte is (vaker) lang afwezig wegens ziekte.[27] De conclusie in dit geval is dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat gehandicapten en/of chronisch zieken vanwege verzuim vaker dan anderen niet zouden kunnen worden beoordeeld op hun functioneren en daarom uitgesloten worden van loonsverhoging. Door dit type uitgebreide overwegingen schept de CGB in het eerste jaar al enige duidelijkheid over de contouren van de begrippen handicap en chronische ziekte.[28]

Het begrip vermeende handicap kwam in oordeel 2004-67 aan de orde. De WGBH/CZ is ook van toepassing als een persoon ten onrechte (nog steeds) als patiënt wordt beschouwd vanwege een ziekte of ongeval uit het verleden. In dit geval leidt dit de CGB tot de conclusie: 'Nu verzoeker heeft gesteld dat met hem geen nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan vanwege zijn (recente) medische verleden, meer in het bijzonder een hartinfarct, kan hij zich beroepen op de door de WGB h/cz beschermde discriminatiegrond handicap of chronische ziekte.'[29]
Tevens wordt door de Commissie het begrip arbeidsvoorwaarden nader afgebakend. 'Ook het begrip arbeidsvoorwaarden is bij de totstandkoming van de WGB h/cz niet gedefinieerd. Andere wetgeving geeft evenmin uitsluitsel over de manier waarop het begrip arbeidsvoorwaarden in de WGB h/cz moet worden uitgelegd. Dit begrip ziet vanouds op afspraken en regelingen die tussen de werkgever en werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen of die hier gedurende het dienstverband (al dan niet feitelijk) aan zijn toegevoegd. Een afspraak of vast gebruik om het loon regelmatig te indexeren is een arbeidsvoorwaarde. Ook een afspraak of vast gebruik om een WAO-uitkering en/of loon aan te vullen, valt onder dit begrip.'[30] Op dit terrein blijkt duidelijk het voordeel van de ervaring die de Commissie bij de beoordeling van onderscheid op andere gronden al heeft opgedaan. Er kan simpelweg aangesloten worden bij eerdere jurisprudentie en, zoals de CGB uitgebreid doet in oordeel 2004-90, bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake normadressaten.[31] Het ging hier om een collectieve ziektekostenverzekering. De vergoeding van tandheelkundige kosten op basis van die verzekering werd teruggebracht tot 75% indien een langere behandelingsduur nodig is door lichamelijke of verstandelijke handicap. De verzekeraar bestrijdt de toepasselijkheid

26 Zie over dit oordeel ook de bijdrage van De Wolff in deze bundel.
27 Deze conclusie zou de CGB hebben kunnen onderbouwen met een verwijzing naar het rapport van de Commissie Werkend Perspectief, *Onbekend maakt onbemind*, Leiden januari 2004.
28 Zie overwegingen 5.16-5.17.
29 Zie overwegingen 5.4; in overweging 5.11 grijpt de CGB overigens de gelegenheid aan om de uitzondering van artikel 3, onderdeel a, WGBH/CZ restrictief uit te leggen; er worden hoge eisen gesteld aan de motivering van het inderdaad bestaan van een reëel gevaar voor veiligheid en gezondheid, dat niet is op te heffen door een doeltreffende aanpassing.
30 Oordeel 2004-107.
31 Oordeel 2004-90 is intergraal opgenomen in deze bundel, zie overwegingen 5.1-5.18.

van WGBH/CZ, omdat hij geen werkgever is en dus geen normadressaat zou zijn onder de wet. De CGB maakt aan deze illusie een einde: de collectieve ziektekostenverzekering is in dit geval dermate verplichtend dat die deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden. Alle partijen die daarbij betrokken zijn vallen ook onder WGBH/CZ. Het gaat niet aan artikel 4 WGBH/CZ zo uit te leggen dat hierin exclusief de werkgever bedoeld kan zijn. Hiervoor wordt uitvoerig stilgestaan bij de eigen jurisprudentie en die van Hof van Justitie EG.

5.4 *De doeltreffende aanpassing*

Een ander voorbeeld van duidelijkheid creëren is te vinden in oordeel 2004-140. Mag een exameninstituut € 90 extra in rekening brengen aan een examenkandidaat die een aan zijn dyslexie aangepast examen aflegt? Allereerst verdienen hier de partijen aandacht. Verzoekster is de Stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam. De principiële vraag die de Stichting hier aan de CGB voorlegt, onderstreept mijns inziens het belang van dit type collectieve actie.[32] Verweerster is een examenafnemend instituut in de horecasector. Verweerster betwist de bevoegdheid van de CGB omdat zij niet zou vallen onder artikel 6 van de WGBH/CZ, waarin de wet van toepassing wordt verklaard op beroepsonderwijs. De Commissie maakt hiermee korte metten in de overwegingen 5.1-5.10. Onder verwijzing naar onder meer de totstandkoming van de wet luidt de heldere conclusie: 'De norm richt zich op allen die zich inlaten met het aanbieden van (aspecten van) beroepsonderwijs.'
Verder is dit oordeel van belang omdat hierin bevestigd wordt dat de doeltreffende aanpassing van artikel 2 WGBH/CZ – als getoetst is of de aanpassing noodzakelijk en geschikt is – voor rekening van de normadressaat komt. Dit is een logisch gevolg van de systematiek van de WGBH/CZ waarin de doeltreffende aanpassing achterwege kan blijven als er sprake is van een onevenredige belasting. Een regulier examen kost € 71, voor de extra tijd en aparte ruimte wordt per aangepast examen € 161 in rekening gebracht. Bij 100 aangepaste examens op jaarbasis gaat het om een bedrag van € 9000 voor een instituut dat een omzet heeft van circa 10 miljoen euro. De conclusie ligt voor de hand: de aan de aangepaste examens verbonden extra kosten vormen geen onevenredige belasting.

5.5 *Geschiktheid*

De oordelen over de al dan niet geschiktheid voor een bepaalde functie lijken niet eenduidig. In oordeel 2004-109 is een bevestiging van oordeel 2004-83[33] te lezen: het is niet aan de CGB om te beoordelen of iemand al dan niet geschikt is voor een bepaalde functie. In dit geval heeft verweerster genoegzaam bewezen niet in strijd met de wet te hebben gehandeld. Van belang lijkt hierbij dat verzoeker twee eerder aangeboden passende functies had geweigerd en geen andere passende functie voorhanden was.
Na deze bevestiging wekt hetgeen door de CGB in oordeel 2004-139 wordt overwogen enige verwondering. '5.8 Net als bij de andere door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden, is in de WGB h/cz het uitgangspunt dat er eerst sprake kan zijn van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte als vaststaat dat de betrokkene geschikt is voor de functie. Daarom ligt allereerst de vraag voor of verzoeker geschikt is om de functie van trajectbegeleider voor project

32 Zie de bijdrage van Strijkers in deze bundel.
33 Oordeel 2004-83: '5.3 Vooropgesteld moet worden, dat het niet aan de Commissie is om te beoordelen of verzoekster geschikt is voor de aangeboden functie. De bevoegdheid van de Commissie beperkt zich tot het beoordelen of er met betrekking tot het besluit om verzoekster af te wijzen verboden onderscheid is gemaakt op voornoemde discriminatiegronden.'

De Bilt te verrichten. Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, kan vervolgens worden beoordeeld of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte jegens verzoeker door geen nieuwe arbeidsovereenkomst met hem aan te gaan.' De Commissie oordeelt dat verzoeker ongeschikt is voor de functie van trajectbegeleider bij het reïntegratiebureau omdat hij niet voldeed aan het daarvoor wezenlijke functievereiste: 'goede, logisch opgebouwde trajectplannen schrijven' en dat dit geen verband hield met verzoekers dyslexie. Is hier sprake van voortschrijdend inzicht of van een moment van onoplettendheid?[34] Het lijkt mij van belang dat hierin helderheid komt.

5.6 *Intimidatie*

In oordeel 2004-50 bevestigt de CGB duidelijkheid over de datum waarop het nieuw ingevoerde verbod van intimidatie voor overheidslichamen van kracht is geworden. De Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn had per 2 december 2003 geïmplementeerd moeten zijn, tenzij Nederland gebruik had gemaakt van de mogelijkheid om uitstel aan te vragen. Dat laatste is niet gebeurd. Als gevolg daarvan kunnen ingezetenen zich vanaf 2 december 2003 jegens de overheid, waaronder publiekrechtelijke lichamen, rechtstreeks beroepen op de richtlijn voorzover de daarin neergelegde bepalingen zich lenen voor directe toepassing.[35]
In geding waren twee aspecten, enerzijds de stellingname van de interim-directeur van het werkvoorzieningschap in publicaties over de reorganisatie van het bedrijf en de hoogte van het ziekteverzuim, anderzijds de door verzoeker als bedreigend ervaren bejegening door diezelfde directeur.
Inhoudelijk kwam de Commissie tot de conclusie dat de uitspraken van de directeur, gelet op de context,[36] niet als intimidatie kunnen worden aangemerkt. Voor wat betreft de gestelde bedreiging – de directeur had verzoeker (toevallig) in de toiletruimte laten weten er de voorkeur aan te geven dat verzoeker zich eerst tot hem zou wenden, alvorens naar buiten te treden – is de CGB niet overtuigd dat er enig verband zou bestaan tussen het toiletincident en de handicap van verzoeker.

5.7 *Beroepsonderwijs*

Voor het bepalen van de reikwijdte van het terrein beroepsonderwijs grijpt de CGB terug op zowel de totstandkomingsgeschiedenis van de wet als de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG.[37] In oordeel 2004-55 leidt dit tot de overweging dat de definitie vereist dat een onderwijsvorm opleidt tot of bijzondere bekwaamheid verleent voor een specifiek beroep, vak of betrekking. Het algemeen vormend onderwijs – in dit geval het vwo – valt daar niet onder.[38] Dit leidt in dit geval tot de bizarre situatie dat: 'instellingen die zowel beroepsonderwijs als educatie aanbieden zeker tot die tijd (dat wil zeggen totdat de wet is uitgebreid naar primair en voort-

---

34 Zie echter ook oordeel 2004-146: '5.3 Verweerster stelt dat iemand met de handicap van verzoeker niet gemakkelijk zal kunnen voldoen aan de functie-eis dat hij gezag moet uitstralen en overwicht moet hebben op kinderen. Zij stelt voorts dat verzoeker niet geschikt is voor de functie omdat hij niet over de juiste competenties beschikte, waaronder het hebben van overwicht en het vermogen om adequaat, krachtdadig en met gezag op te treden tegen leerlingen.
5.4 Het is niet aan de Commissie om vast te stellen of iemand geschikt is voor een functie. De Commissie gaat na hoe verweerster verzoeker als sollicitant heeft gewogen en hoe zij heeft vastgesteld dat hij niet geschikt zou zijn voor de functie.'

35 Zie overwegingen 5.2-5.3.

36 Zie o.m. overweging 5.12: [...] De uitlatingen zijn ingegeven door (op, in orig. mk) feiten, die de uitkomst waren van een onweersproken gebleven, vergelijkend onderzoek bij vergelijkbare bedrijven. Zij dienen dan ook te worden verstaan als gericht op het verbeteren van het rendement van het bedrijf van verweerder.'

37 Oordeel 2004-55 is integraal opgenomen in deze bundel, zie overwegingen 6.2-6.14.

38 Zie overweging 6.12.

gezet onderwijs, mk) aan twee soorten regels zijn gebonden en dat de rechten van deelnemers aan het onderwijs van elkaar verschillen naar gelang van het onderwijstype dat zij volgen.'[39] Over het te volgen tijdpad om tot uitbreiding van de WGBH/CZ te komen is de Commissie optimistisch. Gebaseerd op de toezegging van het kabinet in deze werd in de tweede helft van 2004 nadere besluitvorming verwacht.[40] Vermeldenswaard is hier nog de noodkreet van verweerster, een stichting die beroepsonderwijs en volwasseneneducatie (Bve-sector) verzorgt. Terwijl de verwachting is dat meer leerlingen een beroep zullen doen op de WGBH/CZ is de financiële armslag van de onderwijsinstellingen door diverse overheidsmaatregelen beperkt.[41]
Op 9 december 2004 heeft de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap tijdens een Algemeen Overleg met de Vaste Commissie OCenW van de Tweede Kamer overigens toegezegd ook voor de Bve-sector een systeem van leerlinggebonden financiering in te voeren.

Dat niet alleen geld, hoe belangrijk ook, een struikelblok kan zijn voor deelname aan beroepsonderwijs blijkt uit de niet-toelating tot een MBO-opleiding van een leerling met een (veronderstelde) handicap (te weten een autistische stoornis). De feiten spreken hier voor zich. De voorzitter van het College van Bestuur gaf de moeder van verzoeker uitleg over de niet-toelating. Verweerster heeft zich laten leiden door de mogelijkheden die verweerster heeft en ziet (ook door extra inzet op studentenbegeleiding) om de schoolloopbaan van verzoeker succesvol te laten verlopen. De voorzitter wijst hierbij op ervaringen in zijn vorige functies met kinderen, volwassenen en ouderen met beperkingen in meerdere of mindere mate, waaronder ook autisme en aanverwante stoornissen. Aan een faalervaring van verzoeker wil verweerster niet meewerken.[42]
Op basis van onvolledige informatie wordt de leerling de toelating tot de school geweigerd, omdat: 'de deelnemers aan de vergadering de slagingskans van verzoeker zo laag ingeschat (hebben, mk) dat zij hebben besloten hem niet deel te laten nemen aan de toelatingsprocedure en/of toe te laten tot de opleiding. Zij durfden het risico niet te nemen.'[43]
De CGB heeft niet veel woorden nodig om tot verboden direct onderscheid te concluderen. Verweerster heeft zich laten leiden door vooronderstellingen met betrekking tot de beperkingen van verzoeker die niet zijn geverifieerd door informatie in te winnen bij verzoeker of anderszins zijn geobjectiveerd.[44] Verzoeker zelf heeft inmiddels besloten elders een opleiding te gaan volgen.

5.8 *Specifieke voorziening*

In artikel 3, eerste lid, onderdeel b, WGBH/CZ is de uitzondering op het verbod van onderscheid te vinden die betreft een regeling, norm of praktijk die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte. Twee oordelen over gelijke beloning van werknemers in het kader van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) vragen hier aandacht. Ter discussie staat het verschil in beloning tussen Wsw-werknemers en werknemers bij hetzelfde bedrijf met een ambtelijke aanstelling.[45] In

39 Zie overweging 6.13.
40 Zie echter ook hierboven paragraaf 2 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 355, nr. 2.
41 Zie overweging 4.6.
42 Oordeel 2004-94, zie overweging 2.10.
43 Zie overweging 4.12.
44 Zie overweging 5.15.
45 Zie over beloningsjurisprudentie de bijdrage van Veldman in deze bundel.

oordeel 2004-161 gaat de CGB uitgebreid in op gelijke beloning en Wsw.[46] De Wsw is een sociale beleidsmaatregel, als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onderdeel b, die in zijn geheel bezien moet worden. De CGB is van oordeel dat niet vereist is dat de beleidsmaatregel op alle afzonderlijke onderdelen bevoordelend uitwerkt. In beginsel kan het verschil in beloning tussen de Wsw-er en de niet-Wsw-er niet door de Commissie worden getoetst aan het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Dit oordeel wordt bevestigd in oordeel 2004-166, waarin nog uitdrukkelijker wordt gesteld dat de totaliteit van het sociale beleid moet worden beoordeeld.[47] Deze benadering wijkt sterk af van de wijze waarop de Commissie beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen beoordeelt met inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG over het gelijkloonbeginsel (zie de bijdrage van Burri & Cremers in deze bundel, paragraaf 4.1.2).

5.9 *Bewijslast*

Oordeel 2004-145 is van belang voor bewijslastverdeling ingeval van verzoeken van andere personen en organisaties, die om een oordeel vragen over onderscheid dat niet 'te zijnen nadele' is gemaakt. Verweerder wilde hieraan de conclusie verbonden zien dat de 'gewone' regels van bewijslast zouden gelden. De Commissie oordeelt echter dat het ook in deze gevallen – zoals hier voor een ondernemingsraad – volstaat om feiten met betrekking tot een vermoedelijk onderscheid aan te voeren die bewijslastomkering rechtvaardigen.[48]

5.10 *Aanbevelingen*

In drie oordelen van 2004, die de grond handicap of chronische ziekte betreffen, heeft de Commissie haar oordeel doen vergezellen van een aanbeveling. Volledigheidshalve worden die hier kort aangeduid.
De MBO-onderwijsinstelling (oordeel 2004-94)[49] wordt aanbevolen de bestaande klachtenprocedure ook open te stellen voor externen (althans voor – voormalig – kandidaat-leerlingen) en de afspraken over afwijking van de standaardtoelatingsprocedure inzichtelijker te maken.
Het reïntegratiebureau (oordeel 2004-139)[50] wordt geadviseerd om per project een toegespitste functieomschrijving van trajectbegeleider te maken.
De meest verstrekkende – of wellicht beter gezegd, algemene – aanbeveling is te vinden bij oordeel 2004-166.[51] Deze houdt in dat de Commissie verweerder aanraadt te onderzoeken of voor de specifieke groep Wsw-ers waar het hier om gaat, de doorstroming naar reguliere arbeid niet met meer waarborgen kan worden omkleed. Deze aanbeveling strekt verder dan dit ene leer-, werk- en reïntegratiebedrijf (uitvoerder van de Wet sociale werkvoorziening, de Wet inschakeling werkzoekenden, de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten en het Besluit In- en doorstroombanen). Zeker gelet op het feit dat het hier alleen de groep Wsw-ers van voor 1998 betreft, verdient deze aanbeveling het om serieus genomen te worden door alle deze wetgeving uitvoerende bedrijven.
Deze drie aanbevelingen overziend, rijst bij mij wel de vraag of de CGB een beleid heeft op het al dan niet doen van aanbevelingen.

---

46 Zie overwegingen 5.10-5.17.
47 Oordeel 2004-166 is integraal opgenomen in deze bundel, zie overweging 5.18.
48 Zie overwegingen 5.4-5.9.
49 Zie hierboven paragraaf 5.7.
50 Zie hierboven paragraaf 5.5.
51 Zie hierboven paragraaf 5.8.

6 KORTE SLOTBESCHOUWING

Een terugblik op het eerste volle jaar WGBH/CZ geeft aanleiding tot gemengde gevoelens. Enerzijds is er de bedroevende stand van zaken als het gaat om de individuele rechtsbescherming van mensen met een handicap of chronische ziekte. Naast het vooralsnog ontbreken van enige vorm van strafrechtelijke bescherming, is de traagheid in de voortgang van de aanbouw van de civielrechtelijke gelijkebehandelingswetgeving uitermate onbevredigend. Dit wordt nog eens geaccentueerd door de anomalie dat een deel van een onderwijsinstelling wel en ander deel van diezelfde onderwijsinstelling niet onder de reikwijdte van de WGBH/CZ valt.[52]
Anderzijds is er reden tot vreugde. De oordelen uit 2004 over de grond handicap of chronische ziekte hebben op een aantal punten helderheid geboden. Het ontbreken van een definitie van de begrippen handicap en chronische ziekte heeft de CGB de ruimte gegeven om de contouren ervan te schetsen. Essentieel lijkt hierbij dat het bij handicap gaat om beperkingen die onomkeerbaar zijn en bij chronische ziekte dat die langdurig van aard is. Verder is van belang dat het begrip 'arbeidshandicap' – zoals dat in diverse socialezekerheidsregelingen wordt gehanteerd – onderscheiden moet worden van het begrip handicap in de WGBH/CZ en er geen directie relatie bestaat tot ziekteverzuim. Door het stellen van de eis van onomkeerbaarheid kunnen mensen worden uitgesloten van de rechtsbescherming die de WGBH/CZ beoogt te bieden. Het bestaan van de zinsnede 'of vermeende' in artikel 1, onderdeel b, WGBH/CZ is dan ook zeker geen overbodige luxe.
Verder blijkt mijns inziens duidelijk het voordeel dat de Commissie zoveel ervaring met andere gronden heeft opgedaan. Eerdere overwegingen inzake onder meer arbeidsvoorwaarden (oordeel 2004-90), het belang van functioneringsgesprekken (oordeel 2004-108) en de inzichtelijkheid van procedures (oordeel 2004-94) zijn, ook voor de nieuwe grond handicap, vaste jurisprudentie.
Vragen heb ik bij het omgaan met het criterium 'al dan niet geschikt voor een bepaalde functie' en het wel of niet doen van een aanbeveling. Ik kijk uit naar de antwoorden in de oordelen 2005 en naar een toenemend aantal oordelen op de grond handicap of chronische ziekte op meer terreinen.

52 Zie hierboven paragraaf 5.7, oordeel 2004-55.

Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

Mr. M.J.J. Dankbaar

1 INLEIDING

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid[1] (verder: WGBL) is op 1 mei 2004 in werking getreden. In 2004 heeft de Commissie Gelijke Behandeling achttien oordelen over onderscheid naar leeftijd uitgesproken. Dát en het gegeven dat een aanzienlijk deel ervan was gebaseerd op verzoekschriften die de Commissie bereikten vóór 1 mei 2004, moge de belangstelling illustreren waarin de WGBL zich mag verheugen.

De WGBL verbiedt het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid, het vrije beroep, het beroepsonderwijs en het lidmaatschap van werkgevers-, werknemers- of beroepsorganisaties, zoals nader uitgewerkt in de artikelen 3 tot en met 6 WGBL. Alle achttien oordelen hebben betrekking op het verbod op het maken van leeftijdsonderscheid bij de arbeid (art. 3 WGBL).

Twee oordelen hebben betrekking op het verbod leeftijdsonderscheid te maken bij het aanbieden van een betrekking (art. 3, onderdeel a, WGBL) en het aangaan van een arbeidsverhouding (art. 3, onderdeel c, WGBL).[2] Beide zaken zijn aangekaart door werknemers. Eén arbeidsbemiddelde verzocht om een oordeel op grond van artikel 3, onderdeel b, WGBL.[3] Vijftien oordelen zien op leeftijdsonderscheid bij arbeidsvoorwaarden (art. 3, onderdeel e, WGBL). Daarvan betreffen elf oordelen (al dan niet onderling met elkaar samenhangend) pensioenregelingen,[4] op één na zijn dat alle oordelen 'omtrent eigen handelen', gevraagd door pensioenverzekeraars, werkgevers en een ondernemingsraad.[5] Eén pensioengerechtigde heeft een oordeel gevraagd, haar verzoek was echter niet-ontvankelijk.[6] Van de overige vier oordelen die zien op arbeidsvoorwaarden, zijn er drie uitgesproken op verzoek van werkgevers (alle 'omtrent eigen handelen') met betrekking tot vakantiedagenregelingen, arbeidsduurvermindering en een ziektekostenregeling,[7] en één door een werknemer. In dat laatste oordeel stond 'leeftijdsbewust personeelsbeleid' ter discussie, dat behalve op grond van artikel 3, onderdeel e, WGBL werd getoetst op grond van artikel 3, onderdeel h, WGBL (arbeidsomstandigheden).[8] Twee van de achttien oordelen vormden een tussenoordeel.[9] In het kader van beide werd de behandeling van (een deel van) het verzoek aangehouden in afwachting van een door de CGB

1 Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30.
2 Oordelen 2004-130 en 2004-178.
3 Oordeel 2004-179.
4 Oordelen 2004-46, 2004-51, 2004-52, 2004-102, 2004-103, 2004-122, 2004-123, 2004-141, 2004-142, 2004-163 en 2004-174.
5 Op grond van artikel 14 WGBL jo. artikel 12, tweede lid, onderdeel b, AWGB.
6 Oordeel 2004-163.
7 Oordelen 2004-118, 2004-144 en 2004-150.
8 Oordeel 2004-156.
9 Tussenoordelen 2004-103 (het eindoordeel is 2004-178) en 2004-123 (eindoordelen: 2005-6 en 2005-7).

gevraagd advies van een (pensioen)deskundige. De tussenoordelen blijven buiten beschouwing.

Hieronder zal ik, gerangschikt naar verbod, de verschillende oordelen de revue laten passeren, maar eerst kort ingaan op een paar voor deze bijdrage relevante aspecten van de WGBL.

2 ONDERSCHEID EN RECHTVAARDIGING IN DE WGBL

Omdat de systematiek van de WGBL op een aantal punten afwijkt van enkele andere gelijkebehandelingswetten,[10] is het zinnig eerst (zeer) beknopt stil te staan bij het WGBL-verbod van onderscheid en de uitzonderingen daarop. Ik beperk mij daarbij tot die aspecten die een rol spelen bij de oordelen van 2004.

In de artikelen 1 en 2 WGBL zijn drie vormen van onderscheid op grond van leeftijd gedefinieerd: onderscheid maken (art. 1, eerste lid, WGBL), opdracht geven tot het maken van onderscheid (art. 1, tweede lid, WGBL) en intimidatie (art. 2 WGBL). De eerste vorm is voor deze bespreking relevant. Artikel 1, eerste lid, bepaalt dat de WGBL onder onderscheid verstaat onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Daarmee kent de wet geen (expliciet) verschil tussen direct en indirect onderscheid, een tweedeling die in vele andere gelijkebehandelingswetten wel wordt gemaakt. De wetgever heeft dit verschil niet willen maken omdat voor beide vormen van onderscheid een objectieve rechtvaardiging kan bestaan. Daarmee is het maken van een tweedeling minder relevant geworden.[11]

De WGBL kent drie objectieve rechtvaardigingsgronden voor het maken van onderscheid, twee specifieke en één algemene (art. 7 WGBL). De rechtvaardigingsgronden gelden niet indien er sprake is van intimidatie (art. 7, tweede lid, WGBL). De twee specifieke gronden zijn opgenomen in artikel 7, eerste lid, onderdeel a en b, WGBL: het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid gebaseerd is op òfwel wettelijk vastgesteld werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid gericht op arbeidsparticipatie, òfwel indien het onderscheid betrekking heeft op ontslag in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, of een bij wet of bij overeenkomst vastgestelde hogere leeftijd. De algemene objectieve rechtvaardigingsgrond is omschreven in artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL: onderscheid is niet verboden indien het objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Deze rechtvaardigingsgrond is relevant voor deze bijdrage: de andere twee komen niet aan de orde in de WGBL-oordelen van 2004.

Uit de parlementaire behandeling volgt een uitwerking van de algemene objectieve rechtvaardigingsgrond.[12] De uitwerking sluit aan bij de (bekende) criteria die zijn ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de objectieve rechtvaardiging in geval van indirecte discriminatie op grond van geslacht, die ook worden gehanteerd door de CGB.[13] Beknoptheidshalve haal ik hier de formulering aan die de CGB in haar oordelen gebruikt ter aanduiding

10 Namelijk anders dan AWGB, WGB en WGBH/CZ, maar meer overeenstemmend met WOA en WOBOT.
11 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17.
12 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 14-15 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 6, p. 1-2.
13 M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 75 e.v.

van die criteria.[14] Het *doel* van het in een concreet geval gemaakt onderscheid dient legitiem te zijn: het dient voldoende zwaarwegend te zijn dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte en kan geen discriminerend oogmerk hebben. Het *middel* dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken (doelmatigheidstoets). Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een ander middel waarbij geen sprake is van onderscheid, althans een onderscheid dat minder bezwaarlijk is (subsidiariteitstoets). Het middel dient voorts in een evenredige verhouding tot het doel te staan (proportionaliteitstoets).

3 BEVOEGDHEID CGB EN ONTVANKELIJKHEID VERZOEK

De bevoegdheid van de CGB met betrekking tot de vraag of er onderscheid wordt gemaakt in de zin van de WGBL, berust op artikel 14 WGBL, en de artikelen van de AWGB die daarin van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Dat maakt de Commissie bevoegd met ingang van 1 mei 2004, de ingangsdatum van de wet, uitgaande van haar directe werking. Een fors aantal van de verzoeken bereikte de Commissie al voor die datum, in het bijzonder gevraagde oordelen omtrent eigen handelen met betrekking tot pensioenregelingen. Voorzover een verzoek betrekking heeft op situaties die zich op en na 1 mei 2004 blijven voordoen acht de CGB zich bevoegd daarover een oordeel te geven.[15]

In twee zaken acht de Commissie zich niet bevoegd met betrekking tot (delen van) een verzoek. In oordeel 2004-141 verzocht een ondernemingsraad een oordeel over eigen handelen. Het had betrekking op zijn instemming in november 2003 met een door de werkgever voorgestelde pensioenregeling. De pensioenregeling zelf bleek strijdig met de WGBL, maar met betrekking tot de handelwijze van de ondernemingsraad acht de Commissie zich niet bevoegd, omdat de instemming plaatsvond vóór 1 mei 2004. Het meest expliciet laat de Commissie zich in oordeel 2004-156 uit over haar bevoegdheid enerzijds en anderzijds gebeurtenissen van vóór de inwerkingtreding van de wet. Een reeks van gebeurtenissen die zich afspeelde tussen een werkgever en een werknemer, en zich uitstrekte van najaar 2002 tot het moment van indiening van het verzoekschrift, werd aan de Commissie voorgelegd. Op grond van de onmiddellijke werking – zo overweegt de Commissie – is de wet niet alleen van toepassing op wat na 1 mei voorvalt, maar ook op wat op 1 mei 2004 al bestaat, zoals bestaande rechtsposities en -verhoudingen. De Commissie acht zich niet bevoegd een oordeel uit te spreken over hetgeen zich afspeelde vóór 1 mei 2004, omdat het verbod op leeftijdsdiscriminatie toen nog niet bestond, ondanks dat er sprake zou kunnen zijn van een causaal verband tussen die gebeurtenissen en de rechtsverhouding tussen partijen op 1 mei 2004.

In oordeel 2004-163 werd de Commissie door een weduwenpensioengerechtigde verzocht te beoordelen of er verboden onderscheid aan de orde was op grond van geslacht en/of leeftijd door een korting toe te passen op het nabestaandenpensioen, omdat er een leeftijdsverschil van meer dan 10 jaar bestond tussen verzoekster en haar overleden echtgenoot. De pensioenrechten waren opgebouwd vóór 17 mei 1990, zodat de weduwe geen beroep toekwam op artikel 7:646 BW of op de WGBL. Het verzoek was op grond daarvan niet-ontvankelijk.

---

14 Zie bijvoorbeeld overweging 4.10 van het in deze bundel opgenomen oordeel 2004-46.

15 In de eerste drie leeftijdsoordelen – 2004-46, 2004-51 en 2004-52 – laat de Commissie zich daar nog expliciet over uit. In oordeel 2004-156 verwijst de Commissie met betrekking tot haar bevoegdheid naar Aanwijzing 166 van de Aanwijzing voor de regelgeving van 18 november 1992, *Stcrt*. 1992, 230.

De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest van 8 oktober 2004[16] (onder meer) uitgelaten over een beroep op de WGBL en Richtlijn 2000/78/EG, voor de inwerkingtreding.[17] Getuige de verschillende meningen over de gewenste invulling van de bestrijding van leeftijdsonderscheid zoals die blijken uit de wetgeschiedenis had de rechtbank terecht de stelling verworpen dat de richtlijn en de WGBL moeten worden gezien als een codificatie van een op principiële gronden reeds lang voltrokken rechtsontwikkeling. Bovendien blijkt ook uit de uitgestelde werking van het verbod op leeftijdsontslag bij een overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd jonger dan de 65 (art. 16 WGBL), dat de wetgever ervan uitgaat dat de WGBL een wijziging inhoudt terzake van het pensioenontslag ten opzichte van het voor 1 mei 2004 geldende recht. Er kunnen dus voor dat tijdstip geen aanspraken worden ontleend aan de normen van de richtlijn en de WGBL.

4 HET AANBIEDEN VAN EEN BETREKKING, HET AANGAAN VAN EEN ARBEIDSVERHOUDING EN ARBEIDSBEMIDDELING

De eerste twee in deze paragraaf te bespreken oordelen hebben beide zowel betrekking op het verbod onderscheid naar leeftijd te maken bij het aanbieden van een betrekking (art. 3, onderdeel a, WGBL), als het aangaan van een arbeidsverhouding (art. 3, onderdeel c, WGBL). Het derde oordeel heeft betrekking op het verbod onderscheid te maken bij arbeidsbemiddeling (art. 3, onderdeel b, WGBL).

Een medewerkster van een stichting voor het basisonderwijs solliciteerde in oordeel 2004-130 naar een vacature voor een groepsleerkracht bij een van de scholen van haar werkgeefster. Zij kwam op grond van de CAO voor het Primair Onderwijs in aanmerking voor een voorrangsbenoeming: indien er een formatieplaats beschikbaar komt, de werknemer voldoende functioneert en gedurende een zekere tijd bij die werkgever arbeid heeft verricht, dient de werknemer volgens de CAO een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden te worden. Tot 1 januari 2004 kon de Minister van OCW worden verzocht van die verplichting een ontheffing te verlenen, als de werknemer in kwestie 57,5 jaar of ouder was. Vanaf mei 2004 vonden er gesprekken plaats tussen de leerkracht en een beleidsadviseur van de stichting. Na verloop van tijd bleek dat de vacature inmiddels was vervuld. Ook bleek dat de stichting een ontheffingsverzoek had ingediend bij de minister. Daarin werd onder meer aangevoerd dat de leerkracht gelet op haar leeftijd geen sollicitatieplicht meer had, dat zij in het verleden had aangegeven geen vaste aanstelling te ambiëren, dat haar (voorrangs)benoeming niet paste in de personeelsopbouw van de betreffende school en dat de directeur van de betreffende basisschool geen duurzaam dienstverband met de leerkracht wenste. Het ontheffingsverzoek werd afgewezen. De leerkracht verzocht de Commissie een oordeel uit te spreken over de handelwijze van de stichting in het licht van de WGBL. Naar aanleiding daarvan vond een volgend gesprek plaats tussen de leerkracht en de beleidsadviseur over de mogelijke vervulling van een andere vacature.

Het verzoek van de leerkracht ziet op het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij de aanbieding en de behandeling van een vervulling van een betrekking

16 HR 8 oktober 2004, *JIN* 2004, 51, een zaak over leeftijdsontslag bij een overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd lager dan 65, die hier verder niet aan de orde komt.

17 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid of beroep, *PbEG* 2000, L 303/16. Zie over de verhouding tussen beiden: D.J.B. de Wolff, 'De wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs', in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003*, Deventer: Kluwer 2004, p. 119 e.v.

(art. 3, eerste lid, onderdeel a, WGBL). Conform vaste jurisprudentie vat de CGB een besluit om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verlengen op als een besluit betreffende het aangaan van een arbeidsverhouding, zodat het verzoek ook aan artikel 3, eerste lid, onderdeel c, WGBL getoetst wordt.[18]

De Commissie acht een vermoeden van onderscheid aanwezig. De stichting diende, gelet op artikel 12 WGBL, te bewijzen dat er geen verboden leeftijdsonderscheid was gemaakt, maar kon dat niet. Het vermoeden grondt de Commissie op een aantal feiten en verklaringen. Allereerst was de leerkracht niet ouder dan 57,5 jaar. De stichting weersprak niet dat leeftijd en personeelsopbouw een rol hadden gespeeld bij de selectie van nieuwe krachten, zoals ook bleek uit het ontheffingsverzoek. Voorts stond vast dat leeftijd als factor (zijdelings) aan de orde was geweest in de gesprekken met de leerkracht, terwijl in het gesprek gevoerd na indiening van het verzoek bij de CGB was opgemerkt dat oudere leerkrachten minder inzetbaar waren.

De stichting voerde voorts aan dat het eerdere functioneren van de leerkracht reden was om haar geen arbeidsovereenkomst aan te bieden. Volgens vaste jurisprudentie beoordeelt de CGB niet of de werknemer al of niet geschikt is voor de functie. Wel toetst de CGB of bij de beoordeling van de mate van geschiktheid van een sollicitant, alsmede de aangedragen redenen, de gelijkebehandelingswetgeving is nageleefd.[19] Ten onrechte waren nooit functioneringsgesprekken met de leerkracht gevoerd, zodat niet controleerbaar was of haar functioneren daadwerkelijk ten grondslag had gelegen aan handelwijze van de stichting. De Commissie kon dan ook niet anders dan vaststellen dat het niet uitgesloten was dat de leeftijd van de leerkracht (mede[20]) van belang was geweest bij hetgeen was voorgevallen.

De kwestie die in oordeel 2004-178 aan de orde komt kent eenzelfde stramien. Een 50-jarige man solliciteerde via een selectiebureau op een vacature. Het bureau stelde hem als kandidaat voor aan de potentiële werkgever, een bank. Vervolgens werd de sollicitant door het selectiebureau meegedeeld dat hij was afgewezen. Als grond werd zijn leeftijd genoemd en niet zijn (gebrek aan) geschiktheid, aldus de sollicitant. In de procedure bij de CGB erkende de bank dat het selectiebureau de indruk had kunnen krijgen dat leeftijd de afwijzingsgrond was, hoewel vooral ervaringsgebrek daaraan ten grondslag zou hebben gelegen. Uit de verklaringen werd tevens duidelijk dat tussen het selectiebureau en de bank enerzijds de leeftijd van de sollicitant en anderzijds de jonge samenstelling van het team ter sprake waren gekomen als een potentiële belemmering voor het functioneren. Er was een vermoeden van onderscheid, zodat de bank op grond van artikel 12 WGBL het tegendeel diende te bewijzen. Het verweer van de bank was echter tevergeefs gericht op ontkenning van leeftijdsdiscriminatie. Er waren geen rechtvaardigingsgronden aangedragen, zodat het verboden onderscheid vaststond.

Net als in oordeel 2004-130, waren ook in deze zaak de door de sollicitant gestelde discriminatie en de klacht bij de CGB aanleiding voor de bank hem alsnog uit te

---

18 De CGB verwijst naar de volgende eerdere oordelen: 1997-101, 1999-25 en 2000-25.

19 De CGB verwijst naar de volgende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen: HvJ EG 30 juni 1988, zaak 318/86, *Jur.* 1988, p. 3559, *NJ* 1990, 306 (*Commissie t. Frankrijk*) en HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Jur.* 1989, p. 3199, *RSV* 1991/92, *SEW* 1992, p. 183, m.nt. Prechal, (*Danfoss*) en naar haar oordeel 1999-06.

20 Het is vaste jurisprudentie van de CGB dat het, om verboden onderscheid aanwezig te achten, niet nodig is dat de beschermingsgrond (i.c. leeftijd) de *enige* en uitsluitende reden is voor de betwiste handelwijze (i.c. het niet aanbieden van een arbeidsovereenkomst), het is voldoende als het *mede* een rol heeft gespeeld. Zie ondermeer oordeel 2001-113, *RN* 2002, 1507, m.nt. Vegter.

nodigen voor een gesprek. De bank wilde zo het gevoel van leeftijdsdiscriminatie wegnemen, maar nam de sollicitant niet alsnog aan. De CGB stelt ten overvloede vast dat dat het gemaakte onderscheid niet wegnam, en evenmin een objectieve rechtvaardigingsgrond kon opleveren.

Het verzoek van de sollicitant strekte zich ook uit tot een andere partij in deze zaak, het selectiebureau. In oordeel 2004-179 wordt de bemiddeling van dat bureau getoetst aan artikel 3, eerste lid, onderdeel b, WGBL, dat verbiedt leeftijdsonderscheid te maken bij arbeidsbemiddeling. Een bemiddelaar heeft een uit die verbodsbepaling voortvloeiende eigen verantwoordelijkheid jegens zijn opdrachtgevers, wat inhoudt dat hij erop dient toe te zien dat geen verboden onderscheid wordt gemaakt.[21] Bij een signaal dat verboden onderscheid aan de orde kan zijn, is het aan de bemiddelaar de opdrachtgever daarop te wijzen, te vragen naar een rechtvaardiging en soms die reden te toetsen. In het licht van in het bijzonder dat laatste had ook het selectiebureau verboden leeftijdsonderscheid gemaakt. Het verweer van het bureau dat men niet op de hoogte was geweest van de norm van de WGBL, kon – om voor de hand liggende redenen – niet als objectieve rechtvaardiging dienen.

Ook onderzoekt de CGB of er sprake was van een opdracht tot het maken van onderscheid, dat mede onder het begrip onderscheid van de WGBL valt (art. 1, tweede lid, WGBL). De regering geeft in de memorie van toelichting bij dit artikel als voorbeeld een werkgever die een uitzendbureau opdracht geeft tot het selecteren van personen jonger dan 30 jaar: als daarvoor geen objectieve rechtvaardiging is, maakt zowel het uitzendbureau als de opdrachtgever zich schuldig aan verboden onderscheid.[22] Werkgever en uitzendbureau kunnen zich dus niet achter elkaar verschuilen. Dergelijk onderscheid was hier niet aan de orde: er was geen opdracht van de bank aan het selectiebureau om kandidaten van een bepaalde leeftijd te zoeken.

In beide hierboven besproken feitencomplexen speelt de leeftijdsopbouw van het personeelsbestand een rol. Kan dat – in zijn algemeenheid – een objectieve rechtvaardiging zijn voor het maken leeftijdsonderscheid bij het aanstellen van personeel? In de memorie van toelichting worden de continuïteit en bedrijfsvoering van een onderneming en de werkgelegenheid voor de andere werknemers aangevoerd als mogelijke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, die een objectieve rechtvaardiging kunnen vormen.[23] Uit het daarbij gegeven voorbeeld blijkt dat het nastreven van een zekere leeftijdsopbouw van het personeel daaronder kan vallen. Een bedrijf heeft een objectieve rechtvaardiging om onderscheid te maken – aldus het regeringsvoorbeeld – indien het voor leidinggevende functies personeel werft in een bepaalde leeftijdscategorie, met als doel een meer evenwichtige leeftijdsopbouw van het management te realiseren omdat het merendeel van de managers bijna pensioengerechtigd is.

---

21 Zie ondermeer oordeel 2002-121.

22 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 18. Zie ook: M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 70.

23 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 34 e.v.

5 ARBEIDSVOORWAARDEN: PENSIOENREGELINGEN

5.1 Inleiding

Pensioen is in de WGBL een bijzonder onderwerp, hetgeen voornamelijk[24] blijkt uit de artikel 7, eerste lid, onderdeel b, en artikel 8, van de wet. Behalve de uitzondering van het verbod van onderscheid voor in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en pensioengerechtigde leeftijden – artikel 8, tweede lid, WGBL – kent de wet bovendien een uitzondering voor actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden (art. 8, derde lid, WGBL). De uitzondering komt in een aantal oordelen aan de orde. In het bijzonder de oordelen die betrekking hebben op beschikbare premieregelingen,[25] hebben commentaar opgeleverd.[26] De oordelen worden hieronder gegroepeerd besproken.

5.2 Gematigde eindloonregelingen

Het eerste oordeel van de CGB op grond van de WGBL (2004-46[27]), heeft betrekking op twee met elkaar samenhangende arbeidsvoorwaardelijke regelingen van een accountantsbedrijf. Enerzijds werden werknemers van 57 jaar en ouder wel reguliere maar geen individuele loonsverhogingen meer toegekend, terwijl anderzijds het pensioenreglement voor werknemers van 57 jaar en ouder uitsluitend individuele salarisverhogingen meetelde bij de vaststelling van de pensioengrondslag ten aanzien van toekomstige dienstjaren.[28] Doel was, aldus het bedrijf, de carrièrekansen van ouderen in stand te laten en de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar te houden. Is dit leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd?[29] Nee, aldus de CGB. Het doel is in dit geval niet legitiem: de regeling werd zelden toegepast, zodat er kennelijk geen werkelijke behoefte aan was. Stel dat het bedrijf zich wel geconfronteerd wist met hoge kosten, dan is het doel wellicht legitiem, maar de betreffende regel van het pensioenreglement niet passend en noodzakelijk. Er zijn immers minder bezwaarlijke alternatieve mogelijkheden.[30] Voor wat betreft de passendheid van de arbeidsvoorwaardenregeling stelt de CGB dat de bepaling juist het gestelde doel (carrièrekansen van ouderen) ondergraaft. Daarom is het middel niet geschikt. Bovendien is het niet noodzakelijk, nu er alternatieve regelingen voorhanden zijn waarbij geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt.

---

24 Ook artikel 16 WGBL getuigt daarvan. Het laat het verbod op leeftijdsonderscheid bij het bereiken van een leeftijd lager dan 65 jaar niet van toepassing zijn tot 2 december 2006, indien de ontslagleeftijd al voor de inwerkingtreding van de WGBL in een arbeidsovereenkomst of pensioentoezegging was opgenomen (amendement-Weekers c.s. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 17). Zie ook: M. Heemskerk, 'Pensioenontslag: tot 2006 geen leeftijdsdiscriminatie?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* maart 2004, p. 38 e.v. en R.A.C.M. Langemeijer, 'De gevolgen voor pensioenen van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid', *SR* 2004-4, p. 164 e.v.

25 In geval van een beschikbare premieregeling wordt in plaats van een pensioenuitkering, door de werkgever een premie toegezegd (beschikbaar gesteld) die op een later moment door de werknemer wordt aangewend om pensioen in te kopen (ontleend aan: *Kamerstukken I* 2003/04, 28 170 C, p. 3).

26 Zie onder meer: M.D. Vis, 'De Commissie Gelijke Behandeling neemt de pensioenregeling onder vuur!', *ArbeidsRecht* 2004, 56 en E. Lutjens, 'Gelijke behandeling bij pensioen', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* september 2004, p. 171 e.v.

27 Het oordeel is integraal opgenomen in deze bundel.

28 Een zogenaamde gematigde eindloonregeling, waarvan het doel is hoge backserviceverplichtingen te voorkomen. Hoge backserviceverplichtingen komen voornamelijk voor bij eindloonregelingen, waarbij de pensioenaanspraken worden afgeleid van het laatstgenoten salaris. Omdat dat salaris (resp. de pensioengrondslag) in de regel hoger is dan in de achterliggende dienstjaren (ten gevolge van loonsverhogingen), dient het in die tijd opgebouwde pensioen verhoogd te worden.

29 De uitzonderingen van artikel 8, tweede en derde lid, WGBL zijn in dit geval niet van toepassing.

30 Alternatieven worden aangedragen in *Kamerstukken I* 2003/04, 28 170 nr. C, p. 5.

De noodzakelijkheidstoets was ook het struikelblok voor de twee pensioenregelingen in oordeel 2004-122. Twee eindloonregelingen werden daarin ter toetsing voorgelegd aan de Commissie: één waarbij salarisverhogingen vanaf een bepaalde leeftijd niet of slechts in beperkte mate zouden meetellen voor de pensioenberekening en één waarbij vanaf een zekere leeftijd van een eindloonsysteem zou worden overgegaan op een geïndexeerd middelloonsysteem. Beide regelingen hadden – aldus de pensioenverzekeraar – kostenbeheersing en het voorkomen van pensioenpromotie[31] tot (door de CGB legitiem bevonden) doel. De Commissie draagt een aantal alternatieven aan, waarmee dezelfde doelen kunnen worden bereikt zonder leeftijdsonderscheid te maken. Zij noemt: de maximumhoogte van de pensioengrondslag verbinden aan een bepaalde functiegroep in plaats van aan leeftijd; een (geïndexeerde) middelloonregeling; overgaan van een eindloon- naar een middelloonregeling vanaf een bepaalde salarisgrens; regelingen waarbij salarisstijgingen tot een bepaald percentage meetellen voor de pensioenopbouw, of – tot slot – regelingen waarbij de stijging van de pensioengrondslag wordt gemaximeerd op een bepaald percentage. Die alternatieven kunnen – aldus de CGB – weliswaar (andere) nadelen met zich brengen, of onder omstandigheden leiden tot indirect leeftijdsonderscheid, maar zij leiden niet tot direct onderscheid of zijn minder bezwaarlijk. De CGB stelt vast dat het leeftijdsonderscheid verboden is, omdat de verzekeraar niet (afdoende) had gemotiveerd dat de alternatieven zodanig ongewenste gevolgen zouden hebben dat zij het gemaakte leeftijdsonderscheid in de getoetste regelingen konden rechtvaardigen.

5.3 *Premievaststelling en werknemersbijdrage bij beschikbare premieregelingen*

De oordelen 2004-51 en 2004-52, die hier allereerst worden besproken, hangen naar inhoud (voornamelijk) samen met de oordelen 2004-102, 2004-103 en 2004-174. Een zesde oordeel met betrekking tot beschikbare premieregelingen wordt als laatste in dit onderdeel besproken.[32] Alle zes oordelen zijn, zoals ook een aantal andere met betrekking tot pensioenregelingen, oordelen omtrent eigen handelen gevraagd door pensioenverzekeraars. Zij zijn immers aansprakelijk voor de juiste uitvoering van pensioenregelingen, ook in het licht van gelijkebehandelingswetten.[33]

In oordeel 2004-51 legde een verzekeraar een drietal modellen voor ter vaststelling van de werknemersbijdrage aan de pensioenpremie in het geval van een op een beschikbare premieregeling gebaseerd pensioen. In ieder model werd de hoogte van de werknemersbijdrage op een andere manier afgeleid van de ouderdomspensioenstaffel (OP-staffel) van het (fiscale) Staffelbesluit.[34] Dat leverde elke keer een verschillende hoogte van de werknemersbijdrage op, terwijl de bijdrage telkens wijzigde naar de leeftijd van de betrokken werknemer. Met dat laatste werd onderscheid naar leeftijd gemaakt. Bij model 1 ging het om een toezegging van een beschikbare premie, gebaseerd op de OP-staffel en werd de eigen bijdrage van

31 Een salarisverhoging gegeven aan een werknemer kort voor zijn pensioenleeftijd, die uitgaat boven de algemene loonsverhogingen. In het bijzonder bij een eindloonregeling leidt pensioenpromotie tot hogere pensioenuitkomsten en kosten.

32 Aan de CGB is in 2004 nog een kwestie voorgelegd met betrekking tot leeftijdsonderscheid bij beschikbare premieregelingen. Daarop ziet tussenoordeel 2004-123. De Commissie heeft ook in die zaak advies gevraagd aan E. Lutjens. Zijn advies in deze zaak is vervat in hetzelfde stuk als het advies behorend bij oordeel 2004-174. Met inachtneming daarvan heeft de CGB in 2005 een eindoordeel (2005-7) uitgesproken, dat echter buiten het bestek van deze bundel valt.

33 Vgl. artikel 12b WGB.

34 Het Staffelbesluit (Besluit inzake beschikbare-premiestaffels van 28 april 2003, nr. CPPP2003/308M) kent per leeftijdsgroep verschillen in beschikbare premies, die verschillen zijn terug te voeren op actuariële berekeningen, waarbij met leeftijd rekening is gehouden.

werknemers vastgesteld op een bepaald percentage van die beschikbare premie. Bij model 2 stelde de werkgever ook een bepaald percentage van de OP-staffel als premie beschikbaar, en werd daarnaast de werknemer de gelegenheid geboden op vrijwillige basis de pensioenpremie aan te vullen, tot maximaal 100% van de staffel. Bij model 3 stelde de werkgever voor elke werknemer een gelijk percentage (het laagste van de staffel) van de pensioengrondslag als premie beschikbaar, terwijl werknemers de mogelijkheid werd geboden het pensioen vrijwillig aan te vullen, waarbij de bijdrage werd gebaseerd op de beschikbare premie uit de staffel.

De eerste vraag is of de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL van toepassing is op dit leeftijdsonderscheid. De vaststelling van de beschikbare premie (op basis van het Staffelbesluit) is terug te voeren op actuariële berekeningen, dat staat artikel 8, derde lid, WGBL toe. Het beschikbaar stellen van een leeftijdsafhankelijke pensioenpremie als percentage van die staffel, valt onder de uitzonderingsregel van artikel 8, derde lid, WGBL en is volgens de CGB dus toelaatbaar. De Commissie oordeelt anders over de verdeling van de pensioenpremie over werkgever en werknemer, waar de voorgelegde modellen betrekking op hadden. Dat de wetgever de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage in de pensioenpremie onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL heeft willen brengen blijkt – aldus de CGB – niet uit wet of wetsgeschiedenis. De Commissie concludeert dat slechts de beschikbare premie zelf naar leeftijd mag worden gedifferentieerd. Daarmee acht zij de uitzonderingsbepaling niet van toepassing op de voorgelegde modellen.[35]

Bestaat er een objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid dat ieder van de drie modellen maakt? Het doel dat de pensioenverzekeraar noemde voor het vragen van een eigen bijdrage van werknemers was het op een aanvaardbaar niveau houden van de kosten van de pensioenvoorziening. De CGB acht dat doel legitiem. Dat is opvallend, omdat volgens vaste jurisprudentie de CGB financieel-economische overwegingen op zichzelf onvoldoende acht om een objectieve rechtvaardigingsgrond op te leveren.[36] Ook is het middel geschikt. Voor elk premievaststellend model is de CGB echter van oordeel dat het geen noodzakelijk middel is: er is een alternatief voorhanden waarbij geen leeftijdsonderscheid wordt gemaakt, zoals het vaststellen van een eigen bijdrage van de werknemers op een bepaald percentage van de pensioengrondslag.

De CGB bevestigt in oordeel 2004-52 dat een werknemersbijdrage in de vorm van een percentage van de beschikbare gestelde premie verboden leeftijdsonderscheid oplevert. De voorgelegde regeling waarbij een werknemersbijdrage in de pensioenpremie werd vastgesteld op basis van een percentage van de pensioengrondslag, niet leeftijdsafhankelijk, houdt geen leeftijdsonderscheid in en is toegestaan.

Nadat deze oordelen waren gewezen, werd de Commissie door een volgende pensioenverzekeraar vier modellen voorgelegd, deels afwijkend van de hiervoor aangeduide varianten. Twee van de vier modellen beoordeelt de CGB in oordeel 2004-102. De beoordeling van de twee andere modellen wordt aangehouden (oordeel 2004-103 ziet daarop) en de CGB vraagt een pensioendeskundige haar te adviseren. In oordeel 2004-174 komen de twee resterende modellen en het advies aan de orde.

Bij het eerste model dat in oordeel 2004-102 wordt getoetst, werd de premie vastgesteld op 48% van de OP-staffel van het Staffelbesluit. In lijn met oordeel 2004-51,

35 Dat bevestigt de CGB onder meer nog eens in oordeel 2004-174.
36 Zie ook oordeel 2004-142, dat hieronder aan de orde komt en de bijdrage van Tobler elders in deze bundel.

valt dat volgens de CGB onder uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL, zodat het daaruit voortvloeiende leeftijdsonderscheid niet verboden is. Voorts echter werd de werknemers de mogelijkheid geboden de beschikbaar gestelde premie aan te vullen tot het niveau van een oude, voorheen bij de werkgever geldende pensioenregeling. Ter financiering van die aanvulling kregen de werknemers een jaarlijkse salarisverhoging.

De oude pensioenregeling maakte onderscheid naar leeftijd, omdat de beschikbare premie vanaf 40-jarige leeftijd gelijk bleef, waarvan het gevolg was dat jongere werknemers in staat werden gesteld een hoger pensioen op te bouwen dan de oudere. Dat onderscheid – erkende de verzoeker op voorhand – was in strijd met de WGBL. Nu dat leeftijdsonderscheid dat in de oude regeling werd gemaakt, naar resultaat in stand bleef bij de nieuwe regeling en de verschillende premies voor de verschillende leeftijdsgroepen niet zouden leiden tot een gelijke pensioenaanspraak, wordt naar het oordeel van de CGB ook in de nieuwe regeling onderscheid naar leeftijd gemaakt. Het vrijwillige karakter van de regeling doet daaraan niet af. Is het onderscheid te rechtvaardigen? Omdat het doel van de voorgestelde aanvullende regeling is werknemers in staat te stellen het pensioen op het oude niveau te houden, terwijl het met zich bracht dat de salarisverhoging – relatief gezien – voor jongere werknemers hoger uit zou pakken dan voor oudere werknemers, is het doel niet legitiem: het heeft een discriminerend oogmerk, zodat het gemaakte onderscheid verboden is. In het tweede model dat de Commissie beoordeelt werd de beschikbare premie vastgesteld op basis van een voor iedere werknemer gelijk percentage van de pensioengrondslag. Dat levert weliswaar geen absoluut, maar wel een voor iedereen relatief gelijke premie op. Dat leidt niet tot verboden leeftijdonderscheid, volgens de Commissie, waarbij zij zich baseert op de wetsgeschiedenis.[37]

Over de toelaatbaarheid van de twee resterende modellen laat de Commissie zich uit in oordeel 2004-174,[38] met inachtneming van het advies van E. Lutjens.[39] In het eerste model dat ter sprake komt liep de beschikbaar gestelde premie op naarmate de werknemer ouder wordt, waarbij de werknemersbijdrage 40% van de gestaffelde premie bedroeg. Kan dat leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd worden? Nee, aldus de CGB. De verzekeraar stelde vier doelen te dienen met de regeling. Allereerst het binden van werknemers aan de werkgever. Hoewel de CGB dat een legitiem doel acht, en het middel passend, kan binding ook door andere middelen worden bereikt, zodat de regeling niet noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Ook het tweede doel, voorkomen dat jongere werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw, is legitiem, terwijl het middel ook weer geschikt is. Maar het middel is ook in dit licht niet noodzakelijk, omdat – zo stelt de CGB onder verwijzing naar het advies – een werkgever ook kan voorkomen dat werknemers afstand doen van hun pensioen, door ze contractueel tot deelname te verplichten. Bovendien staat niet vast dat (jonge) werknemers daadwerkelijk zullen uitwijken naar pensioenspaarregelingen buiten de werkgever om. Het derde doel, het voorkomen dat oudere werknemers niet worden aangenomen c.q. eerder moeten afvloeien is eveneens legitiem. De voorgelegde regeling zal met zich brengen dat een werkgever minder kosten zal maken dan met een eigen pensioenbijdrage op basis van de pensioengrondslag. Echter dat betekent ook een benadeling van de oudere werknemer, daarom is het middel niet geschikt. Tot slot het vierde doel. Vanwege de kostenbesparing die het model zou opleveren, zouden werkgevers minder snel afzien

37 *Kamerstukken I* 2003/04, 28 170 nr. C, p. 3.
38 Oordeel 2004-174 is integraal in deze bundel opgenomen.
39 E. Lutjens, *Advies aan de CGB met betrekking tot beschikbare premieregelingen en leeftijdsonderscheid*, 31 augustus 2004. Het advies is als bijlage bij oordeel 2004-174 in deze bundel opgenomen.

van een beschikbare premieregeling als pensioenvoorziening. Omdat een beschikbare premieregeling echter niet per se de beste inrichting is voor een pensioenvoorziening, acht de Commissie het doel onvoldoende zwaarwegend.

Voor het tweede model dat getoetst wordt in 2004-174 ligt het anders. Dat model hield een pensioenregeling in, in de vorm van een vrijwillig beschikbare premieregeling (ter aanvulling op een verplichte pensioenregeling) waarbij de werknemers de mogelijkheid werd geboden de premie aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel.[40] Het door de verzekeraar aangevoerde doel van de leeftijdsgerelateerde premie in de vrijwillige regeling was, te bewerkstelligen dat werknemers, naarmate zij ouder worden, voldoende mogelijkheden houden om door middel van vrijwillig bijsparen tot een adequaat pensioen te komen. Dat doel acht de CGB legitiem, het middel ook passend. Het oordeel en het gevraagde advies richten zich op de noodzakelijkheid van het middel, in het bijzonder de subsidiariteit. De CGB komt tot de conclusie dat met een leeftijdsonafhankelijke premie bij een vrijwillige aanvullende premieregeling dit doel niet kan worden bereikt.[41] De Commissie is voorts van oordeel[42] dat een vrijwillige aanvullende regeling (zowel op grond van beschikbare premie als middelloonregelingen), waarbij de premie en pensioenuitkering voor alle leeftijdsgroepen gelijk zijn, een te groot beroep zou doen op de solidariteit tussen de jongere en oudere werknemers. Nu er geen alternatieven beschikbaar zijn om het gestelde doel te bereiken, is de resterende vraag, of het getoetste model in een evenredige verhouding staat tot het doel. Dat is het geval, volgens de CGB, omdat de aanvullende regeling vrijwillig is. Het maakt dan ook geen verboden leeftijdsonderscheid.

De pensioenverzekeraar die in oordeel 2004-142 een beschikbare premieregeling aan de CGB voorlegde, had daarvoor een tweeledig (en door de Commissie legitiem bevonden) doel. Enerzijds was dat streven naar een redelijk pensioenniveau (70% van het middelloon) en anderzijds het bevorderen van kostenbeheersing. Voorts meende de verzekeraar dat werkgevers zelden meer premie willen betalen dan 20% van de pensioengrondslag voor de oudste leeftijdscategorie, terwijl zij bovendien bezwaren hebben tegen het progressieve verloop van de fiscaal maximale staffel van het Staffelbesluit. Met inachtneming daarvan stelde de verzekeraar een afgevlakte pensioenstaffel voor, die lineair verliep en onder de 20%-lijn bleef. Bij de staffeling wordt onderscheid naar leeftijd gemaakt, terwijl de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL niet van toepassing is. De Commissie acht de doelstellingen legitiem en het middel passend, maar niet noodzakelijk. Uit gegevens van de verzekeraar bleek dat het gestelde doel, een redelijk pensioenniveau, ook op grond van een premievaststelling op basis van een evenredig deel (in dit geval 7/9) van de staffel uit het Staffelbesluit[43] bereikt kon worden, wat geen onderscheid oplevert in de zin van de WGBL. De CGB onderzoekt dat alternatief verder. Of het tweede doel, kostenbeheersing, er ook mee bereikt kon worden, kan de CGB niet beoordelen, nu de verzekeraar noch van de afgevlakte staffel noch van het alternatief kostengegevens kon overleggen. De 20%-premiegrens die de verzekeraar in acht wilde nemen, wordt in het alternatieve systeem – zo stelt de Commissie op grond van de gegevens van de verzekeraar – slechts overschreden voor de hoogste leeftijdsgroep (60-65 jaar). Van die groep is landelijk de arbeidsparticipatie laag, zodat dat niet per se tot een disproportionele kostenstijging hoeft te leiden voor elke werkgever. Daar komt bij dat financieel-economische overwegingen op zichzelf niet voldoende zijn om een

40 Vgl. oordeel 2004-51.
41 Zie ook de nummers 1.7 en 4.7 van het advies.
42 Zie i.h.b. de nummers 4.9 en 4.10 van het advies.
43 Conform de oordelen 2004-51, 2004-52 en 2004-102 vallend onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL.

objectieve rechtvaardigingsgrond op te leveren.[44] Pas als de gelijke behandeling wegens leeftijd disproportionele kostenstijgingen of pensioenversoberingen met zich brengen zou een objectieve rechtvaardiging voor het maken van leeftijdsonderscheid kunnen bestaan. Voorts is de CGB van oordeel dat de keuze voor een beschikbare premieregeling in de regel voordeliger is voor werkgevers dan salarisdiensttijdregelingen (eind- en middelloonregelingen), zodat daaruit voortvloeiende hogere kosten voor oudere werknemers tot op zekere hoogte geaccepteerd dienen te worden. Kortom: er is een alternatief voor de voorgelegde afgevlakte staffelregeling dat geen leeftijdsonderscheid maakt, hetgeen met zich brengt dat de regeling niet noodzakelijk is, en daarmee niet objectief gerechtvaardigd.

5.4 Pensioenpremiebijdrage naar anciënniteit

Een leverancier van 'klim- en toegangsmateriaal' hanteerde in oordeel 2004-141[45] voor zijn werknemers een pensioensysteem met een toetredingsleeftijd van 25, en een pensioenpremiebijdrage naar anciënniteit.[46] De Commissie staat met het oog op artikel 8, tweede lid, WGBL de toetredingsleeftijd toe. Zij stelt voorts vast dat – gelet op de personeelgegevens van het bedrijf – gemiddeld genomen de werknemers met de meeste dienstjaren ook een hogere leeftijd hebben, zodat met de anciënniteitsregeling indirect leeftijdsonderscheid wordt gemaakt. Kan het gemaakte leeftijdsonderscheid worden gerechtvaardigd? De anciënniteitsgebonden pensioenpremiebijdrage had tot doel het belonen van de voortdurende inzet, betrokkenheid en (toenemende) vakbekwaamheid van werknemers, waarmee de werkgever beoogde een aantrekkelijke werkgever te zijn. Dat doel acht de CGB legitiem.[47] Het middel wordt bovendien passend geacht, maar niet noodzakelijk: het beloningsdoel kan immers – zo stelt de CGB – ook worden bereikt met periodieke loonsverhogingen en/of prestatiebonussen en/of arbeidsmarkttoelagen, waarbij geen leeftijdsonderscheid wordt gemaakt. Het systeem is op grond daarvan in strijd met de WGBL. De Commissie komt wat snel tot dat oordeel. Immers, aan de hand van anciënniteit toenemende vakbekwaamheid of ervaring belonen kan weliswaar verboden onderscheid opleveren, maar doet dat niet per se.[48] Een concrete toetsing van de aard van de betrokken functies en de ervaringsgroei die met het uitoefenen ervan samenhangt, had meer voor de hand gelegen.

6 ARBEIDSVOORWAARDEN: VAKANTIE EN ARBEIDSDUURVERMINDERING

Eén van de oordelen van de CGB die in 2004 in de media stof deed opwaaien had betrekking op extra vakantiedagen en arbeidsduurvermindering voor oudere werknemers (oordeel 2004-118).[49] Een tweede oordeel met betrekking tot dezelfde problematiek is 2004-150. De oordelen zien op zowel leeftijds- als anciënniteitsge-

---

44 De Commissie verwijst naar 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 CGB 29 oktober 2002, oordeel 2002-165. Zie ook de bijdrage van C. Tobler, elders in deze bundel.

45 De CGB beoordeelt in deze zaak eveneens het onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.

46 Per vijf deelnemingsjaren wijzigde de pensioenpremiebijdrage: de eerste vijf jaren droegen werkgever en werknemer ieder 50% bij, de tweede vijf jaar droeg de werkgever 75% bij en de werknemer 25%, vanaf 10 deelnemingsjaren betaalde de werkgever de hele pensioenpremie.

47 De Commissie verwijst naar *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 32.

48 HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297, *NJ* 1993, 171 (*Nimz*); HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-1/95, *Jur.* 1997, p. I-5253, *JAR* 1997/251 (*Gerster*) en HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-100/95, *Jur.* 1997, p. I-5289 (*Kording*). Zie ook I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 276 e.v.

49 Oordeel 2004-118 is integraal in deze bundel opgenomen.

relateerde regelingen. Het verbod op het maken van leeftijdsonderscheid zoals dat voortvloeit uit artikel 3, eerste lid, onderdeel e, WGBL staat in beide gevallen ter discussie.[50]

In oordeel 2004-118 kende een (boeken e.d. importerend) bedrijf zijn werknemers op basis van een arbeidsvoorwaardenregeling extra vakantiedagen toe. Zij kregen 1, 2 of 3 extra vakantiedagen per vakantiejaar indien zij respectievelijk 45, 50 of 55 jaar werden, danwel indien zij 10, 15 of 20 jaar in dienst waren. De voor de werknemer meest gunstige regel gold.

De regel die extra vakantiedagen toekent op grond van leeftijd maakt (direct) leeftijdsonderscheid in de zin van artikel 1 WGBL. De CGB buigt zich over de vraag of er in dit concrete geval, bij dit bedrijf, een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. Het achterliggende doel – zo stelde de werkgever – was het kunnen handhaven van oudere werknemers door hen meer mogelijkheden te geven om uit te rusten, waardoor naar verwachting de individuele belastbaarheidsgrens niet of minder snel zou worden bereikt. Bij de toetsing van deze doelstelling constateert de CGB dat niet vaststaat dat in het bedrijf de belastbaarheid van werknemers afneemt naarmate zij ouder worden. Ook in zijn algemeenheid is dat niet zo, stelt de CGB op grond van een TNO-rapport.[51] Daaruit blijkt onder meer dat een grote groep ouderen tot op hoge leeftijd goed gezond blijft en uitstekend inzetbaar is, en dat de meeste gezondheidsklachten geen belemmering vormen om goed te functioneren op het werk.[52] Het ziekteverzuim binnen het bedrijf liet voorts geen verschillen zien per leeftijdsgroep, terwijl ook voor de diverse om uiteenlopende redenen zwaardere functies binnen het bedrijf gold dat leeftijd de mate van verzuim niet beïnvloedde. De CGB concludeert daaruit dat er kennelijk geen werkelijke behoefte bestond om werknemers wat meer rustmogelijkheden te geven, zodat er geen sprake is van een legitiem doel. Het leeftijdsonderscheid van de regeling acht de CGB dan ook niet objectief gerechtvaardigd. De CGB bevestigt dat in oordeel 2004-150, waar een vergelijkbare regeling eveneens verboden onderscheid oplevert.

Voor de op anciënniteit gebaseerde vakantieregeling in oordeel 2004-118 is allereerst de vraag of er sprake is van leeftijdsonderscheid. Die vraag beantwoordt de CGB bevestigend. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat toepassing van het anciënniteitsbeginsel indirect leeftijdonderscheid met zich kan brengen, omdat het als regel oudere werknemers zijn die de meeste dienstjaren hebben opgebouwd.[53] De CGB stelt aan de hand van de personeelsgegevens vast dat dat voor dit bedrijf inderdaad opgaat. Daarbij stelt de CGB in het oordeel het volgende: 'Nu door hantering van de genoemde bepaling in overwegende mate jongere werknemers zullen worden benadeeld, wordt indirect onderscheid op grond van leeftijd gemaakt.' De vaststelling dat jongere werknemers worden *benadeeld* is niet noodzakelijk om indirect onderscheid te kunnen vaststellen: de WGBL stelt die voorwaarde niet. Voldoende was geweest te stellen dat jongere werknemers die mogelijkheid niet hebben, en er dus

50 In beide gevallen gaat het om verzoeken eigen handelen te beoordelen. Een werkgever heeft zo een wat curieuze dubbelrol. Hij heeft niet per se baat bij het voortbestaan van de regeling die aan de CGB wordt voorgelegd. Hij heeft wel de taak de regeling afdoende te rechtvaardigen. Waar blijven de rechthebbenden?

51 A. Nauta, M.R. de Bruin & R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid oudere werknemers*, Hoofddorp 2004. (Een door TNO-Arbeid uitgevoerd onderzoek in opdracht van Taskforce Ouderen en Arbeid.)

52 Daar zijn vraagtekens bij te zetten: M.S.A. Vegter, 'Leeftijdsdiscriminatie', in: *JAR Verklaard* 25 februari 2005, p. 4.

53 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 33-34.

leeftijdsonderscheid wordt gemaakt.[54] Het hoofddoel is – aldus het bedrijf – het belonen van loyaliteit, waarbij de onderliggende redenen het bevorderen van de motivatie, het beperken van personeelsverloop en het waarderen van kennis en ervaring van werknemers zijn. Dat doel acht de CGB legitiem, op grond van de wetsgeschiedenis.[55] De CGB oordeelt voorts het middel passend, maar niet noodzakelijk: er zijn alternatieven denkbaar waarbij geen leeftijdsonderscheid wordt gemaakt, in het bijzonder in de sfeer van betaalde opleidingen, deeltijdwerk, verhoging van salarissen en het toekennen van bonussen. De anciënniteitsgerelateerde vakantiedagen zijn in dit geval, bij gebrek aan een objectieve rechtvaardiging, dan ook strijdig met de WGBL. Ook hier was een meer concrete toetsing van functies en ervaringsgroei welkom geweest.[56]

In oordeel 2004-118 beoordeelt de CGB nog een derde regeling. Werknemers van 60 jaar en ouder konden in aanmerking komen voor arbeidsduurvermindering, de uren die men minder ging werken werden nog voor 65% doorbetaald. Het doel was volgens het bedrijf drieledig. Oudere werknemers konden zo, in verband met hun veronderstelde verminderde belastbaarheid, langer blijven deelnemen aan het arbeidsproces. De regeling moest voorts zorgen voor een goede en gelijkmatige overdracht van taken en/of een inwerkperiode van het opvolgend personeel, en tot slot konden oudere werknemers zich zo geleidelijk voorbereiden op een leven met meer vrije tijd. De doelen zijn in de ogen van de CGB niet legitiem, omdat zij niet voldoen aan een werkelijke behoefte, hetgeen (onder meer) volgt uit de vrijblijvendheid van de regeling en het feit dat niemand van de regeling gebruik maakte.

Ook de regeling voor arbeidsduurvermindering in oordeel 2004-150 houdt geen stand. Bij een spellenfabrikant konden werknemers van 57,5 jaar en ouder, die ten minste 10 jaar in dienst zijn, minder gaan werken, met behoud van 50% van hun loon over de uren dat zij minder gingen werken. Doel van de regeling was geleidelijke terugtreding uit het arbeidsproces om zich voor te bereiden op hun pensionering. Eén van de drie in aanmerking komende werknemers maakte daar gebruik van. De Commissie acht dat doel legitiem. De regeling sneuvelt echter door de voorwaarde dat een werknemer minstens 10 jaar in dienst diende te zijn om van de arbeidsduurvermindering gebruik te kunnen maken. Een werknemer ouder dan 57,5 jaar die geen 10 jaar in dienst is heeft echter een even grote behoefte aan een geleidelijke terugtreding als zijn collega die wel 10 anciënniteitsjaren heeft, aldus de CGB. Het middel is daarom niet geschikt om het doel te bereiken en dus niet passend. Wat als de anciënniteitsvoorwaarde niet zou zijn gesteld? In dat geval acht de Commissie het middel wel passend, maar niet noodzakelijk: er zijn andere, minder vergaande middelen denkbaar om het gestelde doel te bereiken, zoals een pensioencursus. Bovendien staat het middel niet in een evenredige verhouding tot het doel: 7,5 jaar pensioenvoorbereiding is teveel van het goede. Ook toetst de CGB ook het anciënniteitscriterium binnen de regeling. Omdat de 10-jaarvoorwaarde uitsluitend onderscheid maakt tussen werknemers van 57,5 jaar en ouder die daaraan wel voldoen en zij die daaraan niet voldoen, leidt dat volgens de Commissie niet tot leeftijdsonderscheid.

---

54 Vgl. oordeel 2004-150. Zie ook: M.M. van der Burg, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67.

55 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 32.

56 Zie de bespreking van oordeel 2004-141 in paragraaf 5.4.

7 ARBEIDSVOORWAARDEN: LEEFTIJDSAFHANKELIJKE ZIEKTEKOSTENVERZEKERING

De Commissie buigt zich in oordeel 2004-144 over een collectieve ziektekostenregeling die een dienstverlenend bedrijf overwoog voor haar werknemers af te sluiten. De ziektekostenpremie zou leeftijdsafhankelijk (op grond van actuariële berekeningen) vastgesteld gaan worden, anders dan tot dan toe gebruikelijk was in de door het bedrijf aangeboden verzekering. 50% van de ziektekostenpremie werd zowel in de oude als in de nieuwe situatie aan de deelnemende werknemers vergoed. Drie vragen beantwoordt de Commissie: valt het aanbieden van een vrijwillige collectieve ziektekostenverzekering onder het arbeidsvoorwaardenbegrip van artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGBL; is in dit geval een leeftijdsafhankelijke premie in strijd met de WGBL; levert de 50% werkgeversbijdrage verboden onderscheid op? De eerste vraag beantwoordt de Commissie positief, op grond van het volgende. Weliswaar is volgens de wetgever de vergoeding van ziektekostenpremie een arbeidsvoorwaarde, maar daarmee is het aanbieden van een collectieve ziektekostenverzekering dat nog niet. De Commissie heeft eerder bepaald dat het aanbieden van een ziektekostenverzekering deel kan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden. Om dat te beoordelen is het van belang of er sprake is van verplichte deelname.[57] In deze zaak konden werknemers op vrijwillige basis gebruik maken van de verzekering. Echter, omdat geen toelatingsselectie plaatsvond, deelname aan de collectieve verzekering voorwaarde was voor het verstrekken van de werkgeversbijdrage en omdat vrijwel elke werknemer van het bedrijf deelnam in de (bestaande) regeling, komt de CGB tot het oordeel dat er desalniettemin sprake is van een arbeidsvoorwaarde in de zin van artikel 3, aanhef, onderdeel e, WGBL. Het leeftijdsonderscheid dat zou ontstaan bij de premievaststelling, was terug te voeren op actuariële gegevens. Omdat de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL uitsluitend ziet op pensioenen, heeft dat geen betekenis voor het onderscheidsverbod. Er wordt dus leeftijdsonderscheid in de zin van de wet gemaakt. Is dat te rechtvaardigen? De werkgever stelde als doel een rechtvaardiger verdeling van de premielasten in verband met de ziektekosten, om een acceptabele ziektekostenverzekering te kunnen aanbieden. Daartoe werden de premielasten gelegd bij hen die (statistisch) meer kosten genereerden om zo onevenredige (kosten)druk bij jongere werknemers te voorkomen, het een en ander in het licht van de vergrijzing binnen het bedrijf. De CGB stelt echter vast dat er geen signalen waren van (jongere) werknemers dat zij uit de verzekering stappen of zouden willen gaan stappen. Bovendien voldoet de ziektekostenverzekering aan de daaraan vanuit gelijkebehandelingsperspectief gestelde eisen. De Commissie ziet dan ook geen werkelijke behoefte bij het bedrijf, zodat het doel niet legitiem is en het leeftijdsonderscheid verboden. De derde vraag – levert de 50% werkgeversbijdrage bij de voorgestelde leeftijdsgerelateerde premie verboden onderscheid op – beantwoordt de CGB positief. Getuige de goed functionerende ziektekostenverzekering is er kennelijk een alternatief voorhanden waarbij geen leeftijdsonderscheid wordt gemaakt: er is geen noodzaak leeftijdsonderscheid in de premiestelling te gaan maken, zodat het verboden is.

8 ARBEIDSVOORWAARDEN EN ARBEIDSOMSTANDIGHEDEN: LEEFTIJDSBEWUST PERSONEELSBELEID

In oordeel 2004-156 legde een 60-jarige werknemer van een instituut dat zich richt op toegepast wetenschappelijk onderzoek een reeks van gebeurtenissen aan de

57 Oordeel 2004-90.

Commissie voor, die zich sinds najaar 2002 had voorgedaan tussen hem en zijn werkgever. Hij was van oordeel dat zijn werkgever jegens hem onder het motto 'leeftijdsbewust personeelsbeleid' verboden leeftijdsonderscheid maakte, of had gemaakt. De Commissie acht zich – gelet op de datum van inwerkingtreding van de WGBL – uitsluitend bevoegd een oordeel uit te spreken over die feiten die nog voortduren: de werknemer stelde dat met een beroep op leeftijdsbewust personeelsbeleid op hem druk werd uitgeoefend om zich flexibel op te stellen, mee te werken aan een externe detachering en (vanaf zijn 59e levensjaar) een vertrekregeling te accepteren. In de ogen van de werkgever bood het leeftijdsbewust personeelsbeleid instrumenten om te bereiken dat werknemers efficiënt aan het arbeidsproces konden deelnemen. Het beleid was gericht op oudere werknemers die niet meer geheel aan de oude en nieuwe eisen konden voldoen. Daaraan werd gekoppeld dat die werknemers zo lang mogelijk op 'passend werk' werden ingezet, waarbij van hen werd verwacht dat zij zich flexibel opstelden met betrekking tot inzet, plaats en inhoud van het werk. Indien de mogelijkheden te beperkt zouden zijn, werd een vertrekregeling aangeboden, die alleen gold voor werknemers van 59 jaar en ouder. Dat laatste was thans aan de orde voor de werknemer. Daaraan verbindt de Commissie de conclusie dat jegens hem direct leeftijdsonderscheid wordt gemaakt betrekking hebbend op artikel 3, onderdeel e, WGBL (arbeidsvoorwaarden). Hoewel het doel van het beleid (duurzame inzetbaarheid van werknemers en behoud van expertise) legitiem word bevonden, is het leeftijdsonderscheid niet objectief gerechtvaardigd omdat het middel niet passend is. Dat concludeert de Commissie op grond van twee feiten. Flexibele inzet en externe detachering kunnen weliswaar in zijn algemeenheid bijdragen aan het gestelde doel van het beleid, in concreto werd echter aan de werknemer (vanaf 1973 werkzaam op het gebied van geluidsbeheersing) een functie als docent wiskunde aangeboden bij een Hogeschool. Dat kan niet als passend worden beschouwd. Het aandringen op het gebruik maken van de vertrekregeling is voorts niet verenigbaar met het doel: het bewerkstelligt juist het tegendeel.

De Commissie zet – ook in meer algemene zin – vraagtekens bij het doel van vertrekregelingen die erop zijn gericht om oudere werknemers met (vermeend) minder kansen op de arbeidsmarkt, een redelijke vergoeding te bieden wegens gederfd inkomen bij ontslag. Dergelijke regelingen bevestigen juist het vooroordeel jegens ouderen dat de WGBL beoogt te bestrijden, stelt de Commissie, te meer nu niet per definitie gezegd kan worden dat ouderen minder inzetbaar zijn of minder productief.[58] In deze kwestie stond al evenmin vast dat de werknemer minder inzetbaar was of minder productief. In het doel van het leeftijdsbewust personeelsbeleid, ligt dan ook een discriminerend oogmerk besloten, zodat het ook daarom niet legitiem kan zijn. Het beperken van inkomensverlies voor ouderen – zonder de connotatie dat ouderen minder kans op de arbeidsmarkt hebben – kan volgens de Commissie bovendien worden bereikt met andere middelen die niet tot leeftijdsonderscheid leiden, althans minder bezwaarlijk zijn, door bij tegemoetkomingen bij ontslag niet naar leeftijd te differentiëren. De benadering van de Commissie kan gevolgen hebben voor bijvoorbeeld sociale plannen en – niet in de laatste plaats – de vergoedingen in het kader van artikel 7:685 BW en 7:681 BW.[59]

Tot slot stelt de Commissie vast dat de werkgever op de herhaalde klachten van de werknemer over leeftijdsdiscriminatie niet op een juiste wijze heeft gereageerd. Op grond van de verplichting (voortvloeiend uit de AWGB) die een werkgever heeft om

58 De Commissie verwijst naar het in deze bijdrage al eerder (in noot 51) genoemde rapport van TNO-Arbeid: *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid van oudere werknemers*.

59 Vgl. Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR* 2004/262.

te zorgen voor een discriminatievrije werkomgeving, behoren discriminatieklachten zorgvuldig te worden behandeld. Die zorgverplichting bestaat ook onder artikel 3, onderdeel h, WGBL, dat leeftijdsonderscheid bij arbeidsomstandigheden verbiedt. In dat kader had de werkgever de werknemer moeten wijzen op de Individuele Klachtenregeling die het instituut kende. Ook in dat opzicht handelde het instituut in strijd met de WGBL.

9 TOT SLOT

De eerste reeks oordelen bestrijkt nog geenszins het gehele WGBL-palet: er zullen nog vele onderwerpen onder het CGB-mes komen. Hoe elke operatie zal verlopen, zal niet altijd zonder meer te voorspellen zijn. Met deze reeks demonstreert de Commissie in elk geval de dwang die van de wet uitgaat de motivering van gehanteerde leeftijdsgrenzen opnieuw en zorgvuldig te doordenken.[60] Dat geldt in het bijzonder met het oog op de rol die de subsidiariteitstoets in vele van de oordelen speelt. De pensioenoordelen zijn daar een eerste voorbeeld van.

De (stringente) subsidiariteitstoetsing pakt negatief uit voor naar leeftijd of anciënniteit toegekende arbeidsvoorwaarden zoals een pensioenpremiebijdrage, extra vakantiedagen of werktijdverkorting. De middelen die de Commissie als alternatief aandraagt om de (legitieme) doelen na te streven zijn niet per se praktischer toepasbaar, meer rechtszekerheid biedend of anderszins te verkiezen boven de gewraakte regeling. De vraag is gerechtvaardigd of het gemaakte onderscheid – en de daarmee samenhangende 'extra's' – soms niet wat te snel wordt gediskwalificeerd, in het bijzonder waar het indirect onderscheid aangaat. Voorts kan de consequentie van deze stringente toetsing zijn dat beloning meer en meer op individuele (prestatie)-basis moet worden vastgesteld.[61] Het staat zeker niet op voorhand vast dat daar voldoende maatschappelijk draagvlak voor is. Wat daar ook van zij, er zijn redenen om aan te nemen dat de bedoeling van de wetgever terzake van objectieve rechtvaardiging een enigszins andere is dan door de laatstbedoelde oordelen geïllustreerd wordt.[62] Zal menig justitiabele wellicht verbaasd kennis hebben genomen van deze consequenties van de wet, de bescherming die de WGBL biedt getuige de oordelen met betrekking tot sollicitatie, aanbieding van een betrekking en 'leeftijdsbewust personeelsbeleid', zullen ongetwijfeld in het verwachtingspatroon passen. Een winstpunt. De eerste achttien WGBL-oordelen bieden voldoende om nieuwsgierig te maken naar het vervolg, waarvan duidelijk is dat nog veel pionierswerk verwacht mag worden.

---

60 Zie ook de waarschuwende woorden van de Commissie in oordeel 2004-122 met betrekking tot de taak van degene die onderscheid op grond van leeftijd maakt, een goed gemotiveerde objectieve rechtvaardiging aan te voeren.

61 Zo ook M.S.A. Vegter, 'Leeftijdsdiscriminatie', in: *JAR Verklaard* 25 februari 2005, p. 3 e.v.

62 A.G. Veldman, 'Wet leeftijdsdiscriminatie gooit veel overhoop', *SR* 2003-12, p. 363; Y. van Gemerden, 'Age ain't nothing but a number: hoever strekt de reikwijdte van het verbod op onderscheid naar leeftijd?', *ArbeidsRecht* 2004-617, p. 19.

De Stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam en de Commissie Gelijke Behandeling: een vruchtbare kruisbestuiving

Mr. M.J. Strijkers

1 INLEIDING

De Stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam (meldpunt of MDA) baseert zich bij haar klachtbehandeling op de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB).[1] Tien jaar AWGB heeft geleid tot richtinggevende jurisprudentie waarmee het meldpunt bij klachtbehandeling vaak resultaat boekt. Het meldpunt draagt ook zelf bij aan het vormen van jurisprudentie door jaarlijks meerdere verzoekschriften bij de CGB in te dienen.[2] Tussen de verzoekschriften van het meldpunt en de oordelen van de CGB bestaat een wisselwerking. Oordelen bieden de klachtbehandelaars van het meldpunt houvast bij het onderbouwen van een klacht. Elk oordeel is echter op de omstandigheden van de individuele zaak gebaseerd en daarom niet altijd toepasbaar. Dan maakt het meldpunt de afweging om een zaak voor te leggen aan de CGB. In wat voor soort zaken en op welke discriminatiegronden verzoekt het meldpunt de CGB om een oordeel? In onderstaande bijdrage zal worden ingegaan op de klachtbehandeling door het Meldpunt Discriminatie Amsterdam. De vraag die hierbij centraal staat is welke juridische en strategische afwegingen worden gemaakt bij het aanbrengen van een zaak bij de CGB. Allereerst wordt het ontstaan en de werkwijze van het meldpunt uitgelegd. Aan de hand van casuïstiek wordt een beeld geschetst van zaken die voor de CGB geschikt zijn. De keuze voor de CGB wordt afgewogen tegenover bemiddeling en strafrechtelijke afdoening. Vanwege de specifieke deskundigheid en laagdrempeligheid van de CGB legt het meldpunt geen zaken voor aan de civiele rechter of de bestuursrechter. Deze rechtsgangen worden dan ook buiten beschouwing gelaten. In een concluderende paragraaf worden de belangrijkste bevindingen samengevat.

2 DE STICHTING MELDPUNT DISCRIMINATIE AMSTERDAM

In het midden van de jaren negentig ontbrak op de Amsterdamse sociale kaart een goed functionerende instelling die specifiek was toegerust voor de aanpak van discriminatieklachten op het werk, in het onderwijs of bij dienstverlening. Daar-

1 Bij de beoordeling of sprake is van discriminatie toetst het MDA klachten aan de AWGB, de WGBH/CZ, de WGBL en de discriminatiebepalingen uit het Wetboek van Strafrecht en jurisprudentie.

2 Sinds de oprichting van het meldpunt in augustus 1996 tot april 2005 zijn 56 verzoekschriften ingediend waarvan vijf zijn ingetrokken en 48 tot oordelen hebben geleid. In één zaak was de CGB niet bevoegd en één klacht was niet-ontvankelijk. Drie zaken zijn in behandeling.

naast bestonden geen passende rechtsmiddelen om tegen discriminatie op te treden. Een wederpartij moest worden overtuigd met morele argumenten of met ruim geformuleerde wetsbepalingen.[3] De AWGB was pas in werking getreden, maar de mogelijkheden van de nieuwe wet waren bij een breed publiek nog onbekend. Het meldpunt vulde deze leemte in de rechtsbescherming op. In 1996 werd op particulier initiatief de Stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam opgericht.[4] Het bestuur van de stichting stond een bureau voor ogen dat discriminatieklachten op een laagdrempelige en efficiënte wijze kon afhandelen. In de statuten is de doelstelling als volgt omschreven: 'Het vormen van een centrum, dat een bijdrage levert aan het verdraagzaam samenleven van verschillende bevolkingsgroepen en dat aangeeft hoe discriminatie en racisme kunnen worden bestreden'. Aan deze doelstelling wordt invulling gegeven door middel van klachtbehandeling en het geven van voorlichting en advies. Uit ervaring met klachtbehandeling is het opstellen van gedragscodes en klachtenregelingen voor bedrijven en instellingen voortgekomen. Op scholen wordt voorlichting gegeven door middel van een 'discriminatiespel' en in de vorm van trainingen en workshops. Als spin in het web is het meldpunt een graadmeter voor de verhoudingen tussen de diverse bevolkingsgroepen in de stad. Deze signaleringsfunctie is essentieel voor deelname aan lokale en landelijke overlegstructuren. Binnen de Amsterdamse regio wordt nauw samengewerkt met de regioprojectcoördinator discriminatie van de politie Amsterdam-Amstelland en het Landelijk Expertisecentrum Discriminatie bij het Amsterdamse parket. Het meldpunt neemt deel aan het Nationaal Platform tegen Racisme en Discriminatie (NPRD) en voert het secretariaat van de Landelijke Vereniging van Antidiscriminatiebureaus en meldpunten (LVADB).[5]

3 KLACHTBEHANDELING

Vanaf het begin is sterk ingezet op klachtbehandeling. Daarvoor is gekozen omdat discriminatie op school, op het werk, bij huisvesting en dienstverlening mensen het hardst treft. Klachtbehandeling leidt, in tegenstelling tot voorlichting, relatief snel tot resultaten. Het meldpunt heeft zich vanaf het begin op de AWGB beroepen omdat het aanvoeren van juridische argumenten van belang is om door een wederpartij als serieuze gesprekspartner te worden aangemerkt. Klachtbehandeling is onderverdeeld in meldingen, adviesvragen en klachten.

3.1 Meldingen

Meldingen kenmerken zich door een algemeen belang. Het meldpunt wordt benaderd in haar hoedanigheid van belangenorganisatie met het verzoek om bijvoorbeeld discriminatoire graffiti te laten verwijderen, of om op te treden tegen 'het regeringsbeleid' en als tendentieus ervaren religieuze en politieke uitlatingen in de media. Bij maatschappelijk ingrijpende gebeurtenissen zoals de aanslagen in de Verenigde Staten in 2001, de moord op Pim Fortuyn en de moord op Theo van Gogh, is het meldpunt een uitlaatklep voor verontruste burgers. Na dergelijke gebeurtenissen benaderen journalisten het meldpunt voor achtergrondinformatie.
Er wordt niet alleen gemeld om maatschappelijk onrecht aan de kaak te stellen maar ook om aandacht te vragen voor vormen van discriminatie die mensen persoonlijk

3 Artikel 1 Gw; artikel 7:611 BW; artikel 6:162 BW.
4 De bestuursleden zijn werkzaam in het onderwijs, volkshuisvesting, journalistiek, advocatuur en notariaat.
5 Het NPRD is een door de toenmalige Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid in 2002 ingesteld platform van experts uit verschillende maatschappelijke sectoren en overheidsorganen. De LVADB is in 1992 opgericht en is de brancheorganisatie voor de ADB's in het land.

treffen. Het groot aantal meldingen over leeftijdsdiscriminatie bij werving en selectie was in 2004 aanleiding om het voorlichtingsproject Leeftijd te starten. Het meldpunt geeft bekendheid aan de WGBL door werkgevers aan te schrijven wanneer personeelsadvertenties uit het *Amsterdams Stadsblad, De Telegraaf, Het Parool, de Volkskrant, de NRC* en vacaturesites op het internet in strijd zijn met de WGBL.[6] In de brief wordt uitgelegd om welke reden de advertentie in strijd is met de WGBL en de werkgever wordt verzocht te motiveren waarom de leeftijdsvermelding van belang is.

3.2 Adviesvragen

Zelfredzaamheid staat centraal bij adviesvragen. Een werknemer vraagt bijvoorbeeld welke aanpak het meest verstandig is om discriminatoir gedrag op de werkvloer bespreekbaar te maken en een halt toe te roepen. Naar aanleiding van veelgestelde vragen omtrent het dragen van een hoofddoek op het werk heeft het meldpunt de Commissie verzocht een advies uit te brengen.[7] Doel van het advies is werkgevers beter te instrueren over al dan niet toegestane religieuze uitingen op het werk.

3.3 Klachten

Een klacht verschilt van een melding omdat een klachtindiener een persoonlijk belang heeft. Het merendeel van de klachten heeft betrekking op arbeid (art. 5 AWGB) en dienstverlening (art. 7 AWGB). Tijdens een intakegesprek adviseert een klachtbehandelaar de klachtindiener over de te volgen strategie. Bepalend voor de wijze van aanpak is de fase waarin de klacht zich tijdens indiening bij het meldpunt bevindt. Bij een discriminatoire bejegening op de werkvloer wordt de werkgever aangeschreven en verzocht maatregelen te treffen om het gedrag te stoppen. Indien ontslag al is aangevraagd dan werkt het meldpunt samen met advocaten die gespecialiseerd zijn in arbeids- of bestuursrecht. Het meldpunt kan een (spoed)procedure bij de CGB starten, terwijl de advocaat zich gelijktijdig tot de civiele rechter wendt. Indien de klacht bij de CGB wordt gewonnen dan zal dit van invloed zijn op de beoordeling van het geschil door de rechter. In zaken waarin de Commissie niet bevoegd is wordt, afhankelijk van de aard en de ernst van de klacht, gekozen voor instanties als de Commissie voor de Politieklachten, de klachtencommissie van de Koninklijke Marechaussee en de Gemeentelijke of Nationale Ombudsman.

3.4 Bemiddeling

Uitgangspunt is de klacht in een zo vroeg mogelijk stadium bij de wederpartij in te dienen om escalatie te voorkomen. Klachtbehandeling leidt vaak tot bemiddeling. Een gesprek kan verhelderend zijn en voorkomt juridisering van het conflict. De ervaring leert dat het voor de klachtindiener van groot belang is om uit te leggen hoe hij de discriminatoire bejegening heeft ervaren. Excuses van de wederpartij of een berisping van een collega kunnen voldoende zijn om de lucht te klaren. Lukt bemiddeling niet, dan kan een doorbraak worden gerealiseerd door de klacht voor te leggen aan de Commissie. Soms volstaat het 'dreigen' de klacht voor te leggen. Een zaak waarin nog voor de zitting overeenstemming werd bereikt, betrof het

6 Vanaf de inwerkingtreding van de WGBL op 1 mei 2004 zijn tot maart 2005 360 werkgevers aangeschreven, waarvan 280 hebben gereageerd (75%). Het merendeel geeft te kennen niet op de hoogte te zijn van de WGBL en leeftijd niet (meer) als selectiecriterium te gebruiken.

7 Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake arbeid, religie en gelijke behandeling, 12 augustus 2004, CGB-advies/2004/06: www.cgb.nl.

beleid van een luchtvaartmaatschappij die 'all inclusive' reizen naar Gambia aanbood. Om van de aanbieding gebruik te kunnen maken moest de passagier de Nederlandse nationaliteit hebben. Door dit beleid werden met name gemengde stellen gedupeerd omdat de partner met een Gambiaans paspoort en een Nederlandse verblijfsvergunning geen gebruik kon maken van de aanbieding. De luchtvaartmaatschappij beriep zich op internationale luchtvaartverdragen waarin is neergelegd dat luchtvaartmaatschappijen onder omstandigheden onderscheid mogen maken ten aanzien van eigen onderdanen. De luchtvaartmaatschappij erkende een 'fout' te hebben gemaakt bij het communiceren van de reisvoorwaarden naar de reisbureaus en bood aan de gedupeerden schadeloos te stellen.
Een zaak waarin een mediator de gemoederen suste betrof een tv-interview met een directrice van een schoonmaakbedrijf. De directrice weigerde vrouwen die een hoofddoek dragen naar hogere functies te laten doorstromen omdat sommige opdrachtgevers dat niet willen. Voor de zitting stelde de advocaat van het schoonmaakbedrijf, tevens mediator, een gesprek voor. De directrice bood haar verontschuldigingen aan en zegde toe de gelijkebehandelingswetgeving te respecteren. Het meldpunt trok het verzoek bij de Commissie in omdat het winnen van de zaak slechts formeel gelijk zou opleveren. Ter genoegdoening en om de imagoschade te beperken werkt het schoonmaakbedrijf mee aan een artikel waarin de relatie hoofddoek-werk op een positieve manier wordt belicht.

Voordat de klachtbehandelaar aan de slag gaat, wordt de klachtindiener verzocht een machtiging te tekenen. Vervolgens dient zich de vraag aan of de wederpartij over een klachtenregeling beschikt en tot wie de klacht moet worden gericht. Wordt de correspondentie aan de direct leidinggevende, aan het hoofd personeelszaken of aan de directie gericht? In horecazaken (discriminatoir deurbeleid) wordt eerst via de Kamer van Koophandel achterhaald wie statutair bevoegd is ten aanzien van personeelszaken.
Klachtbehandeling vindt altijd schriftelijk plaats. Dossiervorming geldt als ondersteunend bewijs indien een vervolgprocedure moet worden gestart. Om de zaak objectief te kunnen beoordelen wordt het beginsel van hoor en wederhoor toegepast. De wederpartij wordt verzocht de klacht binnen veertien dagen te onderzoeken en schriftelijk te rapporteren. In de correspondentie wordt het feitenrelaas van cliënt onderbouwd met artikelen uit de AWGB. Al naar gelang de aard van de klacht wordt gerefereerd aan overwegingen uit oordelen van de CGB.[8]

3.5 Collectief actierecht

Bij het voorleggen van een zaak aan de Commissie maakt het meldpunt in toenemende mate gebruik van het collectief actierecht.[9] Voordat het collectief actierecht een wettelijke basis kreeg in de WGB en de AWGB maakten antidiscriminatiebureaus al gebruik van dit recht sinds het Hof 's-Gravenhage meerdere belangengroe-

8 Bijvoorbeeld oordeel 1999-70 (overweging 4.4): 'De verplichting zich te onthouden van discriminatie op het terrein van de arbeid brengt mee, dat de werkgever er op moet toezien dat ook degenen waarover hij het gezag uitoefent zich van discriminatie onthouden. Dit brengt mee dat van een werkgever verwacht mag worden dat hij klachten over discriminatie zorgvuldig behandelt. Dit houdt in dat er sprake dient te zijn van een serieus onderzoek en dat de werkgever, indien noodzakelijk, passende maatregelen moet treffen. Indien de werkgever daarin tekort schiet, kan er sprake zijn van onderscheid in strijd met de AWGB.'

9 Artikel 12, tweede lid, onderdeel e, AWGB: 'Een schriftelijk verzoek als bedoeld in het eerste lid, kan worden ingediend door: een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming deze wet, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen of artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek beoogt te voorzien'.
Zie voor het collectief actierecht in het Burgerlijk Wetboek en de Algemene Wet Bestuursrecht artikel 3:305a en artikel 3:305b BW en artikel 1:2 lid 3 Awb.

peringen ontvankelijk had verklaard.[10] Het collectief actierecht is van groot belang omdat het meldpunt namens meerdere belanghebbenden kan optreden, waardoor talrijke procedures kunnen worden voorkomen. Het meldpunt zet het collectief actierecht in bij zaken die van belang zijn voor jurisprudentievorming, wanneer een individueel belanghebbende ontbreekt of wanneer een individueel belanghebbende niet zelf wil procederen. Het collectief actierecht heeft als groot voordeel dat het verzoek van een belangenbehartigingsorganisatie aan de Commissie om een onderzoek in te stellen niet hoeft te geschieden aan de hand van een concreet voorbeeld van ongelijke behandeling, maar ook betrekking kan hebben op een regeling die bij toepassing kan leiden tot ongelijke behandeling.[11]

Voordat een verzoek wordt ingediend maakt de klachtbehandelaar de volgende afwegingen:
- Zijn er alternatieven om tot een oplossing te komen en is de zaak juridisch sterk?
- Is sprake van een principekwestie en is een oordeel van belang voor jurisprudentievorming?
- Is de CGB de meest aangewezen instantie, is zij bevoegd en is de klacht ontvankelijk?

Bij de beslissing om een klacht voor te leggen aan de CGB spelen zowel juridische als strategische afwegingen een rol.

4 JURIDISCHE AFWEGINGEN

4.1 Principekwesties

In principekwesties hebben twee partijen een fundamenteel meningsverschil. Hieraan ten grondslag ligt de aantasting van het grondrecht waar de bescherming van wordt ingeroepen. Meestal staan in deze zaken de vrijheid van godsdienst(uitingen) op het werk of in het onderwijs ter discussie. Van alle AWGB-gronden leidt godsdienst tot de meest uiteenlopende standpunten, waardoor bemiddeling partijen niet altijd nader tot elkaar brengt. Zeker in zaken waarin sprake is van conflicterende grondrechten kunnen de emoties, vaak nog gevoed door publiciteit, hoog oplopen. Partijen volharden in hun standpunten en willen een juridische uitspraak waarin de grenzen van het verbod op discriminatie opnieuw worden vastgesteld. Indien jurisprudentie beschikbaar is, en afhankelijk van de zaak, kan het meldpunt onderbouwen welke partij de wet overtreedt. Wanneer partijen met een advies geen genoegen nemen of indien geen vergelijkbare jurisprudentie bestaat, dan blijft slechts over dat het geschil aan de CGB wordt voorgelegd. De CGB treedt dan als scheidsrechter op om te beoordelen wie het gelijk aan zijn kant heeft. Omdat de AWGB een uitwerking is van artikel 1 Grondwet is de CGB bevoegd om in zaken die de grondrechten raken te oordelen. Dat partijen de CGB eveneens geschikt achten om te oordelen blijkt uit het feit dat weinig zaken navolging krijgen bij de burgerlijke rechter.[12]

---

10 Hof 's-Gravenhage 14 november 1986, nr. 136, *Rechtspraak Rassendiscriminatie*, onder redactie van A.C. Possel, LBR, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willlink 1995.

11 Zaken die het meldpunt op grond van het collectief actierecht voerde: 1997-43, 1997-51, 1997-52, 1997-73, 1997-97, 1999-58, 2000-51, 2001-25, 2002-157, 2003-132, 2003-153, 2003-162, 2004-140.

12 Overzicht van oordelen die aan de rechter werden voorgelegd: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 479-480; D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 279-280; D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 299-300; D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003*, Deventer: Kluwer 2004, p. 341-342.

Dat godsdienst en werk niet altijd harmonieus samengaan ondervindt een man die tijdens zijn vakantie in India is gedoopt volgens de Sikh-religie. In verband met die geloofsovertuiging draagt hij sindsdien een baard, tulband, armband en dolk. Als voorman 'public area attendants' in een Amsterdams hotel heeft hij frequent contacten met hotelgasten. Het hotel schorst hem omdat zijn uiterlijk niet langer in overeenstemming is met de kledingvoorschriften. De Commissie oordeelt dat sprake is van indirect onderscheid op grond van godsdienst. Het ontslag staat niet in verhouding tot het met het hanteren van kledingvoorschriften beoogde doel, namelijk het waarborgen van het imago en de sfeer in het hotel.[13]

Principekwesties in het onderwijs spitsen zich toe op de vraag of, en zo ja, in hoeverre het openbaar onderwijs godsdienstuitingen moet toestaan. Een schoolbestuur weigert een verzoek van twee islamitische leerlingen om een klaslokaal ter beschikking te stellen waarin in de pauzes kan worden gebeden. De Commissie overweegt dat noch uit de tekst, noch uit de parlementaire geschiedenis van de AWGB valt af te leiden dat het verbod om onderscheid te maken naar godsdienst tot de verplichting zou leiden om voorzieningen te treffen die leerlingen tot het uiten van hun geloofsovertuiging in staat stellen.[14]

Een andere school had het meldpunt verzocht te beoordelen of een voorgenomen kledingvoorschrift dat gezichtsbedekkende kleding verbiedt in overeenstemming is met de AWGB. De school voert aan dat het dragen van dit kledingstuk (nikaab) nadelig is voor de communicatie tijdens het onderwijsleerproces, de identificatie van de leerling tijdens lesuren en tentamens, en de toekomstige beroepsparticipatie. Het meldpunt acht deze argumenten voldoende steekhoudend om de doel-middelentoets bij indirect onderscheid te kunnen doorstaan. Omdat nog geen jurisprudentie bestaat adviseert het meldpunt de zaak ter toetsing voor te leggen. De Commissie concludeert dat het doel van het kledingvoorschrift, optimalisering van de didactische omstandigheden en een adequate voorbereiding op de beroepspraktijk, niet in een werkelijke behoefte voorziet. Gezien de beperkte schaal waarop het dragen van een nikaab voorkomt (één studente) en het feit dat voldoende (non-)verbale communicatie mogelijk blijft, noodzaken de didactische argumenten niet tot een verbod op het dragen van een nikaab.[15] Drie jaar later dient een vergelijkbare zaak met als enig verschil dat sprake is van vier leerlingen die gezichtssluiers dragen en de sluiers het gehele gezicht bedekken, waarbij tevens de ogen met een doorschijnend materiaal zijn bedekt. De Commissie acht de pedagogische argumenten die de school aanvoert deze keer voldoende zwaarwegend om het indirect onderscheid op grond van godsdienst objectief te rechtvaardigen.[16]

4.2 *Precedentwerking*

In precedentkwesties staat veelal een discriminatoire beleidsregel ter discussie en zijn er meerdere personen die belang kunnen hebben bij het opheffen van het discriminatoire beleid. Meestal is er een rechtstreeks belanghebbende die bij het meldpunt een klacht indient. Op grond van het collectief actierecht legt het meldpunt de zaak aan de CGB voor met als doel jurisprudentie 'uit te lokken' waar anderen van kunnen profiteren. Een voorbeeld van een oordeel waarin sprake is van een algemeen belang betreft een woningstichting die geen verantwoordelijkheid wil nemen voor een discriminatieklacht van een huurder die door zijn buren wordt gediscrimi-

13 Oordeel 1997-24.
14 Oordeel 2000-51.
15 Oordeel 2000-63.
16 Oordeel 2003-40.

neerd. Het meldpunt beroept zich op artikel 7:204 BW en artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB, waarin is neergelegd dat instellingen op het gebied van volkshuisvesting geen verboden onderscheid mogen maken op grond van ras bij het aanbieden van diensten. Het meldpunt spreekt de woningstichting aan op grond van een overweging die de Commissie in arbeidszaken hanteert. Een werkgever heeft de plicht er op toe te zien dat ook degenen die onder zijn gezag arbeid verrichten zich van discriminatie onthouden.[17] Een dergelijke plicht is ook inherent aan andere gezagsverhoudingen. In de huurovereenkomst ligt besloten dat de woning inclusief woongenot wordt verhuurd. Wanneer de Commissie de zaak onder ogen krijgt oordeelt zij dat uit artikel 7 AWGB volgt dat de aanbieder van huurwoningen ervoor dient te zorgen dat huurders niet in hun woongenot beperkt worden om een reden verband houdend met één van de gronden van de AWGB. Deze inspanningsverplichting omvat mede het zorgvuldig behandelen van klachten van huurders over discriminatie door medehuurders.[18]

De eerste zaak waarin het meldpunt met succes een beroep op de WGBH/CZ doet betreft een onderwijssituatie. Een stichting die examens afneemt in de horecabranche biedt aan examenkandidaten met een leeshandicap de mogelijkheid om een aangepast examen af te leggen. Het aangepaste examen (schriftelijk of voorgelezen) duurt 15 minuten langer dan een regulier examen en vindt plaats in een aparte ruimte. De stichting rekent voor een aangepast examen standaard € 90 extra. Een regulier examen kost € 71. Het meldpunt is van mening dat de stichting in strijd handelt met de WGBH/CZ door de kosten van de aanpassing in rekening te brengen bij gehandicapte examenkandidaten.[19] In artikel 2 WGBH/CZ is immers de verplichting opgenomen om een redelijke aanpassing te treffen zodat de gehandicapte onder dezelfde voorwaarden als een niet-gehandicapte kan deelnemen (zie ook de bijdrage van Kroes in deze bundel, paragraaf 5.4).

Met het 'redliningoordeel' beoogde het meldpunt aandacht te vragen voor een vorm van uitsluiting die met name allochtonen treft.[20] Een vrouw van allochtone afkomst is verhuisd naar Amsterdam-Zuidoost en kan daar geen televisieprogramma's meer ontvangen met een gehuurde decoder. De kabelexploitant waar ze haar abonnement op de decoder heeft stuurt vanwege een verhoogd veiligheidsrisico geen monteurs naar bepaalde wijken in dit stadsdeel. Het meldpunt stelt dat de kabelexploitant hierdoor onderscheid naar ras maakt, nu deze uitsluiting van service – gezien de bevolkingssamenstelling in deze stadswijk – allochtonen onevenredig treft. Op basis van statistische gegevens die het meldpunt overlegt concludeert de Commissie dat door uitsluiting naar postcodegebied indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van ras. Het indirecte onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd.[21] De kabelexploitant erkent dat de veiligheids-risico's niet opgaan voor de buurt waar verzoekster woont.

Hoe stereotiepe denkbeelden over leeftijd tot frustratie leiden bij het vinden van werk ondervond een 57-jarige vrouw die een opleiding tot secretaresse wil volgen om haar kansen op betaald werk te verruimen. De Sociale Dienst vergoedt (korte) opleidingen wanneer aannemelijk is dat opleiding bijdraagt aan het vinden van

17 Oordeel 1999-70.
18 Oordeel 2003-132.
19 Oordeel 2004-140.
20 De jurist Wansink (1990) definieert *redlining* als het uitsluitend op postcode niet accepteren van risico's in bepaalde wijken. De geograaf Wagenaar (1989) gebruikt de volgende definitie: 'Redlining (is) het blokkeren van financiële faciliteiten voor bewoners van (in ogen van geldgevers) riskante buurten van grote steden.' M. Aalbers, *Redlining in Nederland*, Amsterdam: Aksant 2003, p. 38.
21 Oordeel 2004-15, integraal opgenomen in deze bundel en voorzien van een annotatie van Houtzager.

betaald werk. De opleiding wordt haar geweigerd omdat de Sociale Dienst het niet aannemelijk acht dat zij als secretaresse, gezien haar leeftijd, op de arbeidsmarkt een kans maakt. Het beleid van de Sociale Dienst, waarin leeftijd een beoordelingsfactor is bij de beoordeling of een uitkeringsgerechtigde voor het volgen van een opleiding in aanmerking komt, is ter toetsing aan de Commissie voorgelegd.[22]

4.3 Het verkennen van de reikwijdte van de AWGB

De wetgever heeft de uitdrukkelijke bedoeling gehad eenzijdig overheidshandelen buiten de werking van de AWGB te houden.[23] In sommige zaken lijkt sprake van een verwevenheid van publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen waardoor niet op voorhand te zeggen valt of de Commissie bevoegd is dan wel het verzoek ontvankelijk is. Het meldpunt acht het van belang dat een privaatrechtelijke wederpartij zich niet kan verschuilen achter publiekrechtelijk handelen en daarmee de gelijkebehandelingswetgeving buitenspel zet. Een dergelijke rechtsvraag ligt ten grondslag aan een verzoek waarin een luchtvaartmaatschappij in het kader van preflightcontroles nauw samenwerkt met overheidsinstanties. Het meldpunt heeft aanwijzingen dat door het preflightcontrolesysteem in overwegende mate passagiers met een donkere of getinte huidskleur worden benadeeld en er dus sprake is van indirect onderscheid op grond van ras. De luchtvaartmaatschappij voert aan dat sprake is van overheidshandelen waardoor de Commissie niet bevoegd is. Het meldpunt stelt dat de luchtvaartmaatschappij een eigen verantwoordelijkheid heeft omdat zij zelfstandig de beslissing neemt om een dienst aan een passagier niet (meer) aan te bieden. Het beleid om zonder meer negatieve reisadviezen op te volgen voldoet niet aan de eisen van systematiek, inzichtelijkheid en controleerbaarheid waaraan procedures naar vaste jurisprudentie moeten voldoen. De stelling dat in overwegende mate passagiers met een donkere huidskleur door het preflightcontrolebeleid worden benadeeld kon niet worden weerlegd.[24]

Dat het uitvoeren van een overheidstaak niet per definitie hoeft te betekenen dat artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB niet van toepassing is, blijkt in een geschil waarin een gemeente een alleenstaande vrouw met twee kinderen uitsluit van de loting voor een koopwoning. De criteria voor deelname aan de loting zijn gebaseerd op de Wet bevordering eigenwoningbezit (WBE). Op grond van de bepalingen in deze wet wordt haar huishouden als een éénpersoonshuishouden aangemerkt. De uitsluiting komt neer op de weigering haar een woning te verkopen. De Commissie overweegt dat in dit geschil de privaatrechtelijke aspecten overheersen. Hoewel het bevorderen van een rechtvaardige verdeling van woningen tot een overheidstaak kan worden gerekend, is in dit geval het aspect van de publieke taakuitoefening niet van doorslaggevende betekenis geweest. Enerzijds behoeft deze taak niet per definitie te worden behartigd door middel van woningverkoop van gemeentewege. Anderzijds neemt de gemeente bij deze transacties op gelijke voet als anderen deel aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer. Zodoende viel dit handelen onder het zakelijk goederen- en dienstenverkeer zoals bedoeld in artikel 7 AWGB.[25]

Van eenzijdig overheidshandelen is wél sprake in een zaak waarin een privaatrechtelijk rechtspersoon (een stichting) bij het aanbieden van haar financieel product onderscheid op grond van het hebben van verblijfstitel maakt. Het meldpunt stelt dat het onderscheid indirect onderscheid op grond van nationaliteit tot gevolg heeft.

---

22 Oordelen 2005-54 en 2005-55.
23 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 29 en *Handelingen II* 1992/93, 48, p. 3567-3570 en 3593-3595.
24 Oordeel 2003-153.
25 Oordeel 2002-42.

De Commissie hanteert als vaste jurisprudentie dat het beschikken over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd niet mag worden tegengeworpen omdat in de overgrote meerderheid van de gevallen deze tijdelijke verblijfsvergunningen steeds opnieuw worden verlengd. Houders van een dergelijke vergunning vormen niet automatisch een verhoogd financieel risico. Aan de inhoudelijke rechtsvraag komt de Commissie niet toe omdat zij van oordeel is dat de stichting behoort tot de openbare dienst en een overheidstaak uitoefent, namelijk het bevorderen van het eigenwoningbezit en de kwaliteitsverbetering van woningen voor minder draagkrachtigen.[26]

5 STRATEGISCHE AFWEGINGEN

5.1 Spoedvoorziening

Naast de gewone en 'voortvarende' procedure kent de Commissie een spoedprocedure. De spoedprocedure is bij uitstek geschikt in arbeidszaken waarin het spoedeisend belang bestaat uit een aangekondigd ontslag of de weigering een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan. De procedure is relatief snel, kosteloos en spitst zich uitsluitend toe op het discriminatieaspect. Dit wil nog wel eens onderbelicht blijven in de ontslagprocedure bij de kantonrechter. Een minpunt is dat de Commissie het spoedeisend karakter van een zaak niet snel erkent.[27] Een positieve uitkomst biedt enkel morele genoegdoening omdat de oordelen niet bindend zijn en geen (schade)vergoeding kan worden gevorderd. De Commissie zou aan deze kritiek tegemoet kunnen komen door de spoedprocedure, vooral in arbeidszaken, vaker toe te passen. Indien een werkgever aanstuurt op ontbinding van de arbeidsovereenkomst dan is het zeer aannemelijk dat de kantonrechter het oordeel bij zijn overwegingen betrekt, hetgeen weer van invloed is op de hoogte van een eventuele (schade)vergoeding. Het belang van de Commissie als gelijkebehandelingsdeskundige in arbeidszaken is des te groter wanneer men bedenkt dat de kantonrechter weinig zaken krijgt voorgelegd waarin discriminatie de inzet van het geschil is. Naast het feit dat spoedverzoeken niet snel worden ingewilligd, vermoedt het meldpunt dat onbekendheid met de spoedprocedure de reden is waarom er weinig gebruik van wordt gemaakt. Vooral de sociale advocatuur zou met de spoedprocedure haar voordeel kunnen doen.

5.2 Verschuiving bewijslast

Bijna alle discriminatieklachten hebben één ding met elkaar gemeen: hoe kan het bewijs worden geleverd dat de wederpartij in strijd handelt met de AWGB? Weinig werkgevers zetten een discriminatoir beleid op schrift of geven ruiterlijk toe dat sollicitatiebrieven van personen uit bepaalde bevolkingsgroepen opzij worden gelegd. In zaken die niet via bemiddeling zijn op te lossen en waarin geen hard bewijs kan worden geleverd verzamelt het meldpunt zoveel mogelijk feitenmateriaal. Sinds de inwerkingtreding van de Rasrichtlijn toetst de Commissie 'of er feiten zijn die onderscheid kunnen doen vermoeden'.[28] Acht zij voldoende feiten aanwezig dan heeft zij de mogelijkheid de bewijslast om te keren. Lastig is vooraf te bepalen wat *voldoende* feitenmateriaal is om bij de Commissie het vermoeden te wekken

26 Oordeel 2003-162.
27 In meerdere zaken waarin om de spoedprocedure werd verzocht, is de zaak voortvarend behandeld, bijvoorbeeld oordeel 2004-130.
28 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 2000, *PbEG* 2000, L 180/22, artikel 8: bewijslast. Zie voor de verschuiving van de bewijslast artikel 10 AWGB.

dat ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. In een klacht van een verpleeghulp die van haar leidinggevende geen contractsverlenging krijgt omdat ze 'eerst maar moet bewijzen de combinatie van werk en zorg aan te kunnen' kan een recent verslag van een goed verlopen functioneringsgesprek worden overlegd. Contractsverlenging bij goed functioneren is binnen de instelling gebruikelijk. Collega's kunnen tevens bevestigen dat haar mondeling het volgen van een opleiding in het vooruitzicht is gesteld. De feiten, in onderlinge samenhang bezien, vond het meldpunt voldoende om een *vermoeden* te wekken dat zwangerschap bij de beslissing omtrent contractsverlenging een rol speelt.[29]
Het verzamelen van feitenmateriaal bleek lastig in een zaak waarin een intercedente klaagt dat het uitzendbureau waar ze werkzaam is geen mensen van Nigeriaanse afkomst bemiddelt voor schoonmaakwerk op Schiphol. Het uitzendbureau vreest dat zij in de uitoefening van hun functie worden geronseld door Nigeriaanse drugssmokkelaars. Tijdens werkoverleg wordt het beleid mondeling meegedeeld. In de administratie wordt achter de namen van ingeschrevenen van Nigeriaanse afkomst een kruisje geplaatst. Harde feiten ontbreken echter. De intercedente heeft zich ziek gemeld waardoor ze niet meer bij de gegevens in de computer kan. Een collega die aanvankelijk bereid lijkt te getuigen trekt zich terug. En zelfs indien de intercedente een uitdraai van de administratie had kunnen overleggen, zou dan een kruisje achter een naam voldoende zijn om een vermoeden van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van ras te veronderstellen? Of is daar toch meer voor nodig? Wegens gebrek aan bewijs heeft het meldpunt de klacht uiteindelijk niet ingediend.

5.3 *Samenloop AWGB en strafrecht*

Bij de spoedprocedure of voortvarende behandeling van een arbeidszaak is al betoogd dat een oordeel de gedupeerde om processtrategische redenen van nut kan zijn in een vervolgprocedure bij de civiele rechter (het bewijs van onderscheid is immers al geleverd). Een oordeel kan echter ook van pas komen bij de strafrechter. In horecaklachten (weigering toegang wegens afkomst) blijken bedrijfsleiders en portiers creatief te zijn in het bedenken van redenen om de toegang te weigeren. Geen pasje, geen vaste klant, besloten avond, aanmelden kan alleen via internet, 'wij laten geen groepen toe' (twee personen is ook al een groep), geen correcte kleding, agressief gedrag, drankmisbruik, drugsgebruik enzovoorts. Sommige uitgaansgelegenheden beogen een uitgaanssfeer te creëren die alleen zou ontstaan wanneer niet teveel mensen van één bepaalde bevolkingsgroep binnen zijn. Praktijktesten blijken niet altijd het bewijs van onderscheid te kunnen leveren.[30] Meerdere klachten over dezelfde uitgaansgelegenheid worden voorgelegd aan de Commissie. Uit vaste jurisprudentie volgt dat een toelatingsbeleid inzichtelijk, systematisch en controleerbaar dient te zijn. Aan voormelde eisen voldoet het deurbeleid vrijwel nooit. Een gedupeerde die zowel naar de Commissie stapt als aangifte doet kan het oordeel bij de strafrechter aanvoeren als ondersteunend bewijs. In artikel 137g, eerste lid, Sr is opzettelijke discriminatie wegens ras in de uitoefening van een beroep of bedrijf strafbaar gesteld. In het tweede lid is het feit dat iemand daar een gewoonte van maakt als strafverzwarende omstandigheid opgenomen. Hoewel jurisprudentie (nog) ontbreekt stelt het meldpunt in voorkomende gevallen de officier van justitie in kennis van horecazaken waarin de Commissie heeft geoordeeld dat onderscheid op grond van ras is gemaakt.[31]

29 Verzoek bij de CGB niet ingediend omdat de werkgever haar alsnog een jaarcontract aanbood.
30 'Vrijspraak van discriminatie voor Tilburgse discoportiers', *de Volkskrant* 10 oktober 2003.
31 Oordeel 2004-13, oordeel 2004-56 en oordeel 2004-57.

6 DE CGB OF DE STRAFRECHTER

Bij de afweging om de Commissie of de strafrechter in te schakelen is de ernst van de gedraging van doorslaggevend belang. Aangifte wordt geadviseerd bij discriminatoire incidenten op straat, ook wanneer het een onbekende dader betreft. Soms kan een signalement de politie op een spoor zetten waardoor de dader alsnog kan worden achterhaald. Het strafrecht wordt altijd geadviseerd bij uitlatingen in de zin van artikel 137c en 137d Sr, geweldsdelicten, samenloop of bij commune delicten met een discriminatoir element. De rechter kan, in tegenstelling tot de Commissie, een vrijheidsstraf of boete opleggen, (schade)vergoeding toekennen en het vonnis is gemakkelijker te effectueren. Afgezien van de ernst van de feiten lenen dergelijke zaken zich niet voor de Commissie omdat de gedragingen vrijwel nooit onder de reikwijdte van de artikelen 5 t/m 7 AWGB vallen.

Het strafrecht wordt als ultimum remedium ingezet wanneer via een andere weg geen oplossing te verwachten valt. In langlopende burenconflicten waarin bemiddeling door het meldpunt, de woningbouwvereniging of de buurtregisseur geen effect heeft, draagt een aangifte bij aan dossieropbouw. Een veroordeling wegens discriminatie helpt de gedupeerde in zijn eis tegen de woningbouwvereniging een uitzettingsprocedure te starten tegen de huurder die zich aan discriminatoir gedrag schuldig maakt. De keuze voor het strafrecht ten opzichte van de Commissie betekent ook dat andere, veelal hogere, eisen aan het bewijs worden gesteld. De CGB kan de bewijslast verschuiven wanneer een vermoeden van onderscheid in de zin van de AWGB aannemelijk wordt gemaakt. In het strafrecht geldt daarentegen: wie stelt die bewijst. Vooral in discriminatiezaken zijn de openbaarheid en het opzet moeilijk te bewijzen.
Het strafrecht wordt door slachtoffers als 'gebruiksonvriendelijk' getypeerd. Het politieonderzoek duurt veelal maanden waarin het slachtoffer alleen verneemt dat 'het onderzoek nog loopt'.
Bij het doen van aangifte wegens discriminatie is van essentieel belang dat de verbalisant de discriminatiefeiten (beledigende opmerkingen, gedrag) met zoveel woorden in de aangifte opneemt. Zonder die vermeldingen loopt een aangifte het risico te worden weggeschreven als een commuun delict (eenvoudige belediging) en is het discriminatieaspect niet meer te traceren, waardoor discriminatie als strafverzwarende omstandigheid niet in de strafmaat tot uitdrukking komt. Een dergelijke ervaring had een homoseksuele man die door zijn bovenburen werd mishandeld en uitgescholden voor 'vieze aidsnicht'. Omwonenden hebben de uitlatingen gehoord en schriftelijke getuigenissen afgelegd. Terwijl het meldpunt een 137c Sr-zaak ziet wil het parket eenvoudige belediging (artikel 266 Sr) ten laste leggen omdat voor een 137c Sr-zaak doorslaggevend is of de uitlating beledigend is voor de bevolkings*groep* homo's. Aan dit bestanddeel zou volgens het parket zijn voldaan wanneer de buren 'jullie vieze aidsnichten' zou hebben geroepen. Het meldpunt is van mening dat de woordkeuze 'vieze nicht' blijk geeft van minachting ten aanzien van een persoon van een bepaalde bevolkingsgroep. Door deze op zichzelf beledigende uitlating te verrijken met een ziekte waarvan algemeen bekend is dat deze in overwegende mate homo's treft, wordt blijk gegeven van de intentie het slachtoffer te discrimineren op grond van een (vermeend) groepskenmerk waarmee aan de delictsomschrijving van artikel 137c Sr wordt voldaan. De officier is niet overtuigt en legt enkel de eenvoudige belediging ten laste. De politierechter veroordeelt de twee buren ieder tot een boete van € 250 en € 150 immateriële schadevergoeding.[32]

32 Politierechter Amsterdam 14 januari 2005, niet gepubliceerd.

Een vonnis op grond van artikel 266 Sr wordt ook uitgesproken in een zaak waarin een vrouw vanwege haar joodse afkomst wordt beledigd. Per post ontvangt het echtpaar een brief van de bovenbuurman waarin hij schrijft dat 'ze' haar vergeten waren te vergassen. Het meldpunt adviseert aangifte op grond van artikel 137c Sr en een verzoek om schadevergoeding (Wet Terwee). Ter zitting geeft de verdachte weliswaar toe de brief te hebben geschreven maar hij acht de opmerking niet discriminatoir. De politierechter veroordeelt de man tot een boete van € 500 waarvan € 250 voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar. De schadevergoeding van € 150 wordt via Justitie geïnd om te voorkomen dat het slachtoffer bij wanbetaling zelf een vordering moet instellen.[33]

Voor het strafrecht wordt ook gekozen in zaken met een maatschappelijk belang. Het meldpunt wordt vaak verzocht te beoordelen of in het openbaar geuite opmerkingen, gedragingen en/of afbeeldingen belediging en/of discriminatie opleveren in de zin van het Wetboek van Strafrecht. Denk bijvoorbeeld aan columns, cartoons of tendentieuze uitlatingen van volksvertegenwoordigers in de media. Het meldpunt toetst het voorgelegde feit aan jurisprudentie die de diverse beledigings- en discriminatiebepalingen hebben opgeleverd. Indien de zaak kans op vervolging maakt wordt aangifte geadviseerd.[34] In 2000 deed het meldpunt met het Meldpunt Discriminatie Internet (MDI) aangifte tegen de Nieuwe Nationale Partij (NNP). Op de internetsite van de NNP stonden onder meer tendentieuze en discriminerende teksten over personen van Marokkaanse afkomst. Zij werden verantwoordelijk gehouden voor moord, diefstal en verkrachting. De Rechtbank Dordrecht veroordeelde de NNP op grond van artikel 137c Sr. In hoger beroep veroordeelde het Hof 's-Gravenhage de bestuurders van de NNP tot een geldboete van € 660, subsidair 13 dagen hechtenis.[35]

Door middel van een cliëntvolgsysteem kan het meldpunt de aangifte bij de politie en het parket volgen. Bij het vormgeven van dit registratiesysteem wordt nauw samengewerkt met de regioprojectcoördinator discriminatiezaken bij de politie Amsterdam-Amstelland en het Amsterdamse Openbaar Ministerie waar het Landelijk Expertisecentrum Discriminatie (LECD) is ondergebracht.[36] De samenwerking tussen meldpunt, politie en parket volgt uit de Aanwijzing discriminatie, kortweg: de Aanwijzing.[37] Door middel van de Aanwijzing wil het college van procureurs-generaal een hogere prioriteit toekennen aan de afhandeling van discriminatie aangiften door de strafrechtketen.

7 CONCLUSIE

De Stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam geeft voorlichting en advies en behandelt klachten op basis van de gelijkebehandelingswetgeving. Tussen de verzoekschriften van het meldpunt en de oordelen van de CGB bestaat een wisselwerking. Enerzijds beroept het meldpunt zich bij klachtbehandeling op oordelen, anderzijds legt zij een verzoek om een oordeel aan de CGB voor. Uit de doelstelling van het meldpunt volgt dat het collectief actierecht wordt ingezet in zaken die van

33 Politierechter Amsterdam 15 juli 2004, niet gepubliceerd. Hoger beroep is ingesteld.
34 Het meldpunt heeft aangifte geadviseerd inzake uitspraken van imam El Moumni in de NOVA-uitzending van 3 mei 2001.
35 Rb. Dordrecht 11 juni 2002, LJAE3932; Hof 's-Gravenhage 3 juni 2003, niet gepubliceerd.
36 Het LECD is in 1998 opgericht en is het kennispunt bij het Openbaar Ministerie, speciaal belast met het onderwerp discriminatie. Doel van het LECD is het optimaliseren van de strafrechterlijke handhaving inzake discriminatie, dat wil zeggen beleidsvorming, opsporing, vervolging en rapportage.
37 *Stcrt.* 27 maart 2003, 61.

belang zijn voor jurisprudentievorming, wanneer een individueel belanghebbende ontbreekt of wanneer een individueel belanghebbende niet zelf wil procederen. Het collectief actierecht heeft als voordeel dat het verzoek niet hoeft te worden ingediend naar aanleiding van een concrete zaak, maar ook betrekking kan hebben op een regeling die bij toepassing tot ongelijke behandeling kan leiden.
Bij de keuze een zaak voor te leggen spelen zowel juridische als strategische afwegingen een rol.
Zaken van juridisch belang kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën: principekwesties, zaken met precedentwerking en zaken die de reikwijdte van de AWGB vaststellen.
In principekwesties hebben twee partijen een fundamenteel meningsverschil. Hieraan ten grondslag ligt de aantasting van het grondrecht waar de bescherming van wordt ingeroepen. Het meldpunt weegt dan af of op basis van bestaande jurisprudentie onderbouwd kan worden welke partij in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving handelt. Bij unieke zaken, zoals bijvoorbeeld het dragen van een gezichtssluier in de klas, schuilt het juridisch belang in de afweging welk grondrecht prevaleert: de vrijheid van godsdienst(uiting) versus de vrijheid van inrichting van onderwijs. Precedentzaken verschillen van principekwesties door het ontbreken van twee partijen die lijnrecht tegenover elkaar staan. In precedentzaken is meestal een discriminatoire beleidsregel de inzet van het geschil. Het juridisch belang van een oordeel is dan vooral een algemeen belang: van het wijzigen van de beleidsregel profiteren meerdere gedupeerden dan alleen de rechtstreeks belanghebbende. In zaken waarin de reikwijdte van de AWGB wordt verkend, bijvoorbeeld zaken waarin sprake is van verwevenheid van publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen, is het voor het meldpunt van juridisch belang te weten welke rechtsgang moet worden gevolgd.
Strategische afwegingen houden verband met de te volgen procedure, het feit dat een oordeel kan worden gebruikt in een zaak bij de burgerlijke rechter en de bewijsvoering. De procedure is kosteloos en relatief snel. Naast de gewone procedure en de voortvarende behandeling bestaat de spoedprocedure. De CGB neemt echter niet snel het spoedeisende karakter van een zaak aan. Het meldpunt pleit ervoor niet al te complexe zaken via de spoedprocedure af te handelen omdat het oordeel de benadeelde partij van pas komt wanneer een bodemprocedure is gestart. De verschuiving van de bewijslast biedt uitkomst in zaken waarin harde feiten ontbreken maar een accumulatie van feiten en omstandigheden het vermoeden van onderscheid aannemelijk maken. Een oordeel kan ook bij de strafrechter als ondersteunend bewijs dienen wanneer een horecaeigenaar zich structureel schuldig maakt aan het toepassen van een discriminatoir deurbeleid.
Bij de keuze tussen de CGB en de strafrechter is de ernst van de gedraging van belang. De strafrechter kan bij ernstige delicten, in tegenstelling tot de CGB, een vrijheidsstraf of boete opleggen, (schade)vergoeding toekennen en het vonnis is gemakkelijker te effectueren. Strafbare feiten in de zin van het Wetboek van Strafrecht lenen zich niet voor de CGB omdat de gedragingen vrijwel nooit onder de reikwijdte van de artikelen 5 t/m 7 AWGB vallen.
Met het indienen van verzoekschriften en het gebruiken van overwegingen uit oordelen kan het Meldpunt Discriminatie Amsterdam relatief veel klachten met succes afhandelen. De wisselwerking tussen meldpunt en CGB komt ten goede aan de cliënt van het meldpunt en dient tevens het algemeen belang om ongelijke behandeling te bestrijden, waardoor de CGB middels haar oordelen aan bijdraagt.

Enkele opmerkingen over rechtvaardiging van indirecte discriminatie om economische redenen in het EG-recht

Dr. R.C. Tobler LL.M.

1 INLEIDING

In de Oordelenbundel 2002 is een artikel van Janneke Gerards[1] opgenomen over de juridische toets voor indirecte discriminatie[2] zoals deze wordt toegepast door de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling (CGB). Gerards stelt dat de CGB gebruik maakt van een toetsing die in twee fasen verloopt. Eerst gaat de Commissie feitelijk na of het litigieuze onderscheid nadelig is voor een bepaalde groep, waarna zij vervolgens controleert of deze groep in overwegende mate bestaat uit personen die zich onderscheiden door een in de AWGB genoemd persoonskenmerk. Als dit het geval is, dan is er sprake van een onderscheid dat op grond van artikel 2, eerste lid, AWGB door de wederpartij moet worden gerechtvaardigd. Gerards legt uit dat de CGB voor de rechtvaardiging gebruikt maakt van een toetsingsmodel dat in sterke mate is gebaseerd op de Europese rechtspraak over indirecte discriminatie op grond van geslacht.

In dit artikel zal ik op één bepaald aspect van deze EG-rechtelijke toets ingaan, in het bijzonder de legitimiteit van het nagestreefde doel en de vraag onderzoeken in hoeverre economische rechtvaardigingen zijn toegestaan. In een artikel over de uitbreiding van de Europese Gemeenschap noemde het Britse tijdschrift *The Economist* een aantal ijkpunten voor ondernemingen, waaronder de volgende: 'Train your staff to respect race and gender at work. A lawsuit alleging discrimination could cost much more.'[3] Echter, het is een feit dat in het EG-recht in bepaalde omstandigheden discriminatie juist is toegestaan, als het om economische belangen gaat – met als gevolg dat dergelijke praktijken de betrokken ondernemingen niet alleen geen geld kosten, maar het als het ware mogelijk maken om te besparen door te discrimineren. Bijzonder interessant is hier het feit dat het EG-recht niet dezelfde regels kent als het om economische rechtvaardiging in het sociaal recht en in het recht over het vrije verkeer gaat. Op dit feit hebben Drijber & Prechal al in een

1 J.H. Gerards, 'Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid', in: D.J.B. Wolff (red), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77-95, p. 78 e.v. Zie ook het proefschrift van Gerards: J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

2 Omdat ik mij in dit artikel op het EG-recht zal concentreren, zal ik de daar gebruikelijke terminologie handhaven in plaats van het in het Nederlandse recht en de literatuur gebruikelijke 'indirect onderscheid'. Zoals advocaat-generaal Stix-Hackl in haar conclusies over de zaak *Merida* heeft uitgelegd, is het in het EG-recht ook denkbaar dat indirecte discriminatie op gelijke behandeling (en dus juist het niet maken van onderscheid) berust; HvJ EG 16 september 2004, zaak C-400/02, n.n.g., punt 20 van de conclusies.

3 'Tips for the enlargement game', *The Economist* 10 april 2004.

preadvies van 1997 gewezen.[4] Zij stelden toen vast dat de toets in het sociaal recht duidelijk makkelijker was dan die in het recht over het vrije verkeer. Sindsdien is de rechtspraak van het Hof van Justitie over economische rechtvaardiging op belangrijke punten verder ontwikkeld en blijkt tot op zekere hoogte een toenadering te hebben plaatsgevonden. Toch blijven de uitgangspunten verschillen.
Voor het Nederlandse recht is het onderwerp van dit artikel mijns inziens om twee redenen van belang. Ten eerste heeft het EG-recht voorrang boven het recht van de lidstaten. De CGB moet derhalve op gebieden waarvoor EG-recht bestaat een toets toepassen die met het EG-recht overeenstemt. In dit verband moet worden opgemerkt dat de rechtspraak van de CGB over economische rechtvaardigingsredenen niet altijd even helder is. Zo merkt de Commissie bijvoorbeeld in een oordeel uit het jaar 2004 eenvoudig op dat het doel van de wetgever om het financiële risico van een bepaald experiment te beperken voldoende zwaarwegend (en dus legitiem) is.[5] In het licht van de EG-rechtelijke toets voor objectieve rechtvaardiging werpt een dergelijke, bijzonder summiere en niet nader gemotiveerde toetsing zeer zeker vragen op. Ten tweede bevatten de nieuwe discriminatierichtlijnen een bepaling die de lidstaten toestaat om voor een hogere graad van bescherming te kiezen dan in de richtlijn is voorzien (zie bijvoorbeeld artikel 6 van de Rasrichtlijn[6], artikel 8 van de Kaderrichtlijn[7], en artikel 8e van de herziene Tweede gelijkebehandelingsrichtlijn).[8] In dit kader kunnen de lidstaten volgens mij in het belang van een betere bescherming voor de strengere benadering van het economisch recht kiezen in plaats van de bredere toets van het sociaal recht toe te passen.
Ik zal deze bijdrage beginnen door de ontwikkeling van de EG-rechtelijke toets voor rechtvaardiging van indirecte discriminatie te schetsen[9], eerst in verband met seksediscriminatie als het historisch belangrijkste onderdeel van het sociaal recht van de EG en vervolgens voor het recht over het vrije verkeer (waar met name het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van belang is). Daarna zal ik de aanpak in de twee gebieden vergelijken voor zover het de economische rechtvaardiging betreft. Ten slotte zal ik de vraag stellen in hoeverre economische rechtvaardiging voor indirecte discriminatie moet worden toegestaan.

2 RECHTVAARDIGING VOOR INDIRECTE SEKSEDISCRIMINATIE

2.1 De ontwikkeling van de rechtvaardigingstoets in het EG-recht

Oorspronkelijk kende het Gemeenschapsrecht slechts het verbod van wat men later rechtstreekse (of directe) discriminatie ging noemen. Verboden achtte men het uitdrukkelijk maken van verschil op basis van een door het Verdrag of de secundaire

4 B.J. Drijber & S. Prechal, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief' (Preadvies van de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht), *Social-Economische Wetgeving* 1997, p. 112-167, p. 140.
5 Gevoegde oordelen 2004-27 en 2004-28, overweging 5.16.
6 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 180/22.
7 Richtlijn 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 303/16.
8 Richtlijn 2002/73/EC van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 2002, L 269/15.
9 De ontwikkeling van deze toets in het EG-recht is het onderwerp van mijn zogenaamde *Habilitationsschrift* over indirecte discriminatie in het EG-recht en in het Zwitserse recht. Het EG-rechtelijke gedeelte verschijnt in 2005 (*Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination in EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005). De *Habilitation* is een procedure in het duitstalige gedeelte van Zwitserland die tot verkiesbaarheid als hoogleraar leidt.

wetgeving genoemd discriminatiecriterium, zoals (met name) nationaliteit in het recht over het vrije verkeer en geslacht in verband met het toenmalige artikel 119 EEG[10]-Verdrag (nu artikel 141, eerste en tweede lid, EG). Een bredere uitleg, in de zin van een verbod van indirecte naast directe discriminatie, is voor het eerst te vinden in het kader van het vrije verkeer van personen (discriminatie op grond van nationaliteit; *Ugliola*[11], *Sotgiu*[12]) en het interne arbeidsrecht van de gemeenschappen (discriminatie op grond van geslacht; *Sabbatini*[13], *Airola*[14]) – alhoewel het Hof toen het begrip 'indirecte discriminatie' nog niet gebruikte.[15]
Het is opmerkelijk dat in geen van deze 'oorsprongsarresten' sprake is van een bijzondere rechtvaardigingstoets voor indirecte discriminatie. Een dergelijke toets werd pas later ontwikkeld, en dan in een ander juridisch kader, namelijk discriminatie op grond van geslacht, zoals relevant in het nationale recht van de lidstaten. De eerste relevante zaak was *Jenkins*[16], betreffende een verschil in beloning tussen voltijders en deeltijders. Het Hof oordeelde dat dit in strijd kan zijn met het EG-Verdrag, namelijk als 'het loonbeleid van de betrokken onderneming niet kan worden verklaard door factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten' (r.o. 13). Het Hof zei verder dat een verschil in betaling voor arbeid in tijdloon naar gelang van het aantal gewerkte uren per week objectief gerechtvaardigd kan zijn om economische redenen (r.o. 11 en 12). In het latere mijlpaalarrest *Bilka*[17] had het Hof het over 'een werkelijke behoefte van de onderneming' (r.o. 46). Deze toets werd in *Rinner-Kühn*[18] voor handelingen van de wetgever in die zin aangepast, dat de lidstaat moet kunnen 'aantonen, dat de gekozen middelen beantwoorden aan een noodzakelijke doelstelling van zijn sociaal beleid en ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn' (r.o. 14). In latere arresten had het Hof het nog slechts over 'legitieme doelstellingen' (vanaf *Commissie-België)*[19] en in *Seymour-Smith*[20] werd de toets nog makkelijker: nu moest de lidstaat alleen nog aantonen dat de betwiste bepaling 'beantwoordt aan een wettige doelstelling van sociaal beleid, dat die doelstelling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht en dat hij redelijkerwijs mocht oordelen dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van dat doel' (r.o. 77).
Deze door de rechtspraak van het Hof ontwikkelde rechtvaardigingstoets is voor bepaalde gevallen nog steeds relevant (met name op het gebied van het socialezekerheidsrecht). Voor de meeste gevallen gelden nu echter wettelijke definities van indirecte discriminatie die ook de objectieve rechtvaardiging noemen. Deze ontwikkeling begon met de Bewijslastrichtlijn[21], gevolgd door een (ietsje andersluidende) definitie in de herziene versie van de Tweede gelijkebehandelingsrichtlijn.[22] Beide

10 Toen heette de Gemeenschap nog 'Europese Economische Gemeenschap'. De naam veranderde met de Verdragsherziening van Maastricht van 1992 (van kracht sinds 1 november 2003).
11 HvJ EG 15 oktober 1969, zaak 15/69, *Jur.* 1969, p. 363.
12 HvJ EG 12 februari 1974, zaak 152/73, *Jur.* 1974, p. 153.
13 HvJ EG 7 juni 1972, zaak 20/71, *Jur.* 1972, p. 345.
14 HvJ EG 20 februari 1975, zaak 21/74, *Jur.* 1975, p. 221.
15 Het begrip is voor het eerst in een kolen- en staalzaak gebruikt die niet indirecte discriminatie in de hier besproken zin betrof, namelijk HvJ EG 20 maart 1957, zaak 2/56, *Jur.* 1957, p. 11 (*Geitling e.a. – Hoge Autoriteit*).
16 HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jur.* 1981, p. 911.
17 HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.
18 HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Jur.* 1989, p. 2743.
19 HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-229/89, *Jur.* 1991, p. I-2205.
20 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623.
21 Richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, *PbEG* 1998, L 14/6.
22 Richtlijn 2002/73/EG tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 2002, L 269/15.

zullen, samen met een aantal andere richtlijnen over seksediscriminatie, binnenkort vervangen worden door de nieuwe zogenaamde 'recast' richtlijn.[23] In de wettelijke definities is er wat betreft rechtvaardiging steevast sprake van een bepaling, maatstaf of handelwijze die 'objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn'. Hetzelfde geldt voor de andere in artikel 13 EG genoemde discriminatiegronden.

2.2 *Economische rechtvaardiging in het bijzonder*

Zoals zojuist vermeld, noemde het Hof in verband met mogelijke rechtvaardiging voor indirecte seksediscriminatie uitdrukkelijk economische rechtvaardigingsgronden. Volgens latere rechtspraak is echter de specifieke categorie van zuiver financiële of budgettaire redenen uitgesloten. In *Roks*[24] legde het Hof uit: 'Ofschoon budgettaire overwegingen aan de basis kunnen liggen van de sociale beleidskeuzen van een Lid-Staat en de aard of de omvang van de sociale beschermingsmaatregelen die de Lid-Staat wenst vast te stellen, kunnen beïnvloeden, vormen zij op zichzelf evenwel niet een doelstelling van dat beleid en kunnen zij dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten rechtvaardigen. Zou overigens worden aanvaard dat budgettaire overwegingen een rechtvaardiging kunnen vormen voor een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, dat anders een door artikel 4 lid 1 van richtlijn 79/7 verboden indirecte discriminatie op grond van geslacht zou opleveren, dan zou zulks bovendien impliceren, dat de toepassing en de strekking van een zo fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel als dat van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zowel in de tijd als in de ruimte kunnen variëren, al naargelang de toestand van de openbare financiën van de Lid-Staten.' (r.o. 35 en 36, zie verder *Jørgensen*[25], r.o. 39 e.v.; *Steinicke*[26], r.o. 66 e.v.; *Schönheit en Becker*[27], r.o. 85).
Nu economische rechtvaardiging uitdrukkelijk in de rechtspraak is genoemd, is het niet verrassend dat elementen daarvan in concrete zaken zijn terug te vinden. Voor ik een aantal voorbeelden geef, wil ik echter opmerken dat punten die soms in dit verband worden genoemd volgens mij hier niet thuis horen. Dit geldt met name voor door de werkgever gestelde eisen die van belang zijn voor de uitvoering van de specifieke werkzaamheden, met andere woorden, zogenaamde 'genuine occupational requirements'. Als een specifiek soort arbeid een bepaalde opleiding, ervaring, fysieke kracht enzovoort vereist, dan heeft dit niets met economische rechtvaardiging te maken.[28] In dit geval is het echter belangrijk dat het daadwerkelijk vereisten van het werk betreft.[29] Verder moet volgens mij altijd worden bedacht dat het begrip 'arbeid van gelijke waarde' de vergelijkbaarheid van de gevallen betreft, en

---

23 Voorstel voor een richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep (herschikte versie), COM/2004/279 def. Niet vervangen zullen worden: Richtlijn 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PbEG* 1979, L 6/24, en Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1986, L 225/40. Wél zal worden vervangen de 'post-Barber-wijzigingsrichtlijn' op deze laatste richtlijn, namelijk Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1997, L 46/20. Deze richtlijn hoort inhoudelijk bij het onderwerp 'loon'.

24 HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Jur.* 1994, p. I-571.

25 HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jur.* 2000, p. I-2447.

26 HvJ EG 11 september 2003, zaak C-77/02, *Jur.* 2003, p. I-9027.

27 HvJ EG 23 oktober 2003, gevoegde zaken C-4/02 en C-5/02, *Jur.* 2003, p. I-12575.

28 Zie hierover ook S.D. Burri, *Europees Sociaal Recht. Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 90.

29 Zo heeft het Hof bijvoorbeeld zijn oorspronkelijk te brede rechtspraak over anciënniteit in deze zin aangescherpt, zie HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297, (*Nimz*), r.o. 14.

dat in dat kader enkel aspecten van de vergelijkbaarheid van het werk zelf in aanmerking kunnen komen. Ook is het belangrijk dat in een functiewaarderingssysteem niet slechts enkele eisen of criteria worden beoordeeld, maar ook wordt gevraagd of het stelsel in zijn geheel evenwichtig in die zin is dat het man- en vrouwvriendelijke aspecten even veel gewicht geeft (*Rummler*,[30] *Royal Copenhagen*).[31]

In het kader van economische rechtvaardiging zijn zaken zoals *Enderby*,[32] *Nolte*[33] en *Kachelmann*[34] interessant. *Enderby* betrof de vraag of de situatie op de arbeidsmarkt als rechtvaardiging kan dienen voor een selectieve verhoging van de beloning door een onderneming om zo gegadigden aan te kunnen trekken. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend, mits kan worden bepaald welk deel van de loonsverhoging aan de marktsituatie valt toe te rekenen. In verband met dit laatste punt wees het Hof met nadruk op het evenredigsheidsbeginsel (proportionaliteit), waaran de nationale autoriteiten bij hun toepassing van het gemeenschapsrecht gebonden zijn (r.o. 26-27). Volgens mij hebben Foubert[35] en O'Leary[36] gelijk als zij het in dit verband over een economische reden voor de ongelijke behandeling hebben.

In de zaak *Nolte* stelde de Duitse regering dat het nodig is om aan de maatschappelijke vraag naar, wat het Hof noemt, beperkte dienstverbanden[37] te voldoen door de beschikbaarheid en het aanbod van dergelijke dienstverbanden aan te moedigen. In het structurele kader van het Duitse socialezekerheidsstelsel zou het enige middel hiertoe bestaan in de uitsluiting van beperkte dienstverbanden van de verplichte verzekering. Anders zou zwart werk toenemen. Het Hof accepteerde de Duitse argumenten in het kader van de ruime bevoegdheid van de lidstaten bij het uitoefenen van hun competenties op het vlak van het sociaal recht (r.o. 33 e.v.). Volgens O'Leary[38] gaat het in deze zaak niet alleen over een sociaal belang maar feitelijk ook over 'a presumably economic demand'.

Kachelmann ten slotte betrof het ontslag van een deeltijdwerkster van een bank. Deze zaak is bijzonder interessant omdat het duidelijk is dat mevrouw Kachelmann om economische redenen was ontslagen. Mevrouw Kachelmann werkte als gekwalificeerd bankemployee. In verband met een reorganisatie om bedrijfseconomische redenen werd mevrouw Kachelmann medegedeeld dat zij om economische redenen werd ontslagen (r.o. 9 en 31). De aan het Hof van Justitie in dat verband voorgelegde vraag betrof de Duitse wetgeving betreffende ontslagbescherming. Volgens de Duitse regels heeft het ontslag van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst in dezelfde onderneming ononderbroken meer dan zes maanden heeft geduurd rechtens geen gevolgen wanneer het sociaal ongerechtvaardigd is. Het ontslag is sociaal ongerechtvaardigd, wanneer het niet is gebaseerd op gronden in verband met de persoon of het gedrag van de werknemer of op dringende ondernemingsvereisten die in de weg staan aan voortzetting van het dienstverband van de werknemer in die onderneming. Wanneer een werknemer wegens dringende ondernemingsvereisten is ontslagen, is het ontslag niettemin sociaal ongerechtvaardigd, wanneer de werkgever

30 HvJ EG 1 juli 1986, zaak 237/85, *Jur.* 1986, p. 2101.
31 HvJ EG 31 mei 1995, zaak C-400/93, *Jur.* 1995, p. I-1275.
32 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5535.
33 HvJ EG 14 december 1995, zaak C-317/93, *Jur.* 1995, p. I-4625.
34 HvJ EG 26 september 2000, zaak C-322/98, *Jur.* 2000, p. I-7505.
35 P. Foubert, *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community. Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002, p. 43.
36 S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford/Portland (Oregon): Hart Publishing 2002, p. 156 e.v.
37 De zaak *Nolte* betrof dienstverbanden van geringe omvang.
38 O'Leary 2002 (zie noot 36); verder Drijber & Prechal (voetnoot 4), p. 140, zie ook HvJ EG 14 december 1995, zaak C-444/93, *Jur.* 1995, p. I-4741 (*Megner en Scheffel*).

bij de keuze van de werknemer niet of onvoldoende rekening heeft gehouden met sociale aspecten. Het Hof van Justitie moest de vraag beoordelen, of een uitlegging van deze bepalingen, volgens welke voltijders niet vergelijkbaar zijn met deeltijders voor de sociale keuze die de werkgever moet maken ingeval een deeltijdarbeidsplaats om economische redenen wordt opgeheven, in overeenstemming is met het communautaire recht. Het Hof kwam tot de conclusie dat er in een geval zoals *Kachelmann* sprake is van objectieve rechtvaardiging voor *prima facie* indirecte discriminatie tegen vrouwen. Betreffende de objectieve rechtvaardiging stelde het Hof vast dat de Duitse wettelijke regeling tot doel heeft, de werknemers in geval van ontslag te beschermen, doch rekening houdend met de functionele en economische behoeften van de onderneming. Volgens het Hof betreft het *in casu* overwegingen die niets van doen hebben met het geslacht van de werkneemster. Wel is het zo dat het uitsluiten van de vergelijkbaarheid van deeltijders en voltijders de deeltijders, en daarmee vooral vrouwen, benadeelt, maar aan de andere kant zou het aanvaarden van een vergelijkbaarheid tussen voltijders en deeltijders in het kader van de sociale keuze volgens het Hof neerkomen op een bevoordeling van de deeltijders (namelijk omdat deze in geval van de opheffing van de arbeidsplaats van voltijders een voltijdarbeidsplaats aangeboden zouden krijgen). Of de deeltijders voor een dergelijk voordeel in aanmerking zouden moeten komen, staat volgens het Hof ter beoordeling van de nationale wetgever, omdat die als enige de taak heeft in het arbeidsrecht een juist evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen te vinden (r.o. 22 e.v.). Kenner omschrijft *Kachelmann* als 'a classic case of judicial deference in the face of national legislation that permits the economic needs of the employer to counterbalance the social rights of employees and operates in a manner which, by discriminating against part-time employees, doubly disadvantages women'.[39] Volgens mij is deze inschatting van Kenner correct. Wel is het zo dat de aan het Hof voorgelegde vraag de vergelijkbaarheid van voltijdwerk en deeltijdwerk betrof, maar het blijft een feit dat deze vraag in verband met een economische maatregel werd gesteld. Bovendien heeft het Hof de vraag uitdrukkelijk in het kader van de objectieve rechtvaardiging beantwoord.

Ik ben het eens met Kenner als hij stelt dat het Hof in dergelijke gevallen 'in fact used the language of *social* aims to justify policies that are ultimately driven by *economic* considerations'.[40] In verband met het sociaal recht merkt O'Leary op dat 'the fundamental principle of equality 'may simply be trumped by a Member State' pointing to the laudable social policy objectives behind its legislation and relying on presumably, straitened, budgetary circumstances'.[41] Met andere woorden: achter de termen van het sociaalbeleid of de werkelijke behoefte van de onderneming schuilt vaak een economische of zelfs een financiële reden. Volgens mij is de boodschap van de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie in het sociaal recht gevaarlijk omdat zij pogingen tot rechtvaardiging om allerlei redenen als het ware aanmoedigt. Dit past naar mijn mening niet bij de uitspraak van het Hof in *Schröder*[42] dat het economisch doel van artikel 141, eerste en tweede lid, EG, namelijk opheffing van mededingingsverstoringen tussen in verschillende lidstaten gevestigde ondernemingen, een ondergeschikte betekenis heeft ten opzichte van het sociale doel van deze bepaling, dat de uitdrukking vormt van een fundamenteel mensenrecht (r.o. 53 e.v.).

39 J. Kenner, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford/Portland (Oregon): Hart Publishing 2003, p. 464.
40 Kenner 2003, p. 462 (zie noot 39).
41 O'Leary 2002, p. 145 (zie noot 36).
42 HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-50/96, *Jur.* 2000, p. I-743.

3 RECHTVAARDIGING IN HET RECHT OVER HET VRIJE VERKEER

Anders dan in het sociaal recht is in het recht over het vrije verkeer geen sprake van een mogelijkheid van economische rechtvaardiging voor indirecte discriminatie. Zoals al opgemerkt kende de rechtspraak van het Hof van Justitie over indirecte discriminatie op basis van nationaliteit geen bijzonder element van objectieve rechtvaardiging, toen het Hof het arrest in de zaak *Jenkins* wees (een verschil dat toen in de literatuur kritisch werd opgemerkt).[43] Integendeel, in *Ugliola* onderstreepte het Hof dat discriminatie slechts op basis van uitdrukkelijk in de wet genoemde gronden kon worden gerechtvaardigd.[44] Later toetste het Hof argumenten van objectieve rechtvaardiging echter ook in het kader van het economisch recht, alhoewel lange tijd alleen in concrete zaken, zonder een algemene uitspraak over dit punt. *Seco*[45] en *Boussac*[46] zijn voorbeelden hiervan. Een algemene uitspraak volgde pas in de jaren negentig. Volgens het Hof in *O'Flynn*[47] kunnen indirect discriminerende maatregelen worden gerechtvaardigd 'door objectieve overwegingen die los staan van de nationaliteit van de betrokken werknemers', en 'evenredig zijn aan het rechtmatig door het nationale recht nagestreefde doel' (r.o. 19).
Dat hier economische rechtvaardiging niet is genoemd, is logisch gezien het feit dat het EG-recht over het vrije verkeer een algemeen verbod van economische rechtvaardiging kent. 'Algemeen' betekent in dit verband dat het verbod geldt voor alle inbreuken op het recht op vrij verkeer, zij het in de vorm van rechtstreekse discriminatie, indirecte discriminatie of andere belemmeringen (dit laatste is een duidelijk breder begrip dan discriminatie; zie bijvoorbeeld *Kraus*, r.o. 32[48]). Voor het vrije verkeer van personen en diensten is het verbod van economische rechtvaardiging uitdrukkelijk terug te vinden in de wet, namelijk in artikel 2 van Richtlijn 64/221.[49] Voor andere gebieden blijkt het uit de rechtspraak. Zo bevestigde het Hof recentelijk heel algemeen dat 'overwegingen van economische aard in geen geval door het Verdrag verboden belemmeringen [van het vrije verkeer] kunnen rechtvaardigen' (*Commissie-Portugal*, r.o. 52[50]). Toch heeft het Hof in sommige gevallen rechtvaardigingsgronden met financiële aspecten geaccepteerd. Zo kunnen bijvoorbeeld belemmeringen van het vrije verkeer in het kader van de belastingstelsels van de lidstaten volgens het Hof in beginsel worden gerechtvaardigd door een beroep te doen op de cohesie van het stelsel (*Bachmann*).[51] In zijn conclusie over de zaak *Safir* argumenteerde A-G Lenz dat dit in feite een economische reden betreft die derhalve

43 Zie bijvoorbeeld R. Plender, 'Equal Pay for Men and Women: Two Recent Decisions of the European Court', *American Journal of Comparative Law* 1982, p. 627-653, p. 634 en p. 649, en E. Szyszczak, 'Differences in pay for parttime work', *Modern Law Review* 1981, p. 672-682, p. 678 e.v.

44 In *Sotgiu* riep het Hof in herinnering dat er dan niet sprake van discriminatie door ongelijke behandeling is als objectieve verschillen tussen de te vergelijken situaties bestaan. Dit is geen vraag van rechtvaardiging, maar van vergelijkbaarheid.

45 HvJ EG 3 februari 1982, gevoegde zaken 62/81 en 63/81, *Jur.* 1982, p. 223.

46 HvJ EG 29 oktober 1980, zaak 22/80, *Jur.* 1980, p. 3427.

47 HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617. Nu er voor indirecte discriminatie op grond van nationaliteit in het EG-recht geen wettelijke definitie bestaat, is de O'*Flynn*-formule onveranderd relevant.

48 HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-19/92, *Jur.* 1993, p. I-1663.

49 Richtlijn 64/221/EEG voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, *PbEG* 1964 Nr. P 56, p. 850. Deze richtlijn zal in de toekomst worden vervangen door Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad 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, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEG* 2004, L 158/77.

50 HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-473, met verwijzingen voor de verschillende gebieden van het vrije verkeer. *Commissie-Portugal* zelf betrof het vrije kapitaalverkeer. De enige economische rechtvaardigingsreden in dit onderdeel van het verdrag betreft het verkeer met derde landen (art. 59 EC).

51 HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90, *Jur.* 1992, p. I-249.

niet is toegestaan.[52] Het Hof bleek dit echter geen belemmering te vinden, misschien omdat de nationale belastingstelsels per definitie van financiële en derhalve ook economische aard zijn (en verder misschien ook omdat directe belasting een bevoegdheid van de lidstaten is). Een tweede voorbeeld betreft de socialezekerheidszaak *Kohll,* waarin het Hof uitlegde dat alleen zuiver economische doelstellingen geen rechtvaardiging kunnen vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten. Daarentegen kan een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang vormen, waardoor een belemmering gerechtvaardigd kan zijn (r.o. 41).[53]

4 HOE GROOT ZIJN DE VERSCHILLEN EN HOE ZOU MEN MET DEZE VERSCHILLEN OM MOETEN GAAN?

Uit het bovenstaande blijkt dat er tussen het recht over het vrije verkeer en het sociaal recht zowel overeenkomsten als verschillen bestaan. Aan de ene kant blijkt uit de meer recente rechtspraak een zekere toenadering: geen zuiver budgettaire redenen in het geval van het sociaal recht en wel rechtvaardiging om economische of financiële redenen in het recht over het vrije verkeer, als het betwiste stelsel op zich maar andere, dat wil zeggen niet economische doeleinden nastreeft. Ik vermoed dat dit in de praktijk dicht bij elkaar komt.[54] Aan de andere kant blijven echter de uitgangspunten fundamenteel verschillend: terwijl in het sociaal recht een economische rechtvaardiging in het geval van indirecte discriminatie door werkgevers uitdrukkelijk is toegestaan, is het in het recht over het vrije verkeer juist verboden, en wel voor alle soorten inbreuken op de vrijheden. Volgens Drijber & Prechal[55] zouden de verschillen in de regels voor de twee gebieden kunnen worden verklaard door het verschil betreffende de geadresseerden van de verbodsnorm: het recht over het vrije verkeer richt zich vooral tot de lidstaten terwijl het sociaal recht zich vooral tot werkgevers richt. Volgens mij is dit verschil echter veel minder groot dan vaak is aangenomen, en ik denk dan ook niet een reden voor een verschil in aanpak. Immers, in beide gevallen zijn de geadresseerden van de verbodsnorm zowel de staat (namelijk als wetgever en in andere hoedanigheden, bijvoorbeeld als werkgever) alsook particulieren (vooral als werkgevers; dit laatste betreft de horizontale rechtstreekse werking van een aantal verdragsbepalingen welke volgens hun bewoording slechts tot de lidstaten lijken gericht te zijn).[56]
Een andere reden voor het verschil betreffende de regels over objectieve rechtvaardiging is volgens Drijber & Prechal dat in zaken met betrekking tot het vrije verkeer het aspect marktintegratie nog steeds een dominante rol speelt, zodat de uitzonderingsredenen tegen deze fundamentele doelstelling van het EG-Verdrag moeten worden afgewogen. Echter, volgens mij geldt *mutatis mutandis* bij discriminatie op basis van geslacht hetzelfde. Ten eerste diende historisch gezien ook het recht op gelijk loon in het EG-Verdrag de markintegratie.[57] Ten tweede onderstreept het Hof in het kader van de juridische seksegelijkheid steeds meer het karakter als mensen-

52 HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96, *Jur.* 1998, p. I-1897.
53 HvJ EG 16 december 1999, zaak C-158/96, *Jur.* 1998, p. I-1931.
54 Zie in dit verband ook A. Epiney & M. Freiermuth Abt, *Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 96.
55 Drijber & Prechal 1997, p. 140 (zie noot 4).
56 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-281/98, *Jur.* 2000, p. I-4139 (*Angonese*).
57 L. Imbrechts, 'L'égalité de rémunération entre hommes et femmes', *Revue trimestrielle de droit européen* 1986, p. 231-242, p. 232; verder bijvoorbeeld C. Barnard, 'The economic objectives of Article 119', in: T. K. Hervey & D. O. O'Keeffee (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester: Wiley 1996, p. 320-334.

recht (*Schröder,* r.o. 57).[58] Ook hier moeten dus uitzonderingsredenen tegen een fundamenteel belang (zie art. 6 EG) worden afgewogen. Persoonlijk zie ik daarom geen redenen voor een verschil in aanpak.
Volgens mij geldt dit ook voor de vraag of een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen het beleid van een werkgever en dat van een lidstaat. In zijn conclusie over de zaak *Rinner-Kühn* sprak A-G Darmon zich in het algemeen uit voor een minder strenge aanpak in het geval van indirecte discriminatie door de wetgever. Volgens hem zou bij een ongelijke uitwerking van een formeel neutrale wettelijke regel op mannen en vrouwen slechts dan sprake van indirecte discriminatie op grond van geslacht zijn, als bewezen is dat de bepaling is gebaseerd op doelstellingen die verbonden zijn met discriminatie op grond van geslacht. De A-G wees hierbij op het verschil in reikwijdte van wettelijke regels en regels gemaakt door een werkgever, en verder ook op het bijzondere belang van het loonbeleid voor een werkgever (*Rinner-Kühn,* r.o. 29 e.v. van de conclusie van de A-G). Het Hof volgde deze benadering echter niet: ook in het geval van wetgeving leidt een ongelijke uitwerking tot een vermoeden van indirecte discriminatie dat vervolgens door objectieve rechtvaardigingsredenen kan worden weerlegd. Volgens mij is dit terecht. Mijns inziens kan het voor het discriminatierecht niet relevant zijn of een discriminerende regel voor een groot aantal situaties of personen geldt of slechts voor een beperkt aantal. Verder zou men voor wat betreft het financiële belang van het loonbeleid van een werkgever kunnen redeneren dat ook voor de staat de financiële gevolgen van zijn wetgeving bijzonder belangrijk zijn (met name in verband met de grenzen van het nationale budget). Het Hof van Justitie heeft echter al lang duidelijk gemaakt dat financiële overwegingen en de limieten van nationale budgets niet afdoen aan de werking van het EG-recht in de nationale rechtsorde. Inderdaad: het EG-recht heeft steeds voorrang boven het nationale recht, ook al vereist het iets waarin het nationale budget niet heeft voorzien (zie bijvoorbeeld *Leonesio*, r.o. 23[59]). In dit verband zie ik daarom evenmin geen redenen voor een verschil in aanpak wat betreft economische rechtvaardiging.

5 MOETEN ECONOMSICHE RECHTVAARDIGINGSGRONDEN WORDEN TOEGESTAAN?

Blijft de vraag hoe om te gaan met economische rechtvaardigingsgronden voor indirecte discriminatie, en in het bijzonder met gronden die op zich niet economisch zijn maar wel economische nevenaspecten hebben. In de literatuur verschillen de meningen over objectieve rechtvaardiging voor indirecte discriminatie als zodanig. Terwijl More[60] van mening is dat 'the admission of objective justification for measures having a discriminatory impact surely destroys the meaning of a disparate impact analysis'[61], denkt Loenen[62] dat de mogelijkheid van objective rechtvaardiging juist de sterke kant van het juridische concept van indirecte discriminatie is, omdat zo verschillende belangen tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Economische rechtvaardiging, door ondernemingen in het bijzonder, is in de literatuur omschreven als 'the age-old labour law principle of deference to management

58 HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-50/96, *Jur.* 2000, p. I-743.
59 HvJ EG 17 mei 1972, zaak 93/71, *Jur.* 1972, p. 287.
60 G. C. More, "Equal Treatment' of the sexes in European Community Law: what does 'equal' mean?', *Feminist Legal Studies* 1993, p. 45-74, p. 70.
61 Zie ook J.M. Barrett, 'Part-time workers and equal pay: the case of Jenkins v Kingsgate', *Human Rights Review* 1981, p. 174-193, p. 189.
62 T. Loenen, 'Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution', in: T. Loenen & P. R. Rodrigues (red), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1999, p. 195-211, p. 202.

discretion to pursue business objectives' (Anderman[63], zie verder Prondzynsky & Richards[64], Shrubshall[65], Blom).[66] Men zou inderdaad kunnen redeneren dat ondernemingen per definitie economische doeleinden nastreven en dat het dus vanzelfsprekend is dat zij volgens economische beginselen mogen handelen. Verder zou men aan een mogelijk *backlash effect* van te strenge verboden moeten denken. Ook hebben Drijber & Prechal[67] er terecht op gewezen dat het moeilijk is om een scherpe scheidslijn tussen economische en niet-economische rechtvaardigingsredenen te trekken. Juist dit komt in de rechtspraak over de reikwijdte van de huidige beginselen tot uitdrukking, en dan in het bijzonder wat betreft economisch verbonden rechtvaardigingsgronden. En toch lijkt mij het een soort 'contradictio in obiecto' wanneer ondernemingen of de staat op zich lovenswaardige doeleinden met behulp van discriminerende middelen mogen nastreven. Ik moet toegeven dat ik niet weet hoe deze spanning kan worden opgelost. Het betreft hier een lang bestaand en waarschijnlijk tot op zekere hoogte onoplosbaar probleem. Zoals Leader zei, 'discrimination law presents a deceptive face. It is not aiming totally to eliminate the practice [...]. Instead, the appearance of cross-cutting justifications for unequal treatment places the reduction of discrimination alongside other objectives, working towards the simultaneous satisfaction of all of them. But simultaneous satisfaction is partial satisfaction, and an invitation to frustration for those who take seriously the promise behind the law.'[68]

Graag zou ik tenminste voor willen stellen dat de fundamentele boodschap betreffende de economische rechtvaardiging in het sociaal recht even duidelijk en helder zou moeten zijn als in het economisch recht: niet alleen zuiver budgettaire, maar ook andere zuiver economische rechtvaardigingen (bijvoorbeeld rechtvaardiging die te maken heeft met de eisen van de markt) zouden niet moeten zijn toegestaan. Ik zou het daarom belangrijk en nuttig vinden als het principiële verbod van economische rechtvaardiging zowel in het recht over het vrije verkeer, als ook in het sociaal recht, helder en duidelijk zou zijn verankerd. Volgens mij zou deze nieuwe aanpak dan ook rechtspraak zoals *Enderby* moeten voorkomen. Volgens mij is het evenredigheidsbeginsel, hoe belangrijk dan ook, op zich alleen niet voldoende om problemen zoals in *Enderby* op te lossen. In een dergelijk geval zou het beter zijn om – uiteraard – de werkgever toe te staan om bij moeilijke marktomstandigheden de beloning te verhogen, maar dan met de conditie dat hetzelfde ook wordt toegepast op mensen die al bij deze werkgever werkzaam zijn en dezelfde of vergelijkbare arbeid beoefenen. Zoals het nu is, kan de hoogte van de beloning afhangen van het feit dat iemand in een 'vrouwenberoep' werkzaam is, zoals mevrouw Enderby, of van het tijdstip wanneer iemand met zijn of haar werk is begonnen. En dit terwijl het Hof toch in *Roks* zei dat de toepassing en de strekking van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet in de tijd of in de ruimte zou moeten variëren...[69]

Ten slotte: mijn pleidooi voor deze strengere aanpak betreft uiteraard in de eerste

---

63 S. Anderman, 'Constitutional Law and Labour Law Dimensions of Art. 119: The Case of Justification for Indirect Discrimination', in: J. Dine & B.Watt (red.), *Discrimination Law. Concepts, Limitations, and Justifications*, London/New York: Longman 1996, p. 104.

64 F. von Prondzynsky & W. Richards, 'Equal Opportunities in the Labour Market: Tackling Indirect Sex Discrimination', *European Public Law* 1995, p. 117-135, p. 122.

65 V. Shrubshall, 'Article 119, Pensions and Part-time Workers', *Industrial Law Journal* 1987, p. 52-54, p. 53.

66 J.A.H. Blom, *Indirect discrimination in EC law and its application in Member States* (LL.M. thesis EUI Florence), Florence: European University Institute 1992, p. 17 and p. 42.

67 Drijber & Prechal 1997, p. 140 (zie noot 4).

68 S. Leader, 'Proportionality and the Justification of Discrimination', in: J. Dine & B. Watt (eds.), *Discrimination Law. Concepts, Limitations and Justifications*, London/New York: Longman 1996, p. 110-120, p. 120.

69 Ik acht het trouwens ook niet overtuigend om in gevallen zoals *Enderby* met een gebrek van vergelijkbaarheid te argumenteren – in een dergelijke zaak betreffen de verschillen in situatie namelijk niet het werk als zodanig (in *Enderby* zelf werd aangenomen dat het werk van gelijke waarde was).

plaats het Hof van Justitie, in die zin dat het Hof de toetsing voor objectieve rechtvaardiging in het sociaal recht en in het recht over het vrije verkeer gelijk zou moeten trekken. In extreme gevallen zou het Hof dan overigens nog steeds kunnen overwegen of het de werking in de tijd van een bepaalde uitspraak onder meer wegens de financiële gevolgen van zijn interpretatie van het EG-recht zou willen beperken, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de zaken *Defrenne II*[70], *Barber*[71] en *Bosman*.[72] Deze mogelijkheid bestaat – uiteraard – zowel voor zaken die de wetgeving van de staat betreffen als ook voor zaken die handelingen van werkgevers betreffen (ook al onderstreept het Hof dat het zorgvuldig afwegen van de praktische gevolgen van een rechterlijke uitspraak er niet toe moet leiden dat de objectiviteit van het recht geweld wordt aangedaan). Mijn pleidooi is *evenwel* gericht aan nationale wetgevers, rechters en instellingen zoals de CGB. Nogmaals: nu de nieuwe generatie discriminatierecht van de EG minimumclausules bevat, kunnen de lidstaten in dit kader voor een hogere graad van bescherming kiezen. Mijn voorstel is dan ook dat nationale wetgevers, rechters en instellingen zoals de CGB kiezen voor de zojuist genoemde strengere aanpak betreffende economische rechtvaardiging.

70 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455, r.o. 69 e.v.
71 HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889, r.o. 40 e.v.
72 HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921, r.o. 139 e.v.

Over de deeltijder, de oproepkracht, de maatman en de statistiek

Recente aanwijzingen in de Europese beloningsjurisprudentie over de personele werkingssfeer en de bewijsmethodiek onder artikel 141 EG, Richtlijn 76/207/EEG en Richtlijn 97/81/EG

Mr. dr. A.G. Veldman

1 EUROPESE GELIJKE BELONING: 'MANDARIJNENWETENSCHAP'?

Doel van deze bijdrage is een overzicht en analyse te geven van de recente Europese beloningsjurisprudentie, met name uit 2004. Zoals al jaren het geval is, betreft een aanzienlijk deel van de prejudiciële beslissingen op het sociaal terrein het recht op gelijk loon. Dat verbaast niet. Het (supra)nationaal gelijkebeloningsrecht ondervindt allang kritiek als 'mandarijnenwetenschap' vanwege zijn complexiteit. Ik heb meermaals betoogd dat het Europees Hof te Luxemburg (verder: HvJ EG of Hof) daaraan, helaas, soms zelf ook bijdraagt.[1] Weliswaar is complexiteit in de gelijkebeloningsregels onontkoombaar. Aan de ene kant zijn beloningssystematieken in zichzelf al vaak ingewikkeld en kennen velerlei deelaspecten (basisloon, overwerk, pensioen, bonussen, prestatiebeoordeling, functiewaardering, et cetera). Aan de andere kant gaat het om discriminatiepraktijken die, zeker bij toenemende verbodsgronden, toch al moeilijk juridisch 'in de tang' te krijgen zijn. Maar juist die gegevenheden maken dat van het HvJ EG extra nauwkeurigheid, helderheid en consistentie mag worden gevraagd als het gaat om de uitleg van de Europese beloningsregels.

Zoals gezegd, heeft het daaraan wel eens ontbroken. Een aardige illustratie is misschien de *Brunnhofer*-zaak uit 2001 waar de feiten nog relatief eenvoudig lagen.[2] Een mannelijke en vrouwelijke werknemer binnen dezelfde onderneming zijn op grond van een CAO qua functie in precies dezelfde salarisrang ingedeeld en qua ervaring zitten ze daarbinnen ook precies op dezelfde salarisregel. Het loonverschil dat er desondanks is, vloeit voort uit een prestatiebonus die alleen de man ontvangt. De beantwoording van de vraag naar beloningsonderscheid lijkt hier ogenschijnlijk simpel: op grond van welke criterium ontvangt men wel of geen bonus en is aan de formulering of toepassing van dat criterium elke discriminatie vreemd? Het HvJ EG compliceert de zaken helaas aanzienlijk.
Zo moet, aldus het Hof, ten eerste worden vastgesteld of de functies wel gelijkwaardig zijn, want dat de CAO de functies als gelijkwaardig aanmerkt is onvoldoende. De nationale rechter wordt opgedragen een zelfstandig functiewaarderingsonderzoek te verrichten met het oog op de voor de functies vereiste vaardigheden, opleidingseisen en werkomstandigheden. Vervolgens oordeelt het Hof dat de prestatie van de maatman geen rol mag spelen bij het beoordelen van de gelijkwaardigheid van de door hem en eiseres verrichte functies. Terecht in zichzelf, want

1 A.G. Veldman, 'Strengthening the effects of community equal pay legislation, or why established equal pay standards have little impact on the pay gap in the EU labour market', in: J. Cormack (ed.), *Equal pay and working conditions, towards the uniform and dynamic implementation of EU anti-discrimination law: report of the third experts' meeting*, 2004, p. 18-27.

2 HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99, *Jur.* 2001, p. I-4961 (*Brunnhofer*); *RN* 2002, 1435, m.nt. A.Veldman.

functierangschikking staat los van de toevallige functiehouder. Maar dat is niet het argument. Volgens het Hof laat artikel 141 EG geen loonverschil bij gelijk werk toe op grond van prestatie, waaraan wordt toegevoegd dat 'een verschil in salaris op grond van de geleverde prestaties bij de uitvoering van de oorspronkelijk opgedragen werkzaamheden slechts mogelijk is door betrokkenen verschillend werk te geven, bijvoorbeeld door functiewijziging'.[3] Het Hof schaft met deze redenering *en passant* de bestaande prestatiebeloningssystemen in de Unie af. Het lijkt een ondoordachte 'slip of the pen'.

In 2004 heeft het Hof opnieuw relatief veel gelijkebeloningszaken behandeld. Weet het Hof meer duidelijkheid te brengen in de juridische beloningsproblematiek? In de volgende paragrafen is een aantal uitspraken geselecteerd waarin min of meer principiële vraagstukken aan de orde komen. Vallen oproepkrachten, (pseudo-)zelfstandigen of uitzendkrachten onder de Europese beloningsregulering? En welke vergelijkingsmethode moet wanneer worden toegepast bij beloning? Mag men statistisch bewijs onder groepen aanvoeren waaruit een benadeling in de beloning blijkt, of is steeds een vergelijking vereist met een aanwijsbare werknemer die gelijkwaardig werk verricht in dezelfde onderneming? De beide onderwerpen hebben ook een onderling verband want als a-typische contracten onder de relevante Europese beloningsregels vallen, mag deze a-typische werknemer zich dan vervolgens vergelijken met een maatman die een reguliere arbeidsovereenkomst heeft? Daarnaast is het onderwerp van de beloningsvergelijking (statistiek of maatman?) hoogst relevant voor de Nederlandse rechtspraktijk. In het *Souvereijn*-arrest uit 2002 kwam de Hoge Raad niet toe aan de vraag naar het indirect seksediscriminerend effect van de grafische bedrijfstak-CAO waarin administratieve beroepen van pensioen worden uitgesloten.[4] Het beroep werd afgewezen omdat de toepassing van artikel 141 EG, aldus de HR, altijd voorop stelt dat een maatman uit hetzelfde bedrijf wordt aangewezen die gelijkwaardige arbeid verricht, wat door eiseres was nagelaten. Waar de Hoge Raad blijkbaar geen behoefte had aan voorafgaande uitleg van de Europese beloningsregels door het Hof, hebben met name de Engelse, Duitse en Oostenrijkse rechters in 2004 nog vragen te over.

2. BELONINGSVERGELIJKING MET BEHULP VAN EEN MAATMAN, STATISTIEK OF PRO-RATA-BEGINSEL?

2.1 Drie soorten vergelijkingen?

Doordat artikel 141 EG en Richtlijn 76/207/EEG beide beloningsdiscriminatie naar sekse bleken te verbieden, zijn er historisch twee bewijsmethoden gegroeid in de jurisprudentie van het Hof om beloningsverschil aan te tonen. In het *Defrenne*-arrest herleidde het Hof artikel 119 EG-Verdrag destijds in combinatie met Richtlijn 75/117/EEG tot onder meer het recht op gelijk loon voor werknemers van verschillend geslacht die binnen dezelfde onderneming gelijkwaardig werk verrichten (oftewel individuele maatmanvergelijking).[5] De systematiek van het indirecte onderscheid uit de tweede richtlijn gaf vervolgens aanleiding tot een methode waarbij nadeel cijfermatig kan worden aangetoond aan de hand van de effecten die een beloningsregeling heeft onder groepen van mannen en vrouwen (oftewel statis-

3 Zie uitgebreider de bijdrage vermeld onder noot 1.
4 HR 12 april 2002, *NJ* 2002, 411; *RN* 2003, 1535, m.nt. A. Veldman.
5 HvJ EG 8 april 1976, zaak C-43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne I*).

tisch bewijs). Uit het *Jenkins*-arrest[6], maar later nog duidelijker uit het *Bilka*-arrest[7], bleek dat indirecte discriminatie, en de bijbehorende methode, ook onder artikel 141 EG kon worden begrepen. Omdat het in *Jenkins* over ongelijke beloning van deeltijders handelde, vinden we daar reeds een verdere uitwerking van de methode van het indirecte beloningsonderscheid als het om deeltijdwerk gaat. Van indirect onderscheid is sprake, zo vat het Hof het samen, als de totale beloning van deeltijders minder is dan die van voltijders bij hetzelfde aantal uren. Deze toepassing van het pro-rata-beginsel zal ik in het kader van deze bijdrage als 'derde methode' aanduiden, al is het strikt genomen eerder een variant op de methode van indirecte discriminatie.

2.2 De keuze tussen maatman en statistiek

De hamvraag is uiteraard wanneer moet of mag men welke methode nu toepassen? Aan deze rechtsvraag is het Hof eigenlijk pas toegekomen na ruim twee decennia gelijkebeloningswetgeving. Dat lijkt rijkelijk laat maar laat zich waarschijnlijk verklaren uit het feit dat de keuze voor maatmanvergelijking of statistisch bewijs ook 'vanzelfsprekend' kan verlopen. Dat heeft te maken met het feit dat de beide methoden niet altijd uitwisselbaar zijn. De methode van het indirecte onderscheid via het aantonen van een nadelig effect van een regeling voor een bepaalde groep, is alleen toepasbaar wanneer een duidelijk te identificeren (belonings)criterium ter discussie staat dat deel uitmaakt van een algemene werknemersregeling. In dat geval valt te bezien of het criterium vooral vrouwen of bijvoorbeeld deeltijders benadeelt. Wanneer een werknemer echter geen suspect beloningscriterium kan identificeren, kan deze desondanks beloningsonderscheid vermoeden, namelijk wanneer men minder blijkt te verdienen dan een collega die in gelijke omstandigheden verkeert. In het laatste geval is alleen van de maatmanvergelijking gebruik te maken. In het eerste geval van een vermoedelijk (in)direct onderscheid in de formele beloningsregeling zijn echter in principe beide wegen te bewandelen. De uitkomst zal in dat geval hetzelfde moeten zijn, zij het dat de individuele maatmanvergelijking wel een extra drempel opwerpt omdat men deze moet kunnen vinden en de gelijkwaardigheid van arbeid apart vastgesteld moet worden. In het geval van een suspect formeel beloningscriterium dat toepassing vindt op groepen van werknemers ongeacht hun functierang, lijkt de eis van gelijkwaardige arbeid ook overbodig. Vaak zien we dat het HvJ EG bij suspecte clausules in algemene beloningsregelingen automatisch overgaat op de methode van het indirecte onderscheid, zoals recentelijk nog in het arrest *Schönheit*.[8] Dit betrof een benadeling van deeltijders in een Duitse ambtenarenpensioenregeling. Hoewel het wel degelijk ging om een toetsing aan artikel 141 EG, refereert zowel de verwijzende rechter als het Hof uitsluitend aan de methode van het indirecte onderscheid maar wordt niet expliciet gemaakt wat deze keuze heeft bepaald.

De vraag naar de aangewezen bewijsmethode op grond van artikel 141 EG kwam in 2002 al zijdelings aan de orde in het *Lawrence*-arrest.[9] Daar stond de vraag centraal of men een maatmanvergelijking mag maken met werknemers in dienst van een andere werkgever. Het Hof herhaalt hier nog eens uitdrukkelijk wat al in *Defrenne* bepaald was. Artikel 141 EG is niet beperkt tot situaties waarin mannen en vrouwen bij dezelfde werkgever werken. Een beroep op dit artikel is mogelijk 'bij discrimi-

6 HvJ EG 31 maart 1981, zaak C-96/80, *Jur.* 1981, p. 911 (*Jenkins*).
7 HvJ EG 13 mei 1986, zaak C-17//84, *Jur.* 1986, p. 1607 (*Bilka*).
8 HvJ EG 23 oktober 2003, zaak C-4/02, *Jur.* 2003, p. I-2575 (*Schönheit*).
9 HvJ EG 17 september 2002, zaak C-320/00, *Jur.* 2002, p. I-7325 (*Lawrence*); m.nt. *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht*, Europees Arbeidsrecht Actueel, 2003, p. 25-26; *JAR* 2002/262.

naties die hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten, alsmede in het geval de arbeid in een zelfde onderneming of dienst wordt verricht'. Crux van het geheel is dat de discriminatie tot één verantwoordelijke entiteit (respectievelijk wetgever, CAO-partijen of werkgever) te herleiden moet zijn. Uit de uitspraak is in ieder geval af te leiden dat toepassing van artikel 141 EG niet per definitie gelijkwaardige arbeid voorop stelt. Anders dan de Nederlandse Hoge Raad oordeelde in het bovengenoemde *Souvereijn*-arrest, lijkt gelijkwaardige arbeid geen vereiste wanneer de discriminatie rechtstreeks zijn oorsprong vindt in de wet of CAO. Wat nu precies de keuze bepaalt tussen het statistisch aantonen van een nadelig beloningseffect dan wel een maatmanvergelijking, kwam vorig jaar meer expliciet aan de orde in de zaak *Allonby*.[10]
Mevrouw Allonby, parttime lerares, werd na ontslag door haar werkgever via een intermediair weer ingehuurd als zelfstandige om dezelfde onderwijswerkzaamheden binnen dezelfde school voort te zetten tegen slechtere beloningsvoorwaarden. Als zelfstandige komt zij niet meer in aanmerking voor de, van overheidswege vastgestelde, pensioenregeling voor leraren op arbeidsovereenkomst. Met betrekking tot dit onderscheid kan zij zich tegenover de intermediair, zo stelt het Hof, niet vergelijken met een maatman in dienst van haar vorige werkgever, omdat de discriminatie in dat geval niet te herleiden is tot één bron. De rechtsvraag die vervolgens beantwoord moet worden is of Allonby, mits zij onder de werkingssfeer van artikel 141 EG zou vallen, op basis van statistieken mag bewijzen dat de pensioenuitsluiting met name vrouwelijke werknemers benadeelt. Of is per definitie vereist dat zij zich vergelijkt met een maatman in dienst bij dezelfde werkgever die gelijkwaardige arbeid verricht? Het antwoord van het Hof luidt dat wanneer de verenigbaarheid van een regeling met de vereisten van artikel 141 EG moet worden onderzocht, de groep van personen die voor vergelijking in aanmerking komt, in beginsel door de werkingssfeer van deze regeling wordt bepaald.[11] Omdat de pensioenregeling door de overheid is vastgesteld, en de vermeende discriminatie herleidbaar is tot één bron, namelijk de wetgever, mag het eventuele onderscheid op basis van statistieken worden aangetoond.[12] Zou de gewraakte clausule uit de overheidsregeling evenwel buiten toepassing moeten blijven wegens strijd met artikel 141 EG, zo vervolgt het Hof, dan bindt dit niet slechts de staat maar ook de betrokken werkgever. Ook tegenover deze werkgever is in dat geval niet vereist dat eiseres zich kan vergelijken met een individuele maatman.[13]

Artikel 141 EG laat derhalve de methode van het indirecte onderscheid op basis van statistieken in plaats van een maatmanvergelijking toe, in ieder geval als het de toepassing binnen een onderneming betreft van een overheidsregeling. Mutatis mutandis zou dit ook moeten gelden voor CAO-bepalingen. In *Defrenne* en *Lawrence* wordt de CAO immers, evenals de wet, expliciet als nevengeschikte bron van discriminatie opgevoerd. Dat wil zeggen *naast* de situatie van gelijkwaardige arbeid binnen dezelfde onderneming. Hoe het ook zij, het oordeel van de Hoge Raad in *Souvereijn* dat toepassing van artikel 141 EG zonder meer gelijkwaardige arbeid vereist, is met het arrest *Allonby* definitief onhoudbaar geworden.
Er kleeft wel een bezwaar aan de systematisering die het Hof in *Allonby* aanbrengt, daar waar de werkgever de enige bron van onderscheid is. Het aantonen van indirecte discriminatie als gevolg van een door de werkgever zelf vastgestelde belo-

10 HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01 (*Debra Allonby tegen Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services en Secretary of State for Education and Employment*), http://curia.eu.int /nl/jurisp/index.htm.
11 *Allonby*, r.o. 73.
12 *Allonby*, r.o. 83.
13 *Allonby*, r.o. 81, 84.

ningsregeling, lijkt volgens de uitspraak wel altijd gelijkwaardige arbeid te veronderstellen. Het Hof zegt dat ook door in dit verband *Colloroll* in herinnering te roepen.[14] In deze uitspraak oordeelde het Hof dat in geval van een ondernemingspensioenregeling geen beroep op artikel 141 EG mogelijk is wanneer in de onderneming geen maatman werkzaam is (geweest) die gelijkwaardige arbeid verricht. Het aanhalen van *Colloroll*, juist als het om de afbakening in bewijsmethoden gaat, is ongelukkig te noemen. Ten eerste stond die uitspraak al haaks op *Bilka* waar het eveneens om een ondernemingspensioenregeling ging, maar waar het indirecte sekseonderscheid tussen deeltijders en voltijders 'gewoon' via de indirecte-discriminatietoets verliep en gelijkwaardige arbeid niet aan de orde kwam. Ten tweede, omdat het óók bij een ondernemingsregeling voor een efficiënte rechtsaanwending veel verkieselijker is statistisch bewijs toe te staan wanneer de betreffende beloningsregeling, ongeacht de uitgeoefende functie, op alle werknemers van toepassing is. Wanneer gelijkwaardige arbeid irrelevant blijkt voor de toepassing van een beloningsregeling, dan werpt de maatmanvergelijking en het inherente functiewaarderingsonderzoek slechts onnodige drempels op. Bovendien is gelijkwaardige arbeid in dat geval ook geen voorwaarde om eventuele discriminatie tot één aanspreekbare entiteit te kunnen herleiden.
De consequentie van *Allonby* zou zijn dat indirect beloningsonderscheid in overheidsregelingen via statistisch bewijs mag worden aangetoond, maar onderscheid in ondernemingsregelingen altijd een maatman zou vergen. In geval van een CAO-regeling zou de uitspraak impliceren dat het aantonen van een indirect beloningsonderscheid in een ondernemings-CAO wel een maatman vraagt en in een bedrijfstak-CAO niet. Het heeft ervan weg dat *Allonby* op dit punt onvoldoende doordacht is. Er is wellicht te gemakkelijk op *Colloroll* teruggevallen omdat daar eveneens een pensioenregeling aan de orde was, zonder dat gerealiseerd werd dat dit arrest destijds al haaks stond op de vaste lijn van jurisprudentie. Het was in *Allonby* wenselijker geweest wanneer het Hof consequent had doorgeredeneerd op grond van zijn voorafgaande overweging, namelijk dat 'de groep van personen die op grond van artikel 141 EG voor vergelijking in aanmerking komt, in beginsel door de werkingssfeer van de ter discussie staande beloningsregeling wordt bepaald'. Voor een ondernemingsregeling die op alle werknemers uit de functiehiërarchie van toepassing is, geldt dan dat deze hele groep in beginsel voor vergelijking in aanmerking komt, en niet slechts één werknemer die gelijkwaardige arbeid verricht. In de gevallen dat een dergelijke beloningsregeling een onderscheid ten nadele van deeltijders maakte, heeft het Hof in het verleden geen moeite gehad om deze gevolgtrekking te maken, zo zullen we hieronder zien.

2.3 *De keuze tussen statistiek en pro-rata-beginsel bij deeltijdwerk*

Bij ongelijke beloning van deeltijders is het vereiste van gelijkwaardige arbeid opmerkelijk genoeg niet aan de orde geweest in de Europese jurisprudentie. Toch werd merendeels getoetst aan de Verdragsbepaling over gelijk loon voor gelijkwaardig werk voor mannen en vrouwen. Het Hof toetst ongelijke beloning van deeltijders aan artikel 141 EG door te bezien of de totale beloning die een deeltijder ontvangt, gelijk is aan wat een voltijder ontvangt bij hetzelfde aantal uren. Dit alles onder de vooronderstelling dat vrouwen oververtegenwoordigd zijn onder de deeltijders. De keuze tussen maatman of statistiek is bij deeltijdwerk niet aan de orde geweest, ook niet in geval van een beloningsregeling die alleen op de onderneming van toepassing was (*sic!*). Toch kan misschien gezegd worden dat er ook bij de ongelijke beloning van deeltijders in bepaalde gevallen een soort van keuze voorligt

14 HvJ EG 28 september 1994, zaak C-200/91, *Jur.* 1994, p. I-4389 *(Colloroll)*.

in de bewijssystematiek. De 'pro-rata-toets' (verdienen deeltijders evenveel als voltijders bij hetzelfde aantal uren?) zou men kunnen zien als een verbijzondering van de indirecte-discriminatietoets of een zekere regeling of clausule tot een benadeling van (vrouwelijke) deeltijders leidt. De Europese jurisprudentie illustreert echter dat directe toetsing aan het pro-rata-beginsel onder specifieke omstandigheden tot verschillende uitkomsten kan leiden.
Dit werd voor het eerst duidelijk in *Helmig*.[15] Deeltijders kwamen daar niet voor een overwerktoeslag in aanmerking omdat de toeslagregeling alleen van toepassing was bij overschrijding van de normale (voltijdse) arbeidsduur. Het gestelde criterium in de overwerkregeling, te weten overschrijding van de voltijdse arbeidsduur, leidt zonder twijfel tot een benadeling van deeltijders, al kan men zo men wil hiervoor dan nog rechtvaardigingsgronden aandragen. Het Hof paste echter het pro-rata-beginsel toe. Door hierbij geen onderscheid te maken tussen daadwerkelijk gewerkte uren en de contractueel overeengekomen uren, verdienen deeltijders evenveel als voltijders bij hetzelfde aantal uren. Beiden verkrijgen immers voor een gelijk aantal gewerkte uren die de voltijdse arbeidsduur niet overschrijden geen toeslag en voor een gelijk aantal werkuren voorzover die de voltijdse duur overschrijden, wel een toeslag. Ook in andere arresten gaf het Hof voorrang aan het pro-rata-beginsel.[16] Anders dan in *Helmig,* bleek uit deze arresten wel dat het afhankelijk van de feiten niet altijd uitmaakt of men aan het pro-rata-beginsel toetst of de methode voor indirect onderscheid gebruikt. In *Lewark* bijvoorbeeld verdiende de deeltijder bij hetzelfde aantal uren minder omdat haar extra uren ten behoeve van ondernemingsraadwerk buiten haar contractuele arbeidsduur vielen, terwijl dezelfde uren voor de voltijder binnen zijn voltijdse arbeidsduur vielen en derhalve werden doorbetaald. Dit wordt in strijd met het pro-rata-beginsel bevonden. Zou men de betalingsregeling voor het ondernemingsraadwerk echter op een onderscheidend effect ten nadele van (vrouwelijke) deeltijders onderzoeken, dan komt men tot hetzelfde resultaat. Deeltijders maken immers minder kans op betaling van hun ondernemingsraadwerk wanneer dit alleen vergoedt wordt voorzover de ondernemingsraaduren binnen de contractuele arbeidsduur vallen.

In het afgelopen jaar deed het Hof in het licht van het bovenstaande een opvallende uitspraak.[17] Mevrouw Elsner-Lakeberg is in de hoedanigheid van ambtenaar werkzaam als parttime-lerares op een Duitse middelbare school. De toepasselijke ambtenarenwet vergoedt slechts overwerk wanneer het gaat om tenminste drie extra lesuren. Op een zeker moment verricht Elsner tweeënhalf uur overwerk dat derhalve niet voor vergoeding in aanmerking komt. Bij toetsing aan artikel 141 EG constateert het Hof dat de beloning weliswaar gelijk lijkt te zijn omdat parttime- en fulltime-leraren beide slechts recht op vergoeding krijgen bij meer dan drie overwerkuren, doch dat vastgesteld moet worden dat drie overwerkuren 'een grotere last betekent voor parttime-leraren'.[18] Voor een fulltime-leraar betekent drie lesuren extra een vermeerdering van ongeveer drie procent van de arbeidsduur, aldus het Hof, terwijl het voor een parttime-leraar om een vermeerdering van circa vijf procent gaat. Omdat de grens voor te vergoeden overwerkuren niet naar evenredigheid van de arbeidsduur wordt verminderd, worden parttime- en fulltimeleraren ongelijk beloond voorzover het verschil een veel groter aantal vrouwen treft en niet door een objectieve doelstelling kan worden gerechtvaardigd, zo luidt de conclusie.

---

15 HvJ EG 15 december 1994, zaak C-399/92, *Jur.* 1994, p. I-5727 (*Helmig*).
16 HvJ EG 4 juni 1992, zaak C-360/90, *Jur.* 1992, p. I-3591 (*Bötel);* HvJ EG 6 februari 1996, zaak C-457/93, *Jur.* 1996, p. I-243 (*Lewark*).
17 HvJ EG 27 mei 2004, zaak C-285/02 (*Edeltraud Elsner-Lakeberg tegen Land Nordrhein-Westfalen*), http://curia.eu.int/nl/jurisp/index.htm.
18 *Elsner*, r.o. 17.

Het Hof past hier de klassieke indirecte discriminatiemethode toe: leidt het gewraakte criterium van meer dan drie extra lesuren tot een benadeling van deeltijders? Het antwoord luidt bevestigend omdat de uniforme drempel in de overwerkregeling deeltijders procentueel zwaarder belast, afgemeten aan hun contractuele arbeidsduur. Zouden we dezelfde vergelijkingsmethode toepassen op de feiten uit *Helmig*, dan kan niet anders worden geconcludeerd dan dat ook daar de voltijdse drempel voor overwerktoeslag deeltijders procentueel zwaarder belast dan voltijders wanneer deze wordt afgezet tegen het verschil in contractuele arbeidsduur. Had de juridische gevolgtrekking in *Helmig* dan ook niet dezelfde moeten zijn als in *Elsner*, namelijk dat sprake is van een beloningsverschil tussen deeltijders en voltijders wanneer de grens voor toekenning van een overwerktoeslag niet naar evenredigheid van de arbeidsduur wordt toegepast?
Kortom, komt het Hof in *Elsner* terug op *Helmig*? Of met andere woorden, is onderzoek naar het nadelige effect van een beloningsregeling voor deeltijdwerknemers voortaan toegestaan? Men kan erop wijzen dat de overwerkregeling in *Elsner* in die zin anders is dat weliswaar een voor deeltijders en voltijders gelijke drempel voor overwerkvergoeding geldt, maar dat de definitie van een overwerkuur wel is gekoppeld aan de overschrijding van de contractuele arbeidsduur. Het laatste was in *Helmig* juist niet het geval. Toch kan dit verschil in feiten naar mijn mening niet doorslaggevend zijn voor de *Wende* die het Hof maakt. Er wordt ten eerste niet gewezen op dit feitelijk verschil (er wordt zelfs helemaal niet verwezen naar *Helmig*), maar bovenal is er geen enkele aanleiding om tot een andere toetsings- of bewijsmethode over te gaan. Het Hof had volgens vaste jurisprudentie eenvoudig kunnen vaststellen dat mevrouw Elsner voor haar contractuele lesuren inclusief haar overwerkuren, welk aantal uren nog altijd minder is dan de normale voltijdse arbeidsduur, minder verdient dan een voltijder voor hetzelfde aantal uren. Deze toepassing van het pro-rata-beginsel volgens de lijn van *Helmig* en *Lewark* werd logischerwijs ook gevolgd door de advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie bij het arrest.[19] Bij gebrek aan motivering wordt de reden voor de breuk die *Elsner* maakt met de voorafgaande jurisprudentie niet duidelijk. De zaak is in een 'kleine' kamer behandeld en het werd niet nodig gevonden een terechtzitting te houden. Desalniettemin biedt de uitspraak – omdat het de zwaardere belasting van parttimers bij het hanteren van vaste-urendrempels als doorslaggevend argument naar voren schuift – de deeltijdwerknemer goede gronden om de gangbare Nederlandse overwerktoeslagregelingen opnieuw ter discussie te stellen, niet via de WOA maar met een rechtstreeks beroep op artikel 141 EG.[20]

3 HET EUROPESE WERKNEMERSBEGRIP, DE ZELFSTANDIGE EN DE OPROEPKRACHT

3.1 De (pseudo-)zelfstandige

Omdat artikel 141 EG een rechtstreeks werkende Verdragsbepaling vormt waarvan de uitleg uiteindelijk is voorbehouden aan het HvJ EG zelf, is het gebruikte werknemersbegrip ook communautair bepaald.[21] Dat wil dus zeggen dat de personele werkingssfeer van artikel 141 EG onafhankelijk is van het werknemersbegrip naar nationaal recht. De twee recente arresten *Allonby* en *Wippel* handelen uitdrukke-

19 Conclusie 16 oktober 2003 bij zaak C-285/02 (*Elsner*).
20 Aldus de wetsgeschiedenis bij de WOA geeft deze wet geen recht op overwerktoeslag voor deeltijdwerknemers wanneer de normale arbeidsduur niet wordt overschreden. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Amsterdam 4 oktober 2000, *JAR* 2000/232.
21 HvJ EG 4 juni 1992, zaak C-360/90, *Jur.* 1992, p. I-3589 (*Bötel*), r.o. 23.

lijk over het werknemersbegrip, dit mede in relatie met de methode voor loonvergelijking.

In het arrest *Allonby*, al eerder besproken, ging het om een deeltijdwerkneemster die na ontslag door haar werkgever via een tussenpersoon weer wordt ingehuurd als zelfstandige, teneinde dezelfde onderwijswerkzaamheden voort te zetten tegen slechtere beloningsvoorwaarden. Het blijkt dat van de 341 ontslagen deeltijdwerknemers het merendeel vrouw is. Over het ontslag is een schikking bereikt maar Allonby blijft zich verzetten tegen het verlies van haar pensioenvoorziening. Het Hof oordeelt uiteindelijk dat Allonby, mits zij onder de werkingssfeer van artikel 141 EG valt, op basis van statistieken mag aantonen tegenover de staat en/of haar voormalig werkgever dat de pensioenuitsluiting vanwege het arbeidsovereenkomstvereiste met name vrouwen benadeelt. Daarvóór heeft het Hof moeten bepalen of de arbeidsverhouding van Allonby onder de werkingssfeer van artikel 141 EG kan vallen. Die arbeidsverhouding lijkt het midden te houden tussen een freelancer en een uitzendkracht. Via een tussenpersoon huurt de hogeschool leraren in. De school betaalt deze intermediair een honorarium en deze betaalt daarvan een gedeelte aan de leraar. Formeel gesproken heeft Allonby een overeenkomst tot dienstverlening (naar Nederlands recht zou dat een overeenkomst tot opdracht zijn) met de intermediair.
Het Hof beslist dat het werknemersbegrip uit artikel 141 EG een communautaire draagwijdte heeft. In de uitleg daarvan wordt nauw aangesloten bij de jurisprudentie over het werknemersbegrip in het kader van het recht op vrij verkeer van werknemers. Een werknemer in de zin van artikel 141 EG is volgens het Hof dan ook 'iemand die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt'.[22] Uit de omschrijving van het loonbegrip in artikel 141, tweede lid, EG leidt het Hof af dat de zelfstandige dienstverrichter die niet ondergeschikt is aan de dienstontvanger, niet tot werknemer in de zin van het artikel is te rekenen. Een persoon die naar nationaal recht formeel gezien een zelfstandige is, moet niettemin als een werknemer in de zin van artikel 141 EG worden aangemerkt indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een arbeidsverhouding in de zin van deze bepaling verhult. Wat docenten betreft die in opdracht van een als tussenpersoon handelende onderneming een leeropdracht bij een hogeschool dienen te vervullen, moet met name worden onderzocht in hoeverre hun vrijheid om hun tijdschema en de plaats en de inhoud van hun werk te bepalen aan banden is gelegd. Dat zij niet verplicht zijn om een leeropdracht te aanvaarden, is in dit verband irrelevant, zo besluit het Hof. Te constateren valt dat het werknemersbegrip van artikel 141 EG geen verschil laat zien met dat van het recht op vrij verkeer van werknemers en bovendien ook aansluit op de Nederlandse arbeidsrechtpraktijk. Waar Allonby hetzelfde werk binnen dezelfde school eerst in loondienst heeft verricht zou dat naar Nederlands arbeidsrecht een aanwijzing zijn voor haar fictieve zelfstandigheid, al blijkt ook bij ons dat de arbeidsverhouding van de leraar onder bepaalde omstandigheden ook als een overeenkomst tot opdracht is te kwalificeren.[23]
Ten overvloede is er nog op te wijzen dat de vermeende seksediscriminatie in de Engelse beroepspensioenregeling voor leraren omdat deze een arbeidsovereenkomstvereiste stelt – waar het in *Allonby* uiteindelijk omdraait – in feite niet de ware oorzaak van het probleem lijkt. De ontstane beloningsongelijkheid is primair het gevolg van de dubieuze *outsourcing* van parttime leraren. Toepassing van de

22 Vergelijk betreffende het vrije verkeer van werknemers, HvJ EG 3 juli 1986, zaak C-66/85, *Jur.* 1986, p. 2121 (*Lawrie-Blum*) en HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-85/96, *Jur.* 1998, p. I-2691 (*Martínez Sala*).
23 Zie HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schroevers*).

Europese regeling voor behoud van rechten bij overgang van onderneming zou wellicht meer op zijn plaats zijn geweest, al zal dat ook afstuiten wanneer geen sprake is van een arbeidsovereenkomst met de intermediair. De aanwending van het non-discriminatierecht waar ongelijkheid in arbeidsvoorwaarden in feite het gevolg is van misbruik of omzeiling van het nationale arbeidsrecht, is een praktijk waarmee ook de CGB zich wel geconfronteerd ziet.[24]

3.2 *De oproepkracht op voorovereenkomst*

Ten slotte kijken we naar de Oostenrijkse zaak *Wippel*[25], een arrest dat opnieuw niet vrij is van kritiek als het gaat om een consequente rechtsuitleg door het HvJ EG. Het ingewikkelde feitencomplex luidt voorzover relevant als volgt. Mevrouw Wippel werkt als parttime oproepkracht op voorovereenkomst voor Peek & Cloppenburg. Het contract biedt noch werk- noch inkomensgarantie. Bij aanbod van werk mag Wippel weigeren en zij heeft aangegeven op bepaalde dagen niet te kunnen werken. Tussen 1998 en 2002 werkt Wippel onregelmatig als verkoopster. Haar feitelijke maximale arbeidsduur in enige maand bedraagt 123 uur. De Oostenrijkse arbeidstijdenwet bepaalt dat in geval van voltijdwerk de normale arbeidsduur 40 uur per week is, tenzij anders overeengekomen bij collectieve of individuele overeenkomst. In geval van deeltijdwerk is slechts bepaald dat arbeidsduur en werktijden overeengekomen moeten worden tussen werknemer en werkgever. Wippel claimt loon over de normale arbeidsduur omdat zij meent dat de afwezigheid van een afspraak over arbeidsduur en werktijden in haar contract met name vrouwen benadeelt. De verwijzende rechter wil vernemen of de arbeidstijdenwet in strijd is met artikel 141 EG, de Gelijkebehandelingsrichtlijn 76/207/EEG en Deeltijdrichtlijn 97/81/EG omdat bij gebrek aan een individueel overeengekomen arbeidsduur in geval van voltijdwerk de wettelijke of collectieve bepaalde arbeidsduur in de plaats treedt, terwijl dat in geval van deeltijdwerk niet zo is. Ten tweede wordt gevraagd of een overeenkomst voor deeltijdwerk zoals die van Wippel, in strijd komt met de genoemde Europese wetgeving.
Allereerst buigt het Hof zich over de vraag of de arbeidsverhouding van Wippel onder de personele werkingssfeer van de Gelijkebehandelingsrichtlijn en de Deeltijdrichtlijn valt. Artikel 141 EG blijkt niet toepasselijk omdat het hier om de vaststelling van arbeidsvoorwaarden gaat, ook al hebben deze financiële gevolgen. Omdat, aldus het Hof, de overeenkomst van Wippel gericht is op het verrichten van een beroepsactiviteit door de betreffende werknemer waarbij de arbeidstijd afhankelijk is van behoefte, valt deze binnen de werkingssfeer van Richtlijn 76/207/EEG. Dat geldt in beginsel ook voor Deeltijdrichtlijn 97/81/EG. Omdat de werkingssfeer van de laatste evenwel deels afhankelijk is gemaakt van het nationale recht, gelden daar als bijkomende voorwaarden dat de werknemer een arbeidsrelatie moet hebben naar nationaal recht, CAO of praktijk, dat de werknemer gemiddeld genomen minder uren werkt dan een vergelijkbare voltijdwerknemer en dat de deeltijdwerknemer op een onregelmatige basis door de lidstaat niet is uitgesloten ingevolge clausule 2, tweede lid, van de sociale overeenkomst gehecht aan de richtlijn.
Voor wat betreft de benadeling van deeltijders door de Oostenrijkse arbeidstijdenwet, oordeelt het Hof dat deze wet geen onderscheid tussen deeltijd- en voltijdwerk maakt. Weliswaar regelt de wet ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers de maximale arbeidstijden bij voltijdwerk, maar omdat deeltijdwerk per definitie minder arbeidstijd omvat regelt het ook de maximaal toege-

---

24 Zie hierover A.G. Veldman, 'Senioriteitsopbouw, loon en pensioen bij flexibele arbeid', in: D.J.B de Wolff (eind-red.), *Gelijke behandeling: oordelen 2003 en commentaar*, Deventer: Kluwer 2004, p. 113-118.

25 HvJ EG 12 oktober 2004, zaak C-313/02 (*Nicole Wippel tegen Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*), http://curia.eu.int/ nl/jurisp/index.htm.

stane arbeidstijden bij deeltijdwerk. In antwoord op de tweede vraag of een voorovereenkomst ten behoeve van parttimeoproepwerk tot een ongelijke behandeling van deeltijders of vrouwen leidt, toetst het Hof de overeenkomst eerst aan de deeltijdrichtlijn. Deze richtlijn kent slechts het systeem van de maatmanvergelijking. Een deeltijdwerknemer moet vergeleken worden met een voltijdwerknemer die binnen dezelfde onderneming op basis van hetzelfde type contract vergelijkbaar werk verricht. Het Hof stelt vast dat vanwege het ontbreken van een arbeidsplicht in de voorovereenkomst er binnen de onderneming van de werkgever géén vergelijkbare voltijdwerknemer voorkomt die op eenzelfde type van overeenkomst werkzaam is.[26] Hieruit vloeit voort, aldus het Hof, dat de voorovereenkomst niet tot benadeling leidt in de zin van de richtlijn.[27] De toetsing door het Hof aan de Richtlijn 76/207/EEG, welke geen maatmanvergelijking hanteert maar een regeling, contract of bepaling onderwerpt aan een toets op direct of indirect onderscheid, verloopt opvallenderwijs via hetzelfde stramien. Door terug te vallen op de overweging dat de discriminatieverboden een bijzondere uitdrukking zijn van het fundamenteel beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden[28], kan het Hof concluderen dat, in een situatie waarin twee categorieën werknemers niet vergelijkbaar zijn, het contract van Wippel geen indirect onderscheid maakt als bedoeld in de Gelijkebehandelingsrichtlijn.

Voorop gesteld moet worden dat de voorlegde discriminatiezaak enigszins geforceerd aan doet en het Hof in dit arrest wellicht naar makkelijke uitwegen zoekt. Evenals in *Allonby* lijkt ook in *Wippel* het bodemgeschil een vermeend misbruik van contracten te betreffen waardoor reguliere arbeidsrechtbescherming ontbreekt. Het lijk een juridische 'noodgreep' om dat, zoals in *Wippel*, om te buigen naar een loonvordering over een voltijdse werkweek wegens discriminatie van deeltijders in de nationale Arbeidstijdenwet, welke wet vanuit het oogpunt van veiligheid en gezondheid een maximale werkweek van veertig uur voorschrijft in geval van voltijdwerk maar (logischerwijs) niet bij deeltijdwerk. De daarnaast bewandelde weg, namelijk dat de oproepovereenkomst in zichzelf discriminatoir is omdat het om deeltijdwerk zou gaan en dat weer met name vrouwen treft, lijkt mij gezien de omstandigheden ook ver gegrepen. Het blijkt niet dat deeltijdwerk dat tot de normale bedrijfsarbeid behoort stelselmatig op oproepbasis wordt aangeboden en de voorovereenkomst sluit ook niet uit dat een enkele oproep resulteert in een voltijdse arbeidsovereenkomst voor beperkte tijd. Discriminatie van vrouwen of deeltijders wordt hier naar mijn mening aangewend om algemene arbeidsrechtelijke verschillen tussen een oproepcontract en een arbeidsovereenkomst te bestrijden. Vanuit dat oogpunt heeft het arrest wellicht niet te veel betekenis. Maar nadat in hetzelfde jaar het *Allonby*-arrest is gewezen waar enige systematiek in de bewijs- en toetsingsmethoden wordt gebracht, springt *Wippel* in ongunstige zin in het oog. Het met veel moeite verkregen inzicht in bewijsmethoden uit *Allonby* lijkt direct weer op losse schroeven gezet te worden.

In *Allonby* is de door eiseres ingeslagen weg wellicht ook niet even goed navolgbaar. Het antwoord van eiseres op de discutabele *outsourcing* door een hogeschool van deeltijdleraren wat leidt tot verlies aan rechten, is immers de wens om het arbeidsovereenkomstvereiste in de wettelijke beroepspensioenregeling voor leraren wegens seksediscriminatie te verbieden. Terecht weerhoudt dat het Hof er niet van om een indirecte discriminatietoets toe te staan zonder vergelijkbare maatman.

26 *Wippel*, r.o. 61.
27 *Wippel*, r.o. 62.
28 *Wippel*, r.o. 56.

Omdat het Hof tot taak heeft de eenvormige rechtsuitleg in de Unie te bevorderen, moet de nadruk ook liggen op een consequente toetsingswijze van het indirect onderscheid.
In het *Wippel*-arrest daarentegen laat het Hof de gebruikelijke indirecte discriminatietoets weer los ten voordele van het maatmanvereiste: hoewel de oproepkracht op voorovereenkomst in beginsel onder de reikwijdte van de betreffende non-discriminatierichtlijnen valt, is er geen sprake van een ongunstiger behandeling op grond van deeltijd dan wel een indirect sekseonderscheid omdat vanwege de verschillende contracten geen vergelijking mogelijk is met een andere werknemer werkzaam op een arbeidsovereenkomst. Omdat Richtlijn 76/207/EEG geen maatmanvereiste kent, maakt het Hof hiervoor gebruik van het ongespecificeerde beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Omdat evenwel geen duidelijk referentiepunt voor vergelijkbaarheid wordt ingeroepen, duikt de klassieke val op dat ieder geval wel van elkaar verschilt. De crux van het non-discriminatierecht zou echter juist de afweging moeten zijn of het betreffende verschil een voldoende rechtvaardiging geeft om ongelijke behandeling toe te laten.[29] Ondanks dat Wippel meent dat haar contractsvorm vrouwen ten onrechte benadeelt, komt het Hof niet toe aan de vraag of dat aantoonbaar is, en zo ja, of het gerechtvaardigd wordt door bijvoorbeeld de wens tot flexibiliteit. De reden hiervoor berust in feite op een cirkelredenering: de claim dat door een verschillende contractsvorm mannelijke en vrouwelijke werknemers niet gelijk behandeld worden, stuit af omdat geen vergelijking mogelijk is in geval van een verschillende contractsvorm.
Het is overigens wel nodig om hierbij onderscheid te maken naar de richtlijn waar het om gaat. De Deeltijdrichtlijn laat het Hof geen andere keuze doordat de normstelling tot vergelijking dwingt met een voltijdwerknemer die in dezelfde onderneming op een vergelijkbaar contract vergelijkbaar werk verricht. Dat is tegelijkertijd ook de beperking van deze door de Europese sociale partners opgestelde non-discriminatierichtlijn. De zogeheten voltijdmaatman is geen vergelijkbare maatman beredeneerd vanuit het doel van de overheids- of bedrijfsregeling die ter discussie staat, maar een maatman die in zijn algemeenheid zoveel mogelijk overeenkomsten moet hebben met de deeltijdwerknemer. Nadeel van deze benadering is dat de richtlijn hierdoor geen bescherming biedt wanneer een bedrijf bijvoorbeeld geen eindejaarsuitkeringen verstrekt aan deeltijders maar er geen voltijder in het bedrijf te vinden is die soortgelijk werk of een soortgelijke opleiding heeft als de benadeelde deeltijder.

Het bovenstaande geldt echter juist niet voor het seksediscriminatieverbod van Richtlijn 76/207/EEG. De uitwerking van het algemeen gelijkheidsbeginsel naar een specifiek discriminatieverbod in deze richtlijn voorkomt juist dat de rechtsvraag of een zekere ongelijke behandeling is terug te voeren op een noodzakelijk en gerechtvaardigd verschil, aanstonds in gegoochel met (on)gelijke gevallen ten onder gaat. Mits een bepaalde hoedanigheid in de praktijk tot een verschil tussen mannen en vrouwen leidt, kan beoordeeld worden of die hoedanigheid dat verschil rechtvaardigt. In *Allonby* wordt deze reguliere indirecte discriminatietoets consequent toegepast. Allonby mag als freelancer, indien ze onder artikel 141 EG valt, daarom via statistisch bewijs aantonen dat een arbeidsovereenkomstvereiste in een beloningsregeling met name vrouwen nadelig treft. Nu is vastgesteld dat Wippel als oproepkracht onder Richtlijn 76/207/EEG valt, waarom is haar dan (ook) niet toegestaan om statistisch aan tonen dat het gebrek aan werkgarantie in oproepovereenkomsten met name vrouwen nadelig treft? Uiteraard sluit dat niet uit dat een

29 Zie over deze problematiek reeds C. Timmermans, 'Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie', *SEW* 1982, p. 426-460.

dergelijk nadeel vervolgens gerechtvaardigd kan zijn omdat de oproepovereenkomst geen arbeidsplicht kent. Het heeft echter weinig zin om, zoals het Hof doet, een brede definitie van een arbeidsverhouding te hanteren als het om de personele werkingssfeer van de richtlijn gaat, wanneer daarna het gebrek aan een arbeidsovereenkomst de reden vormt om niet toe te komen aan de vraag naar een mogelijk *prima facie* bewijs van indirect onderscheid.

4 CONCLUSIE

De vergelijkingsmethoden en daarmee de bewijsconstructies die het Europees gelijkebehandelingsrecht voorschrijft, blijven ook in 2004 te veel in goede bedoelingen steken. De (vele) varianten die de revue passeerden zijn een maatman die vergelijkbaar werk in vergelijkbare omstandigheden moet verrichten, statistisch bewijs van het effect van een beloningsregeling onder groepen van werknemers, toetsing van de beloning van deeltijder en voltijders aan het pro-rata-beginsel en een op zichzelf staande beoordeling of de voorgelegde gevallen vergelijkbaar zijn als uitvloeisel van het ongeschreven communautaire gelijkheidsbeginsel. Maar duidelijke vuistregels wanneer welke methode onder welke richtlijn of Verdragsbepaling gebruikt moet worden, vallen soms per arrest maar niet uit het geheel aan Europese rechtspraak af te leiden. De oorzaak hiervan is misschien te vinden in het feit dat nog slechts een select gezelschap aan juristen het geheel nog overziet, terwijl teruggrijpen op alleen de meer recente arresten van het Hof over het algemeen geen garantie biedt om niet op een dwaalspoor te belanden. Anderzijds draait het opportunistisch gebruik van het Europees gelijkebehandelingsrecht om elk verschil in de wereld van het arbeidsrecht uit te roeien ook niet bij aan de verdere legitimering en consequente toepassing van deze tak van recht.
Dat het gelijkheidsbeginsel evenwel zou lijden onder een (te) fundamentalistische uitleg zoals sommige schrijvers menen[30], deel ik niet. Het is waar dat het indirecte discriminatiebegrip voorzover naar de effecten van een regeling wordt gekeken, een beerput aan verschillen kan opentrekken. Binnen de bestaande maatschappelijke arbeidsverhoudingen leiden alleen al eisen aan opleiding of ervaring tot getalsmatig nadeel voor vrouwen en overigens ook voor allochtonen. Dat is inherent aan een arbeidssamenleving waar deze groepen oververtegenwoordigd zijn aan de onderkant van de markt. Ook op basis van de nieuwe verbodsgrond van leeftijd zullen vele directe en indirecte verschillen geconstateerd kunnen worden. Dat maakt het nondiscriminatierecht echter alleen rigide wanneer vergeten wordt dat het juist de objectieve rechtvaardigingstoets is waarop de nadruk moet vallen. Bij uitstek vindt hier de afweging plaats waar het omgaat: is er een redelijk oogmerk beoogd met het verschil en is het aangewende criterium daarvoor geschikt en noodzakelijk? Alleen op deze wijze is het doel van gelijkbehandelingsrecht te bereiken, en dat is niet elk verschil uitwissen maar onredelijk of onnodig verschil ter discussie stellen wanneer dat beschermingswaardige groepen buitenspel zet. Het gebruik van inconsequente vergelijkingsmethoden zetten deze doelstelling onder druk, waardoor op het HvJ EG een zware last drukt om tot een eenduidige toepassing van het gelijkheidsbeginsel te komen.

Op een wat alledaagser niveau bezien en specifiek gericht op de hier besproken gelijkebeloningsarresten van het Hof, vallen er tot op zekere hoogte vrolijker conclusies te trekken. De arresten *Lawrence* en *Allonby* zijn te verwelkomen omdat het een begin van systematisering maakt wanneer op basis van statistieken een

30 Zie meer recentelijk bijvoorbeeld Berkeljon en Christe in de rubriek Recht, *de Volkskrant* 21 december 2004, p. 9.

prima facie zaak van beloningsonderscheid is te maken. De bevestiging dat artikel 141 EG, ondanks zijn formulering, het mogelijk maakt om indirect onderscheid in clausules uit wettelijke regelingen en CAO's te kunnen beoordelen zonder dat daarvoor een aanwijsbare maatman nodig is die in dezelfde onderneming gelijkwaardig werk verricht, is een stap in de goede richting. Al zie ik nog liever dat het Hof in dit verband serieuze uitwerking zou geven aan het in *Allonby* geformuleerde beginsel dat de groep van personen die voor vergelijking in aanmerking komt, in beginsel door de werkingssfeer van de betreffende regeling wordt bepaald. Met andere woorden, als een clausule uit een beloningsregeling ter discussie staat en die regeling is ook van toepassing op ongelijkwaardig werk, dan is een maatman die gelijkwaardig werk verricht overbodig. Is de genoemde regeling daarbij een wettelijke regeling dan kan men vergelijken met alle werknemers in het land die daaronder vallen, is het een bedrijfstak-CAO dan gaat het om de groep van werknemers binnen de bedrijven die onder deze CAO vallen en gaat het om een ondernemings-CAO of bedrijfsregeling dan gaat het om de werknemers in dienst van dezelfde onderneming. De intensieve maatman- en functievergelijking kan zo beperkt blijven tot de gevallen waarin werknemers ondervinden dat zij in gelijke omstandigheden ongelijk beloond worden ondanks dat de formeel toepasselijke regels geen suspect criterium hanteren. *Wippel* maakt duidelijk dat oproepcontracten in welke vorm dan ook eveneens onder de werkingssfeer van Richtlijn 76/207/EEG vallen, al is het arrest van de nodige kritiek voorzien. Ook *Allonby* geeft verheldering over het werknemersbegrip maar dan onder artikel 141 EG. De expliciete uitspraak dat het om een communautair bepaald werknemersbegrip gaat dat op zijn feitelijke merites (gezagverhouding, arbeidsverplichting, vrijheid om tijdschema en plaats en inhoud van het werk te bepalen) beoordeeld moet worden, geeft de CGB mijns inziens de gewenste handelingsruimte om de Nederlandse discriminatiewetgeving in alle gevallen goed te kunnen toepassen in arbeidsverhoudingen.[31]

31 Weliswaar had de CGB voorheen al de mogelijkheid uit te wijken naar het brede werknemersbegrip van artikel 5 AWGB, maar bijvoorbeeld in pensioenzaken, waar vaak de opbouw over het verleden aan de orde is, kan dit toch ontoereikend zijn omdat pas vanaf 1994 beroep op de AWGB mogelijk is. Zie hierover tevens de bijdrage genoemd in noot 23.

Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid?

Mr. C. Waaldijk[1]

1 INLEIDING

Volgens artikel 1 van de AWGB is sprake van indirect onderscheid indien onderscheid op grond van een niet verboden criterium onderscheid op grond van een wél verboden criterium 'tot gevolg heeft'. Op grond van de richtlijnen 2000/43/EG (ras) en 2000/78/EG (godsdienst, seksuele gerichtheid, leeftijd en handicap), waaraan de AWGB uitvoering tracht te geven, is daarvan sprake wanneer een beschermde categorie personen in vergelijking met andere personen 'bijzonder' wordt benadeeld.[2] Dezelfde definities zijn ook opgenomen in de richtlijnen 2002/73/EG en 2004/113/EG (geslacht).[3] Volgens Richtlijn 97/80/EG (geslacht), waaraan de AWGB eveneens uitvoering geeft, is vereist dat 'een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht' wordt benadeeld.[4] In het voorstel voor de zogenaamde *'recast' directive*, waarin verschillende richtlijnen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen worden samengevoegd en op elkaar afgestemd, is de nieuwe definitie uit de meest recente gelijkebehandelingsrichtlijnen opgenomen.[5]
Het Europese Hof voor de rechten van de mens werkt bij de toepassing van artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van mens sinds enkele jaren ook met een indirect discriminatiebegrip.[6] De toepassing van het criterium 'disproportionately prejudicial effects' in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof is echter nog niet goed uitgekristalliseerd.
De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG geeft niet eenduidig aan wanneer sprake is van een 'wezenlijk groter gedeelte'[7], en over invulling van het begrip 'bijzondere benadeling' bestaat nog geen jurisprudentie.[8]

---

1 Met dank aan Susanne Burri voor haar vele nuttige opmerkingen en aanvullende informatie bij een eerdere versie van deze bijdrage.

2 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 180/22 en Richtlijn 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 303/16.

3 Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 2002, L 269/15 en Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *PbEU* 2004, L 373/37.

4 Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PbEG* 1998, L 14/6.

5 COM(2004) 279 def.

6 Zie paragraaf 2, hieronder.

7 Aldus I.P. Asscher-Vonk & W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 56.

8 Het woord 'bijzonder' maakte nog geen deel uit van het oorspronkelijke voorstel voor richtlijn 2000/78/EG. Daardoor geeft de toelichting bij dat voorstel (COM(1999) 565 def 1999/0225 (CNS)) ook geen houvast voor de interpretatie. Zie verder paragraaf 3, hieronder.

Ook de Commissie gelijke behandeling (hierna: CGB) blijkt in haar oordelen niet een vaste methode te hanteren om vast te stellen wanneer een op zichzelf toegestaan onderscheid verboden onderscheid 'tot gevolg heeft'.[9] In de oordelen van de CGB in 2004 is dit gebrek aan een heldere en vaste lijn opnieuw aan het licht getreden. Dit leidt tot verwarring en volgens mij soms ook tot minder juiste vaststelling van indirect onderscheid. Met deze bijdrage wil ik pleiten voor de totstandkoming van een meer consistente benadering van de vraag wanneer er sprake is van indirect onderscheid.[10] De vraag wanneer indirect onderscheid gerechtvaardigd is, laat ik daarbij grotendeels rusten.[11] Apart sta ik stil bij de vele in 2004 door de CGB gegeven oordelen over de toelaatbaarheid van het hanteren van een franchise bij de opbouw van ouderdomspensioen.[12] En hoewel de CGB de franchisezaken behandelt als zaken waarin geklaagd wordt over ongelijke behandeling van gelijke gevallen, dringt de vraag zich op of deze zaken niet beter benaderd hadden kunnen worden als voorbeelden van gelijke behandeling van ongelijke gevallen. Ook een dergelijke *gelijke* behandeling wordt immers verboden door het gelijkheidsbeginsel. En dat roept dan weer de vraag op of gelijke behandeling van ongelijke gevallen als *indirect* onderscheid gekwalificeerd zou kunnen worden.

2 INDIRECTE DISCRIMINATIE IN DE JURISPRUDENTIE VAN HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

Sinds 2001 hanteert ook het Europese Hof voor de rechten van de mens een indirect discriminatiebegrip. Voor het eerst was dat het geval in een aantal zaken waarin geklaagd werd over het geweldsgebruik van de *security forces* in Noord-Ierland tegen leden van de katholieke gemeenschap. De verzoekers voerden aan dat de door de Britse regering niet bestreden cijfers aantoonden dat de overweldigende meerderheid van de 357 tussen 1969 en 1994 door overheidsgeweld omgekomen inwoners tot de katholieke minderheid behoorde, en dat daaruit een discriminerend gebruik van dodelijk geweld bleek. Dat er sprake zou kunnen van indirecte discriminatie, erkent het Europese Hof vervolgens door voorzichtig te overwegen:

> 'Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group. However, (...), the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14.'[13]

In zijn arresten uit 2001 gaf het Hof nog niet aan hoe indirecte discriminatie dan wél moet worden vastgesteld. In een zeer recente uitspraak blijkt het Hof echter bereid om op grond van een statistische aanwijzing van indirecte discriminatie tot een verschuiving van de bewijslast te concluderen. Dit betrof een zaak tegen Nederland, waarin aangevoerd werd dat de invoering in 1991 van een inkomenseis in de AAW

9 Idem, p. 56. Zie ook I.P. Asscher-Vonk & S. Burri, 'Geslacht', in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 37-39.

10 Zie omtrent deze vraag ook E. Cremers-Hartman, *Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 145-148.

11 Zie daarover onder meer de bijdrage van Tobler aan deze bundel.

12 De oordelen 2004-30 en 2004-31 zijn gevoegd, evenals de oordelen 2004-32 en 2004-33, de oordelen 2004-34 en 2004-35, en de oordelen 2004-171 en 2004-172. Hierna wordt met name oordeel 2004-35 besproken; de andere oordelen sluiten daar nauw bij aan. Zie ook de noot van De Lange bij oordeel 2004-34 in deze bundel.

13 EHRM 4 mei 2001, *Hugh Jordan/UK*, appl. 24746/94, r.o. 154. Dezelfde overweging komt voor in de arresten van het Hof van dezelfde datum in drie andere zaken tegen het Verenigd Koninkrijk (*Shahaghan*, *Kelly*, en *McKerr*), en ook in het arrest van 28 mei 2002 in de zeer vergelijkbare zaak *McShane/UK*, appl. 43290/98.

voor 3300 vrouwen had geleid tot de intrekking van de uitkering, terwijl dezelfde inkomenseis slechts voor 1800 mannen het einde van de uitkering had betekend. Het Hof overweegt:

> 'that where an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on grounds of sex.'[14]

Omdat de Nederlandse regering dergelijke objectieve factoren niet heeft aangevoerd, concludeert het Hof dat de invoering van de inkomenseis inderdaad 'an indirect discriminatory effect' had. Dit is de eerste keer dat het Hof met zoveel woorden van indirecte discriminatie rept. Daarmee is de zaak echter nog niet beslist, omdat het Hof vervolgens nog op zoek gaat naar een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor de omstreden maatregel. Een dergelijke rechtvaardiging acht het Hof te liggen in de doelstelling van de wijziging van de AAW, te weten de opheffing van de discriminerende uitsluiting van gehuwde vrouwen zonder dat de kosten van de AAW onaanvaardbaar zouden stijgen.
Het is niet geheel duidelijk hoe en waarom het Hof onderscheid maakt tussen de vraag of een vermoed indirect discriminerend effect het resultaat is van objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie, en de vraag of de maatregel redelijk en objectief gerechtvaardigd is.[15] Het Hof van Justitie van de EG, en de CGB, maken dat onderscheid niet. Verder is opvallend dat het Europese Hof voor de rechten van de mens weliswaar zegt dat een vermoeden van indirecte discriminatie kan bestaan indien 'a clearly higher percentage of women than men' door een maatregel wordt getroffen, maar geen moeite doet om die percentages te berekenen of te schatten. Volstaan wordt met de constatering dat er meer vrouwen (3300) dan mannen (1800) door de maatregel zijn getroffen. Volgens mij zou daarbij tenminste vermeld hebben moeten worden dat het totaal aantal AAW-uitkeringsgerechtigde vrouwen in 1991 niet (veel) groter was dan het totaal aan AAW-uitkeringsgerechtigde mannen. Of dat ook zo is, heb ik niet na kunnen gaan. Tenslotte is het opvallend dat het Europees Hof voor de rechten van de mens een andere objectieve rechtvaardigingstoets lijkt te hanteren dan het Hof van Justitie van de EG.[16]

3 INDIRECTE DISCRIMINATIE IN DE JURISPRUDENTIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EG

Het Hof van Justitie heeft zich in vele zaken over indirecte discriminatie gebogen.[17] Zoals gezegd heeft dat niet tot een eenduidige jurisprudentie geleid met betrekking tot de vraag hoe de vermeende indirecte benadeling precies berekend moet worden. Dat is in overeenstemming met de preambules van de betrokken richtlijnen, waarin staat dat de beoordeling van de feiten die indirecte discriminatie kunnen doen

14 EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk/Nederland*, appl. 58641/00 (niet-ontvankelijkheids beslissing).
15 Zie daarover ook de noot van J.H. Gerards onder *Hoogendijk* in *European Human Rights Cases* 2005, 24.
16 Idem.
17 Het standaard arrest is: HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1670 (*Bilka*). Zie voor een overzicht onder meer: C. Tobler, 'Part-time work in the Context of Indirect Discrimination', in: Y. Kravaritou (ed.), *The Regulation of Working Time in the European Union: Gender Approach*, Brussel: P.I.E.-Pieter Lang, 1999, p. 383-410; S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 283-345; E. Traversa, 'Protection of Parttime Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, p. 219-241; S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: SDU 2004, p. 80-94 en 142-143.

vermoeden toekomt aan de nationale rechterlijke of andere bevoegde instanties.[18] Vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt echter te zijn dat er van een vermoeden van indirecte discriminatie sprake is, indien uit statistische gegevens blijkt dat een 'aanzienlijk kleiner percentage vrouwelijke werknemers dan mannelijke werknemers' aan een criterium kan voldoen.[19] Deze statistische gegevens dienen bovendien geldig te zijn. De nationale rechter dient te beoordelen of hij de statistische gegevens in aanmerking kan nemen, dat wil zeggen 'of zij betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, of er niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen in tot uitdrukking komen, en of ze in het algemeen significant lijken'.[20] Het Hof van Justitie geeft niet aan wanneer een percentage 'aanzienlijk' kleiner genoemd mag worden dan een ander percentage. Wel staat het Hof nationale rechters toe om indirecte discriminatie aan te nemen 'wanneer de statistische gegevens over een lange periode een minder groot, doch aanhoudend en vrij constant verschil aantonen'.[21] Uit de preambules van de richtlijnen inzake discriminatie op grond van ras, godsdienst, seksuele gerichtheid enz. blijkt echter duidelijk dat indirecte discriminatie niet altijd op basis van statistische gegevens hoeft te worden aangetoond.[22]

4 HOE BEREKENT DE COMMISSIE DE BENADELING VAN EEN BESCHERMDE GROEP?

Volgens de jurisprudentie van de CGB is sprake van indirect onderscheid op een bepaalde grond, wanneer de aan de orde zijnde regeling een door die grond bepaalde categorie personen 'in overwegende mate' treft.[23] De CGB heeft in dit verband vaak benadrukt dat het bij het berekenen van indirect onderscheid om relatieve cijfers moet gaan, en niet om absolute. Het Hof van Justitie van de EG heeft dit uitgangspunt bevestigd.[24] De CGB pleegt deze relativiteit in een voetnoot te illustreren met een voorbeeld van een onderneming waar 10 vrouwen werken en 1000 mannen, waarbij er van de vrouwen negen in deeltijd werken en van de mannen ook. Benadeling van deeltijders treft, in absolute aantallen, dus evenveel vrouwen als mannen, maar het gaat er om dat een dergelijke benadeling 90% van de vrouwen en bijna 1% van de mannen treft.[25] Anders gezegd: het gaat er niet om hoeveel van de benadeelden vrouw respectievelijk man zijn, maar om de vraag hoeveel procent van de vrouwen respectievelijk van de mannen getroffen worden.
In diverse oordelen heeft de CGB voor indirect onderscheid als criterium gehanteerd dat de vermeend indirect benadeelde groep (bijv. vrouwen) tenminste 1,5 keer zo vaak wordt getroffen als de vergelijkingsgroep (bijv. mannen).[26] Die factor 1,5 kan gezien worden als een operationalisering van het criterium 'aanzienlijk kleiner percentage' van het Hof van Justitie. In 2004 lijkt de CGB echter nauwelijks meer (expliciet) met dit criterium te werken. Wel werkt de CGB sinds de oordelen 2003-91 en 2003-92 af en toe met een *Correlatietoets* en een *Chikwadraattoets*.[27] De

18 Preambule 13 van Richtlijn 97/80/EG, preambule 15 van Richtlijn 2000/43/EG en preambule 15 van Richtlijn 2000/78/EG (zie noot 4 en noot 2).
19 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 60 (*Seymour*).
20 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5566, r.o. 16 (*Enderby*).
21 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 61 (*Seymour*).
22 Preambule 15 van Richtlijn 2000/43/EG en preambule 15 van Richtlijn 2000/78/EG (zie noot 2).
23 Zie bijvoorbeeld oordeel 2003-91, overweging 6.17.
24 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 59 (*Seymour*).
25 Zie bijvoorbeeld oordeel 1998-151, overweging 4.5 met voetnoot 3.
26 Zie onder meer de oordelen 1997-45, 2001-83, 2002-161 en 2003-91.
27 De formules van beide toetsen zijn onder meer te vinden in overweging 5.24 van oordeel 2003-92, en in bijlagen bij de oordelen 2004-1 (integraal opgenomen in deze bundel), 2004-2, 2004-27 en 2004-29. De formules laten zich helaas niet goed printen vanaf www.cgb.nl.

toetsen lijken terug te gaan op een door de CGB in 2002 bij de Capaciteitsgroep Methodenleer en Statistiek van de Faculteit Sociale Wetenschappen van de Universiteit Utrecht gevraagd advies.[28]

In oordeel 2004-29 (over een vakantieaanvraagregeling van een bierbrouwer) komt de CGB tot de conclusie dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat door te overwegen: 'Aangezien uit de cijfers blijkt dat ongehuwden vaker geen schoolgaande kinderen hebben dan gehuwden, kunnen ongehuwde medewerkers eerder worden benadeeld door een regeling die voorrang verleent aan medewerkers met schoolgaande kinderen.'[29] De CGB laat daaraan vooraf gaan dat 'aan de hand van een door de Universiteit van Utrecht ontwikkelde toets' (namelijk de Correlatietoets en de Chikwadraattoets) is vastgesteld 'dat er een voldoende samenhang is tussen ongehuwd zijn en het niet hebben van schoolgaande kinderen en dat deze samenhang significant is'. Helaas legt de CGB in dit oordeel niet uit waarom een dergelijke toets nodig is, en al helemaal niet waarom juist deze toets verantwoord is. Ook de bijlage bij het oordeel, waarin een gedeelte van de toepassing van de toets wordt weergegeven op een wijze die voor veel mensen onbegrijpelijk zal zijn, biedt daarover geen helderheid. Al met al draagt de toets zo niet bij tot een grotere legitimatie van het oordeel naar de partijen. Die legitimatie wordt vervolgens nog geringer, als blijkt dat de CGB dezelfde toets niet nodig acht om na te gaan of een regeling die voorrang verleent aan medewerkers met ouders in een ver land, indirect onderscheid naar ras of nationaliteit oplevert. De CGB stelt simpelweg dat er geen sprake is van indirect onderscheid naar afkomst.[30] Die stelling staat op gespannen voet met het onmiskenbare feit dat Nederlanders veel vaker dan medewerkers met een andere nationaliteit geen ouders in een ver land zullen hebben.

De Correlatietoets en Chikwadraattoets komen ook ter sprake in de gevoegde oordelen 2004-1 en 2004-2. Daar is de vraag aan de orde of voor deelneming aan een pensioenregeling vóór 17 mei 1990 (de datum van het arrest Barber[31]) een uitzendorganisatie onder meer de voorwaarde mag stellen dat een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Verzoekster was werkzaam als oproepkracht met een stand-by overeenkomst en had niet de verplichting aan een oproep gehoor te geven. Volgens de CGB is het recht op aansluiting bij een pensioen in het geding. Er kan dus een beroep worden gedaan op artikel 141 EG (voorheen 119 EG-Verdrag) op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie, in beginsel met terugwerkende kracht tot 8 april 1976.[32] Voor de periode waarin geen pensioenregeling gold is het verzoek niet-ontvankelijk. De CGB acht uitsluiting op grond van de aard van het dienstverband in het geding. Met betrekking tot de vraag of er ook sprake is van indirect onderscheid naar geslacht, overweegt de CGB dat het er op het eerste gezicht naar uit ziet dat onevenredig meer vrouwen dan mannen door het gemaakte onderscheid worden getroffen, maar dat de omvang van het personeelsbestand gering is, waardoor de kans op een vertekend beeld groot is. Daarom moet de vraag volgens de CGB beantwoord worden aan de hand van de Correlatietoets en vervolgens de Chikwadraattoets. Aan de hand van die toetsen 'kan, ook indien het een klein personeelsbestand betreft, worden berekend of er sprake is van indirect onderscheid', aldus de CGB.[33] Toepassing van de toetsen op de door de verweerder

28 Het advies (van 2 mei 2002), waar de Commissie mij inzage in heeft gegeven, behelst een aantal statistische overwegingen, en voorbeelden van toepassingen op twee oudere casusposities.
29 Oordeel 2004-29, overweging 4.5.
30 Oordeel 2004-29, overweging 4.11.
31 HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*).
32 Sinds die datum heeft artikel 141 EG (voorheen 119 EG-Verdrag) rechtstreekse en horizontale werking: HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/73, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne II*). Zie het arrest HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541 (*Vroege*).
33 Oordeel 2004-1, overweging 5.14 (integraal opgenomen in deze bundel).

verstrekte gegevens leidt vervolgens tot de conclusie dat de werkgever geen indirect onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Toepassing van de Correlatietoets en de Chikwadraattoets in de gevoegde oordelen 2004-27 en 2004-28 (inzake uitsluiting van deelname in een pensioenvoorziening), waarbij het eveneens om een klein aantal personeelsleden ging, wijst wel op indirect onderscheid naar geslacht (dat de CGB vervolgens niet objectief gerechtvaardigd acht).
In de oordelen 2003-91 en 2003-92 had de CGB de Correlatietoets en de Chikwadraattoets geïntroduceerd als correctie op het voor kleine aantallen minder geschikte criterium dat de vermeend indirect benadeelde groep tenminste 1,5 keer zo vaak wordt getroffen als de vergelijkingsgroep. Daarmee lijken de oordelen 2004-1 en 2004-2 en 2004-27 en 2004-28 in overeenstemming. Jammer is wel dat de CGB in die oordelen geen moeite doet om eerst vast te stellen of het verschil groter of kleiner dan een factor 1,5 is. Waarom de toetsen ook in oordeel 2004-29 toegepast zijn, blijft onduidelijk. In die zaak ging het niet om kleine aantallen, maar om het voltallige personeel van een bierbrouwerij met meer dan 800 werknemers.

De Correlatietoets is bedoeld om vast te stellen of er sterke of zwakke samenhang is. De CGB acht voldoende samenhang aanwezig indien de correlatiecoëfficiënt tenminste 0,2 bedraagt. Dat is natuurlijk een keuze, en staat enigszins op gespannen voet met de stelling in het advies van de Universiteit van Utrecht van 2 mei 2002[34], dat een correlatiecoëfficiënt van 0,198 'zwak' is. In oordeel 2004-30 stelt de CGB echter dat een grenswaarde van 0,2 'in de statistiek algemeen aanvaard (is) bij vergelijkbare onderzoeken als die van de Commissie'. Daar is waarschijnlijk wel meer over te zeggen.
De Chikwadraattoets is bedoeld om vast te stellen of de samenhang niet toevallig is. Volgens het advies uit 2002 is deze toets alleen relevant als er sprake is van steekproefgegevens, en niet als de situatie in de totale populatie bekend is. In dat licht is het vreemd dat de CGB de Chikwadraattoets zo vaak toepast, want in de meeste gevallen hebben de beschikbare cijfers betrekking op de gehele populatie (bijvoorbeeld alle werknemers van de betrokken werkgever, of de gehele Nederlandse arbeidsbevolking).[35] Het is volgens mij ook onjuist om te spreken van een 'Correlatie- en Chikwadraattoets', zoals de CGB soms doet, omdat het twee verschillende toetsen zijn, waarvan de tweede maar zelden nodig is.
Beide toetsen hebben een groot nadeel: de berekeningen die gemaakt moeten worden zijn zó ingewikkeld dat vrijwel geen verzoeker of wederpartij bij de CGB die zelfstandig zal kunnen uitvoeren of controleren.[36] De toets zal door velen, ook juristen, als een *black box* worden ervaren, wat in strijd is met de transparantie die vereist is wanneer statistiek een rol speelt in het recht.[37]
Het goede aan de Correlatietoets en de Chikwadraattoets is dat duidelijk geformuleerd wordt welke cijfers beschikbaar moeten zijn – of geschat moeten worden – voor het berekenen van indirect onderscheid:

34 Zie noot 28, hierboven.
35 Een uitzondering is de steekproef genoemd in oordeel 2004-31, overwegingen 4.8 en 5.26 (zie hieronder).
36 Dat blijkt op pijnlijke wijze in oordeel 2004-31, waarin de actuaris van verweerster de correlatiecoëfficiënt berekent op 0,18 (dus te weinig om indirect onderscheid aan te nemen), terwijl de CGB op basis van dezelfde basiscijfers uitkomt op een correlatiecoëfficiënt van 0,35 (ruim boven de grenswaarde voor aanname van indirect onderscheid); zie overwegingen 4.8 en 5.26. Doordat de berekeningen niet weergegeven worden in het oordeel, kan de lezer niet vaststellen wie van beiden zich vergist heeft.
37 Zie M.J. Borgers & W.H van Boom, 'De *acalculie* voorbij', in de door hen geredigeerde bundel *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom 2004, p. 177.

a+c = totaal aantal personen uit de vermeend indirect benadeelde groep
(bijv. alle ongehuwde werknemers van een werkgever, of in een bepaalde sector)
a = aantal rechtstreeks door de maatregel benadeelde personen uit de vermeend indirect benadeelde groep (bijv. de ongehuwde werknemers zonder schoolgaande kinderen)
c = aantal niet door de maatregel benadeelde personen uit de vermeend indirect benadeelde groep (bijv. de ongehuwde werknemers met schoolgaande kinderen)
b+d = totaal aantal personen uit de groep waarmee vergeleken wordt
(bijv. alle gehuwde werknemers van een werkgever, of in een bepaalde sector)
b = aantal rechtstreeks door de maatregel benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (bijv. de gehuwde werknemers zonder schoolgaande kinderen)
d = aantal niet door de maatregel benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (bijv. de gehuwde werknemers met schoolgaande kinderen)

Blijkens de hierboven aangehaalde overweging van de CGB gaat het erom vast te stellen of het aandeel van *a* in de vermeend indirect benadeelde groep (*a+c*) voldoende en significant groter is dan het aandeel van *b* in de vergelijkingsgroep (*b+d*).
In de meeste gevallen kan volgens mij simpelweg volstaan worden met toepassing van de grovere stelregel dat *a* als percentage van *a+c* tenminste 1,5 zo groot moet zijn als *b* als percentage van *b+d*. En dat kan nog wel eenvoudiger gezegd worden. Daarom zal ik in de conclusie van deze bijdrage een voorstel formuleren om dit helderder en begrijpelijker tot uitdrukking te laten komen in de oordelen van de CGB.
Helaas lijkt de CGB niet steeds vragen en antwoorden te formuleren die toegespitst zijn op de genoemde relevante variabelen. Zo vraagt de CGB zich in oordeel 2004-61 (over kinderkorting bij een reisorganisatie) niet eens af of het percentage van ongehuwde ouders dat wel eens alleen op reis gaat met een kind hoger is dan het percentage van gehuwde ouders dat dit doet.[38]

5 DE CGB-OORDELEN OVER HET HANTEREN VAN EEN FRANCHISE BIJ DE PENSIOENOPBOUW

De verwarring op dit punt komt vooral naar voren in de acht oordelen van 2004 over het hanteren van een franchise in pensioenregelingen.[39] Dit betreft de opbouw van pensioenen. Die opbouw wordt gebaseerd op het salaris, maar omdat de werknemer na zijn pensionering ook AOW zal ontvangen, is de opbouwbasis niet het gehele salaris, maar een salaris min bedrag X. Dat bedrag X wordt 'franchise' genoemd. De werknemer bouwt door de franchise minder pensioen op, maar als je de AOW erbij telt, kom je toch uit op een redelijk geacht pensioen van rond de 70% van je salaris. Althans, dat is de gedachte achter het systeem. Een probleem is namelijk dat de AOW voor gehuwden, geregistreerde partners en samenwonenden per persoon lager is dan voor alleenstaanden, en dat AOW ook uitgekeerd wordt aan partners die geen pensioen hebben opgebouwd. Daardoor is *AOW plus pensioen* voor een gepensioneerd tweeverdienerspaar vaak veel minder dan 70% van het gezamenlijke salaris, terwijl het percentage voor een gepensioneerd kostwinnerspaar (alleenverdiener) vaak hoger ligt. Alleenstaanden zitten daar ergens tussen in. En er is nog een

38 Zie paragraaf 5 van mijn bijdrage over *Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat* in deze bundel.
39 Oordelen 2004-30 tot en met 2004-35 en oordelen 2004-171 en 2004-172. Zoals gezegd wordt hier met name oordeel 2004-35 besproken; de andere oordelen sluiten daar nauw bij aan.

ander probleem: omdat de franchise een vast bedrag is, hebben mensen met een laag salaris er naar verhouding veel meer last van dan mensen met een hoog salaris.[40] De hantering van een franchise bij de opbouw van ouderdomspensioen wordt door sommige tweeverdieners, alleenstaanden en vrouwen als onrechtvaardig en discriminerend ervaren. Van direct onderscheid naar geslacht of burgerlijke staat is geen sprake. Een alleenstaande heeft de franchise aangevochten als indirect onderscheid naar burgerlijke staat, zonder succes (oordelen 2004-171 en 2004-172). En verschillende tweeverdiensters hebben de franchise aangevochten als indirect onderscheid naar geslacht, met succes (oordelen 2004-30 tot en met 2004-35), en ook als indirect onderscheid naar burgerlijke staat, maar wat dat betreft zonder succes (oordelen 2004-34 en 2004-35).[41]

In de oordelen 2004-171 en 2004-172 vergelijkt de CGB niet het aandeel van alleenstaanden onder de ongehuwden, met het aandeel van alleenstaanden onder de gehuwden (zoals zou moeten), maar het aandeel van ongehuwden onder de alleenstaanden, met het aandeel van ongehuwden onder de paren.[42]

Ook in de zes andere oordelen over de franchise bij de pensioenopbouw stelt de CGB de verkeerde vraag. Zij vergelijkt het aandeel van werkende vrouwen onder de tweeverdieners met het aandeel werkende mannen onder de tweeverdieners.[43] Het had moeten gaan om de omgekeerde vraag, namelijk of het aandeel van tweeverdieners onder werkende vrouwen in voldoende mate groter is dan onder werkende mannen. Alleen in de oordelen 2004-30 en 2004-31 geeft de CGB (toch) een antwoord op die goede vraag: uit een steekproef onder de werknemers van verweerster zou blijken dat 90% van de vrouwelijke werknemers een partner met eigen inkomen heeft, en 60% van de mannelijke werknemers.[44]

In elk van de zes oordelen vermeldt de CGB landelijke cijfers van het CBS over 1992 en 2000, waaruit afgeleid zou kunnen worden hoe groot het aandeel tweeverdieners is onder werkende vrouwen met een partner, respectievelijk onder werkende mannen met een partner.[45] De CGB geeft de berekeningen niet weer in haar oordelen, maar verwijst naar de uitkomsten van het rapport van de functiewaarderingsdeskundige. Daarin zou volgens de CGB te lezen zijn 'dat zowel in 1992 als in 2000 significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen deel uitmaakten van een tweeverdienersrelatie'.[46] Dat zou volgens mij een antwoord zijn op de verkeerde vraag. Het antwoord kan bovendien ook niet kloppen, en dat kan de CGB ook weten, want in de voorgaande zin heeft zij nog gememoreerd dat het aantal mannen en vrouwen in tweeverdienershuishoudens ongeveer even groot is, 'aannemend dat het aantal man-manrelaties enerzijds en het aantal vrouw-vrouwrelaties anderzijds ongeveer even groot is'.

Ik neem aan dat de functiewaarderingsdeskundige wel de juiste vraag heeft gesteld, en op basis van de in de oordelen vermelde CBS-gegevens geconcludeerd zal hebben dat zowel in 1992 als in 2000 het aandeel tweeverdieners onder werkende-vrouwen-met-partner 98,5% bedroeg, en dat het aandeel tweeverdieners onder werkende-mannen-met-partner van 62,4% in 1992 gestegen is naar 77,7% in 2000. Opvallend is dus dat het verschil in 1992 nog wel groter dan een factor 1,5 was, maar in 2000 al

40 Uitgebreid over deze problematiek: E.M.F. Schols-van Oppen, 'De franchise als indirect discriminerende factor in de pensioenregeling', in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2001, Deventer: Kluwer 2002, p. 73-82.

41 Zie ook de noot van De Lange bij oordeel 2004-34 in deze bundel.

42 Oordeel 2004-171, overweging 5.10.

43 Zie onder meer oordeel 2004-35, overweging 5.20.

44 Zie onder meer oordeel 2004-31, overwegingen 4.8 en 5.26.

45 Helaas vermeldt de CGB voor die jaren niet de aantallen werkende alleenstaande vrouwen en mannen; daardoor kan niet het aandeel van tweeverdieners onder alle vrouwelijke respectievelijk mannelijke werknemers worden berekend.

46 Zie onder meer oordeel 2004-35, overweging 5.20.

niet meer. Het zou beter zijn geweest wanneer de CGB in haar zes oordelen expliciet ingegaan zou zijn op deze gegevens. Nu neemt zij wel erg gemakkelijk aan dat er ook in 2000 nog sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Of je bij een neergaande trend kunt spreken van een 'minder groot, doch aanhoudend en vrij constant verschil'[47], lijkt mij de vraag. Wel is het natuurlijk zo, en daar wijst de CGB ook op, dat vrouwen binnen de populatie tweeverdieners doorgaans de minstverdienende partner zijn.[48] Al met al is het door de onvolledige berekeningen en motiveringen in de oordelen, niet eenvoudig om de CGB te volgen in haar conclusie dat er sprake is van indirect onderscheid naar geslacht.
De vraag of er een objectieve rechtvaardiging is voor het gemaakte indirect onderscheid naar geslacht beantwoordt de CGB vervolgens negatief. De vraag of de franchise in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving wordt inmiddels voorgelegd aan de civiele rechter. Mocht de rechter tot dezelfde conclusie komen als de CGB, dan zou dit verregaande gevolgen hebben voor aanvullende pensioenen die een franchise hanteren.[49]

6 MAAR LEVERT HET HANTEREN VAN EEN FRANCHISE BIJ DE PENSIOENOPBOUW EIGENLIJK WEL INDIRECT ONDERSCHEID OP?

Volgens artikel 1, onderdeel c, van de AWGB is voor indirect onderscheid vereist enig 'onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan' de in onderdeel b genoemde gronden. Een probleem bij de hantering van de franchise in pensioenregelingen is evenwel dat daarbij geen enkel onderscheid wordt gemaakt: voor alleenstaanden, tweeverdieners, kostwinners, lageloners en hogeloners is de franchise precies even hoog. Toch gaat de CGB in de oordelen 2004-30 t/m 2004-35 (evenals in de oordelen 2004-171 en 2004-172) op zoek naar een dergelijk primair onderscheid, en meent dat te vinden in het gegeven dat *AOW plus pensioen* voor een kostwinnerspaar neerkomt op een hoger percentage van het vroeger ontvangen salaris dan voor een alleenstaande of een tweeverdienerspaar.[50] Met drie verschillende voorbeelden worden de gevolgen geïllustreerd van de toepassing van de franchise voor de hoogte van *AOW plus pensioen*, respectievelijk voor een alleenverdienende kostwinner, voor een alleenstaande, en voor tweeverdieners. Op grond hiervan concludeert de CGB dat toepassing van de franchise leidt tot onderscheid tussen kostwinners- en tweeverdienersrelaties: het zogenaamde 'tweeverdienersgat'. Het is de vraag of dit wel een juiste benadering is. Het door de CGB geconstateerde onderscheid wordt immers geheel veroorzaakt door de Algemene Ouderdomswet, en over een wettelijke regeling kun je bij de CGB niet klagen, omdat eenzijdig overheidsoptreden niet gezien wordt als goed of dienst in de zin van artikel 7 AWGB.[51] De werkgever of de pensioenuitvoerder kan die verschillen niet wegnemen; dat kan alleen de wetgever. Bovendien zijn werkgevers en pensioenfondsen op grond van fiscale wetgeving verplicht om bij de opbouw van pensioen rekening te houden met de AOW.
Een betere benadering zou zijn geweest om te constateren dat de franchise weliswaar in absolute hoogte voor iedere werknemer gelijk is, maar dat deze daarmee voor mensen met een laag salaris relatief hoog en dus nadelig is. Een dergelijke

47 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 61 (*Seymour*). Zie paragraaf 3, hierboven.
48 Zie onder meer oordeel 2004-35, overweging 5.22.
49 Voor een mogelijke oplossingsrichting, zie Schols-van Oppen 2002, p. 82 (zie noot 40).
50 Zie onder meer oordeel 2004-35, overweging 2.12.
51 Vergelijk oordeel 2004-72, waarin de CGB, vreemd genoeg, zelfs de weigering van een verzekeraar om de aanschaf door een transseksueel van een pruik gedeeltelijk te vergoeden, buiten het bereik van artikel 7 AWGB vindt vallen, omdat de verzekeringsvoorwaarden geformuleerd waren als een aanvulling op de regeling gebaseerd op de Ziekenfondswet (overweging 5.9).

onderscheid tussen lageloners en hogeloners leidt tot een onevenredige benadeling van vrouwen, omdat die over de jaren gemiddeld minder verdienen dan mannen[52], maar vermoedelijk niet tot een onevenredige benadeling van ongehuwde werknemers. Geen indirect onderscheid naar burgerlijke staat derhalve, maar wel indirect onderscheid naar geslacht.

7 GELIJKE BEHANDELING VAN ONGELIJKE GEVALLEN ALS VORM VAN INDIRECT ONDERSCHEID

Ten aanzien van de franchisezaken zou echter nóg een andere benadering denkbaar zijn geweest. Dat toepassing van een uniforme franchise geen primair onderscheid in de zin van artikel 1, onderdeel c, van de AWGB inhoudt, hoeft immers niet te betekenen dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden. Het Hof van Justitie van de EG[53], het Europese Hof voor de rechten van de mens[54], en ook de CGB[55] hebben immers allemaal erkend dat ook *gelijke* behandeling van ongelijke gevallen in strijd met dat beginsel kan zijn.
Dat de CGB en de verzoekers in de franchisezaken niet op het idee zijn gekomen om dat andere aspect van het gelijkheidsbeginsel in te roepen[56], zou ermee samen kunnen hangen dat het niet met zoveel woorden terug te vinden is in de AWGB.[57] Op dit punt wijkt de tekst van de AWGB nog af van de tekst van onder meer artikel 2 van Richtlijn 2000/78/EG, waarin staat dat er sprake is van indirecte discriminatie 'wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt'.[58] Uit deze omschrijving blijkt (veel duidelijker dan uit artikel 1 van de AWGB) dat er ook sprake van indirect onderscheid kan zijn in situaties waarin sprake is van een *gelijke* behande-

52 Schols-van Oppen, 2002, p. 78 (zie noot 40).

53 Zie onder meer HvJ EG 17 juli 1963, zaak 13/63, *Jur.* 1963, p. 337 (*Italië/Commissie*). Ook in latere arresten heeft het Luxemburgse Hof zich (veelal in verband met zwangerschap) op het standpunt gesteld dat er ook sprake is van discriminatie 'wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties'. Zie bijvoorbeeld de zaken HvJ EG 13 november 1984, zaak 283/83, *Jur.* 1984, p. 3791 (*Racke*); HvJ EG 14 juli 1994, zaak 32/93, *Jur.* 1994, p. I-3567 (*Webb*); HvJ EG 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Jur.* 1995, p. I-225 (*Schumacker*); HvJ EG 13 december 1996, zaak C-342/93, *Jur.* 1996, p. I-475 (*Gillespie*); HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-100/95, *Jur.* 1997, p. I-5289 (*Kording*); HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, *Jur.* 1998, p. I-4185 (*Brown*); HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-148/02, *Jur.* 2003, p. I-11613 (*Garcia Avello*) en HvJ EG 16 september 2004, zaak C-400/02, n.n.g. (*Merida*).

54 EHRM 6 april 2000 (*Thlimmenos/Greece*), *AB 2000, 386, NJCM-Bull.* 2000, p. 1095, *RN* 2000, 1245. Ook in latere uitspraken heeft het Hof zich bij herhaling op het standpunt gesteld dat het discriminatieverbod 'is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different'. Zie bijvoorbeeld de arresten van 18 januari 2001 (vijf zaken waaronder *Chapman/UK*), 26 februari 2002 (*Fretté/France*), en 29 april 2002 (*Pretty/UK*). Zie ook de beslissingen van 7 september 2004 (*Tanyolaç/Turkey*) en 6 januari 2005 (*Hoogendijk/Nederland*; hierboven besproken in paragraaf 2). De enige andere keer dat het Hof net als in Thlimmenos een verboden gelijke behandeling aannam, is te vinden in het arrest van 26 february 2004 (*Nachova and others/Bulgaria*). Zie ook mijn bijdrage in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65-66.

55 Zie onder meer de oordelen 1998-131, 1999-10, 2002-188 en 2003-47.

56 Hoewel de CGB in overweging 5.20 van oordeel 2004-32 en overweging 4.17 van oordeel 2004-33 impliciet dicht in de buurt komt van een dergelijke benadering.

57 Bij de implementatie van de richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG heeft de Nederlandse wetgever nagelaten de definitie van indirect onderscheid tekstueel in overeenstemming te brengen met de definitie van die richtlijnen, al zal geen verschil in betekenis bedoeld zijn. Zie paragraaf 13.2.4 van mijn hoofdstuk 'The Netherlands', in: K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi (eds.), *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states. Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination, about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation,* Leiden: Universiteit Leiden 2004 (online beschikbaar via www.emmeijers.nl/experts).

58 Ook in Richtlijn 97/80/EG is sprake van 'een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze' (zie noot 2 en noot 4).

ling (van ongelijke gevallen) die tot benadeling van een beschermde categorie personen leidt. De Nederlandse wetgeving moet zoveel mogelijk in overeenstemming met de relevante EG-richtlijnen worden uitgelegd. En dat zou de CGB in haar franchise-oordelen hebben kunnen doen. De franchise is immers een evident voorbeeld van een 'ogenschijnlijk neutrale bepaling': alle werknemers worden gelijk behandeld, maar dat levert een bijzondere benadeling op voor vrouwen, gehandicapten en andere groepen die (over de jaren) gemiddeld aanmerkelijk minder verdienen dan anderen.
Bij toepassing van het verbod om ongelijke gevallen gelijk te behandelen zouden vooral de oordelen 2004-171 en 2004-172 veel simpeler hebben kunnen luiden. In ieder geval had dan achterwege kunnen blijven de dubieuze stelling van de CGB dat een alleenstaande zich in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving niet slechts mag vergelijken met de kostwinnersrelatie (die beter af is), maar zich ook moet vergelijken met de tweeverdienersrelatie (die nog slechter af is).[59] Sinds wanneer is het geen discriminatie van B meer, wanneer deze slechter behandeld wordt dan A maar beter dan C?
De tekst van artikel 2 van Richtlijn 2000/78/EG suggereert dat een verboden gelijke behandeling van ongelijke gevallen altijd als *indirecte* discriminatie moet worden gekwalificeerd. De definitie van *directe* discriminatie veronderstelt immers dat 'iemand ongunstiger behandeld wordt dan een ander in een vergelijkbare situatie'. Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Brown* blijkt echter dat onder omstandigheden de gelijke behandeling van zwangere en niet zwangere personen als *directe* discriminatie (naar geslacht) moet worden beschouwd.[60]
Een belangrijk voordeel van een benadering van gelijke behandeling van ongelijke gevallen als een vorm van *indirect* onderscheid is volgens mij echter, dat er dan een kader is waarmee berekend kan worden of er sprake is van een bijzondere benadeling – al is dat kader nog wel voor verheldering vatbaar, zoals hierboven is gebleken.[61] Een mogelijk ander argument om in dit verband van indirect onderscheid te spreken is dat een objectieverechtvaardigingstoets bij toetsing aan dit aspect van het gelijkheidsbeginsel vaak niet gemist zal kunnen worden. Veelal zal het immers om een evenredigheidsvraag gaan, zeker wanneer men, met de CGB[62], wil toetsen aan de eis dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld 'naar de mate van hun ongelijkheid'. Volgens mij zal daarbij onderscheiden moeten worden tussen:
- het ten onrechte gelijk behandelen van ongelijke gevallen,
- het onvoldoende ongelijk behandelen van ongelijke gevallen, en
- het al te ongelijk behandelen van ongelijke gevallen.

8 CONCLUSIE

Ter voorkoming van verwarring en fouten, zou ik de CGB in overweging willen geven om in elk oordeel waarin op grond van beschikbare *of geschatte* cijfers indirect onderscheid wordt aangenomen of verworpen, een eenvoudig tabelletje op te nemen met de volgende gegevens:

59 Oordeel 2004-171, overweging 5.8, en 2004-172, overweging 5.9.
60 HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, *Jur.* 1998, p. I-4185 (*Brown*).
61 Zie de paragrafen 4 en 5, en ook de conclusies in paragraaf 8.
62 Oordeel 2003-47, overweging 5.4.

totaal aantal personen in de vermeend indirect benadeelde groep:	
percentage van die personen dat wordt getroffen door betwiste maatregel:	%
totaal aantal personen in de groep waarmee vergeleken wordt:	
percentage van die personen dat wordt getroffen door betwiste maatregel:	%
verhouding tussen beide percentages:	

Daarbij zou dan tenminste een standaardoverweging moeten komen te staan die aangeeft dat voor indirect onderscheid in beginsel vereist is dat het eerste percentage tenminste 1,5 keer zo groot is als het tweede percentage.
In bijzondere gevallen kan de CGB dan ruimte geven aan de verzoekers om, in overeenstemming met het *Seymour*-arrest van het Hof van Justitie[63], aannemelijk te maken dat er ondanks een geringer verschil tussen de percentages toch sprake is van een zo sterke correlatie dat van indirect onderscheid gesproken kan worden. Aan wederpartijen zou de CGB toe moeten staan om bij kleine aantallen (bijvoorbeeld minder dan 100 aan een regeling onderworpen personen) met behulp van een correlatietoets aannemelijk te maken dat het eerste percentage weliswaar 1,5 keer zo groot is als het tweede, maar dat de samenhang niet sterk genoeg is. Bovendien zou de CGB in de zeldzame gevallen waarin gewerkt wordt met een steekproef de wederpartij de ruimte moeten geven om aan te tonen dat de correlatie niet significant is.
Al met al zou er dan nog slechts in bepaalde bijzondere gevallen aanleiding zijn voor toepassing van de huidige ingewikkelde Correlatietoets en/of Chikwadraattoets. Zolang er geen transparantere alternatieven zijn gevonden voor deze toetsen, zal de CGB meer aandacht moeten besteden aan het uitleggen en motiveren van de toepassing van die toetsen.[64]
Of de hier voorgestelde tabel zich ook goed zal laten gebruiken om vast te stellen of een omstreden *gelijke* behandeling van ongelijke gevallen verboden (indirect) onderscheid oplevert, zal de tijd moeten leren. Het verdient volgens mij echter aanbeveling om ook dergelijke zaken op die manier te benaderen, en daarmee het verbod van gelijke behandeling van ongelijke gevallen een duidelijker plaats te geven in de gereedschapskist en de jurisprudentie van de CGB.

63 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 61 (*Seymour*).
64 Bij mij is de ooit als scholier en eerstejaarsstudent opgedane statistische kennis voldoende weggezakt om mij hier als spreekbuis te profileren van jurist-leken die vinden dat de toepassing van statistiek niet tot onbegrijpelijkheid van juridische oordelen mag leiden. Tegelijkertijd is deze kennis te ver weggezakt om adequate alternatieven te durven voorstellen.

OORDELEN

04 | 01

7 januari 2004

(mr. E.N. Brons (voorzitter), mr. drs. M.G. Nicolaï en mr. M. Greebe)

Artikel 1b WGB
Artikel 7:646 BW
Artikel 7:646 lid 1 BW

Verzoek over periode 3 mei 1978 – 1 januari 1988 niet-ontvankelijk. Geen onderscheid op grond van geslacht, door verzoekster in periode 1 januari 1988 – 17 mei 1990 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling te geven, omdat zij standby-kracht was.

Verzoekster heeft van 3 mei 1978 tot en met februari 2002 op basis van een oproepcontract bij verweerder, een uitzendorganisatie, gewerkt. Vanaf 17 mei 1990 was zij aangesloten bij de pensioenregeling van verweerder. Van 3 mei 1978 tot 17 mei 1990 heeft zij geen pensioen opgebouwd, omdat zij werkzaam was als standby-kracht en zich daarom niet kon aansluiten bij de pensioenregeling van verweerder. Verzoekster heeft de Commissie verzocht een oordeel te geven over de vraag of verweerder onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar in deze periode uit te sluiten van de pensioenregeling. Omdat niet aannemelijk is geworden dat er vóór 1 januari 1988 een pensioenregeling bestond bij verweerder, kan het verzoek om aansluiting bij de pensioenregeling, voor de periode 3 mei 1978 – 1 januari 1988 niet in behandeling worden genomen.
Voor de periode van 1 januari 1988 – 17 mei 1990 geldt dat er geen sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht, nu verzoekster het recht op aansluiting niet is ontzegd vanwege haar geslacht, maar vanwege het feit dat zij standby-kracht was. Aan de hand van de door verweerder en de pensioenverzekeraar ter beschikking gestelde gegevens uit het personeelsbestand van verweerder, is vervolgens nagegaan of vrouwen in overwegende mate worden getroffen door het uitsluiten van standby-krachten, waardoor er sprake zou zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht. Aan de hand van de Correlatie- en Chikwadraattoets kan, ook indien er sprake is van een klein personeelsbestand zoals in dit geval, worden nagegaan of een bepaalde maatregel indirect onderscheid oplevert. De uitkomsten van de berekeningen aan de hand van bovengenoemde toetsen laten zien dat verweerder geen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door standby-krachten geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling toe te kennen. Verweerder heeft derhalve geen onderscheid op grond van geslacht gemaakt.
Geen strijd met de wet.

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 verweerder in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling door haar van 3 mei 1978 tot 17 mei 1990 uit te sluiten van de pensioenregeling.
De Commissie heeft verweerder in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren met een verweerschrift.
Op 17 juni 2003 is het verweerschrift door de Commissie ontvangen.
Zowel verzoeker als verweerder heeft een aantal door de Commissie gestelde vragen beantwoord.

1.2 Op 5 november 2003 heeft de Commissie een verklaring ontvangen van ..., hierna: salarisadministrateur, die in de tijd dat verzoekster bij verweerder werkzaam was op de afdeling Salarisadministratie werkte. In deze verklaring geeft hij aan dat standbykrachten destijds niet verplicht waren gehoor te geven aan een oproep van verweerder.

1.3 Verzoekster heeft tevens een verzoek om een oordeel ingediend tegen ..., hierna: de pensioenverzekeraar.

1.4 Op 11 november 2003 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht. Beide verzoeken zijn op de zitting van 11 november 2003 gevoegd behandeld.

1.5 Voor de beoordeling zijn de zaken weer gesplitst.
In de zaak tegen de pensioenverzekeraar is een oordeel uitgesproken met oordeelnummer 2004-2.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster heeft van 3 mei 1978 tot en met februari 2002 op basis van een oproepcontract gewerkt bij de rechtsvoorganger van verweerder, een uitzendorganisatie.
Verzoekster nam geen deel in de pensioenregeling.

2.2 Het vanaf 1 januari 1988 van toepassing zijnde pensioenreglement bepaalde dat een werknemer pensioenaanspraken verkreeg zodra hij/zij een volledig dienstverband had voor onbepaalde tijd en ouder was dan dertig jaar.

2.3 Op 27 december 1994 heeft verzoekster verweerder verzocht haar met terugwerkende kracht vanaf 3 mei 1978 op te nemen in de pensioenregeling.

2.4 Op 12 september 1995 heeft verweerder verzoekster aangemeld bij de pensioenverzekeraar. In deze aanmelding is vermeld dat verzoekster met terugwerkende kracht tot 17 mei 1990 opgenomen moest worden in de pensioenregeling.

2.5 Op 8 februari 1996 heeft verzoekster een verzoek ingediend bij de pensioenverzekeraar om met ingang van 3 mei 1978 opgenomen te worden in de pensioenregeling. In antwoord op deze brief heeft de pensioenverzekeraar verzoekster op 25 april 1996 meegedeeld dat hij niet bevoegd was om verzoekster een aanspraak op pensioen toe te kennen of om een bepaalde aanspraak uit te breiden. Daarvoor diende verzoekster zich volgens de pensioenverzekeraar te wenden tot haar werkgever.

2.6 Op 28 februari 1997 ontving verzoekster van verweerder een brief, waarin haar werd meegedeeld dat zij geen deelnemer is in de pensioenregeling.

2.7 In een brief van 6 april 1999 heeft verweerder verzoekster laten weten dat zij met ingang van 17 mei 1990 alsnog kon deelnemen in de pensioenregeling. Verzoekster ging hiermee akkoord, maar liet verweerder tevens weten dat zij van mening was dat zij met ingang van 3 mei 1978 zou moeten kunnen deelnemen in de pensioenregeling.

2.8 Verweerder heeft hierop bij brief van 9 september 1999 gereageerd dat verzoekster in principe, met het oog op de inwerkingtreding van de Wet verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur op 1 november 1996, slechts met ingang van 1 november 1996 recht heeft op deelname in de pensioenregeling. Om verzoekster tegemoet te komen heeft verweerder echter aansluiting gezocht bij de datum van het Barber-arrest (HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88, *NJ* 1992/436).

2.9 Verweerder heeft verklaard niet (meer) te beschikken over gegevens betreffende de samenstelling van het personeelsbestand van de rechtsvoorganger van verweerder over de periode 1978-1990. Wel heeft verweerder, met betrekking tot de samenstelling van de personeelsbestanden van uitzendorganisaties in het algemeen, gemeld dat het merendeel (85-90%) van het personeel uit vrouwen bestaat. De organisatie van de rechtsvoorganger van verweerder vormde hierop, voor zover bekend, geen uitzondering.

2.10 Tevens heeft verweerder verklaard dat er in de vorengenoemde periode vijftien tot twintig werknemers in dienst waren met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarnaast werkten er drie standbykrachten, waaronder verzoekster, die allen vrouw waren.

2.11 De pensioenverzekeraar heeft ter zitting verklaard dat tien werknemers van verweerder, waarvan acht vrouwen en twee mannen, bij hem verzekerd waren op basis van de pensioenregeling. Daarnaast waren er twee mannen en drie vrouwen, die niet voldeden aan de eis van de toetredingsleeftijd, bij hem verzekerd op basis van risicodekking.

2.12 Uit algemene landelijke cijfers over typen dienstverband en geslacht blijkt het volgende (*Sociale Atlas van de vrouw. Deel 2, Arbeid, inkomen en faciliteiten om werken en de zorg voor kinderen te combineren*, Rijswijk: Sociaal en Cultureel Planbureau 1993, p. 65):

	Percentage vrouwelijke werknemers met een contract voor bepaalde tijd	**Percentage mannelijke werknemers met een contract voor bepaalde tijd**	**factor**
Jaar			
1985	4,7+5,2+2,8= 12,7	3,7+3,3+0,4= 7,4	1,72
1986	6,3+4,1+3,2= 13,6	2,7+2,6+0,0= 5,3	2,57
1988	4,0+4,7+4,1= 12,8	3,9+2,4+0,2= 6,5	1,97
1990	7,5+4,4+3,6= 15,5	4,0+2,4+0,3= 6,7	2,31

In voorgaande tabel wordt met de factor aangegeven hoeveel vaker vrouwen dan mannen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hadden.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoekster is van mening dat zij van 3 mei 1976 tot 17 mei 1990 ten onrechte uitgesloten is van deelname in de pensioenregeling van verweerder.

3.2 Verweerder maakt indirect onderscheid op grond van geslacht omdat door de uitsluiting van standby-krachten in overwegende mate vrouwen getroffen worden. Aangezien er in het onderhavige geval geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is op grond waarvan verzoekster uitgesloten mag worden van de pensioenregeling, maakt verweerder ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht.

3.3 Verweerder heeft haar weliswaar uiteindelijk met terugwerkende kracht vanaf 17 mei 1990 op willen nemen in de pensioenregeling, maar verzoekster is van mening dat zij op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) recht heeft op deelname aan de pensioenregeling met terugwerkende kracht tot de datum van haar indiensttreding, 3 mei 1978. Nu verweerder haar deze mogelijkheid niet biedt, maakt hij onderscheid op grond van geslacht, omdat het op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG verboden is om (gehuwde) vrouwen en deeltijders uit te sluiten van de pensioenregeling.

3.4 Desgevraagd heeft verzoekster verklaard niet te weten of er, zoals de pensioenverzekeraar stelt, voor 1 januari 1988 bij verweerder een pensioenregeling was. Verzoekster is er altijd vanuit gegaan dat er reeds ten tijde van haar indiensttreding een pensioenregeling getroffen was door de rechtsvoorganger van verweerder en heeft daarom op advies van het Instituut Vrouw en Arbeid reparatie van haar pensioen gevraagd met terugwerkende kracht tot de datum van haar indiensttreding, 3 mei 1978.

3.5 Verzoekster is, in tegenstelling tot hetgeen verweerder stelt, van mening dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat zij wel verplicht was gehoor te geven aan een oproep. Tevens staat op grond van de beschikbare stukken vast dat er vanaf 1978 een bestendig werkpatroon zichtbaar is. Met de stelling van verweerder, dat er een te vrijblijvende relatie was om van een doorlopende arbeidsovereenkomst te kunnen spreken, is verzoekster het daarom niet eens. Aan de eis die de destijds geldende CAO stelde aan deelname in de pensioenregeling, namelijk het hebben van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is derhalve voldaan.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERDER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Verweerder is van mening dat hij jegens verzoekster geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar van 3 mei 1978 tot 17 mei 1990 uit te sluiten van de pensioenregeling.

4.2 Verweerder heeft desgevraagd verklaard, evenals de pensioenverzekeraar niet op de hoogte te zijn van een bij zijn rechtsvoorganger bestaande pensioenregeling vóór 1 januari 1988. Verweerder gaat er dan ook van uit dat er voor deze datum bij de rechtsvoorganger geen pensioenregeling getroffen was voor diens werknemers.

4.3 Op 27 december 1994 heeft verzoekster verzocht om deelneming in de pensioenregeling. Verweerder heeft verzoekster vervolgens met terugwerkende kracht tot 17 mei 1990 in de gelegenheid gesteld om deel te nemen in de pensioenregeling. Verweerder is dan ook van mening dat zij welwillend is geweest ten opzichte van verzoekster.

4.4 De indertijd van toepassing zijnde Collectieve arbeidsovereenkomst van de Algemene Bond van Uitzendbureaus (CAO) bracht een (geoorloofd) onderscheid aan tussen werknemers met een oproepovereenkomst en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het onderscheid dat indertijd is gemaakt, is derhalve gebaseerd op een objectieve reden, namelijk onderscheid dat direct is terug te voeren op de CAO. Dit onderscheid betreft een objectief gerechtvaardigd en dus geoorloofd onderscheid op basis van de CAO.

4.5 Dit onderscheid werd destijds toegepast bij alle krachten die op basis van een oproepovereenkomst functioneerden. Verweerder hecht eraan te benadrukken dat voor de standby-krachten, en met name ook voor verzoekster, het uitdrukkelijke recht bestond om een oproep te weigeren. Dit blijkt ook uit de verklaring van de salarisadministra-

teur (zie 1.2). Tevens hebben twee andere standby-krachten, die tegelijk met verzoekster werkten bij verweerder, aan verweerder verklaard dat er geen verplichting bestond om gehoor te geven aan een oproep van verweerder. Juridisch dient de overeenkomst met verzoekster dan ook te worden gekwalificeerd als een oproepovereenkomst. Verweerder bestrijdt dat er sprake is geweest van een arbeidsovereenkomst, omdat in dat geval de werknemer gehouden zou zijn gehoor te geven aan een oproep.

4.6 Verweerder wijst er op dat bij de vaststelling van welke overeenkomst sprake is geweest, moet worden uitgegaan van het recht dat van toepassing was over de periode 1978 tot en met 1990. De onder invloed van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid opgekomen arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieverplichting was indertijd nog niet aan de orde. Omdat het hier geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betrof was verweerder op grond van de CAO gerechtigd om een onderscheid te maken.

4.7 Op 1 november 1996 is artikel 7:648 Burgerlijk Wetboek (BW) in werking getreden dat een onderscheid naar verschil in arbeidsduur verbiedt, tenzij het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Per 1 april 2003 is verdere regelgeving van kracht geworden. Met name artikel 7:649 BW verbiedt een onderscheid in arbeidsvoorwaarden bij contracten voor bepaalde of onbepaalde tijd. A contrario volgt daaruit dat vóór 1 november 1996 nog geen wet- en regelgeving gold op dit gebied.

4.8 De regels die golden vloeiden dus voort uit artikel 119 EG-Verdrag en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het HvJ EG. Uit deze jurisprudentie valt het volgende af te leiden.
Door het HvJ EG is in het Barber-arrest aangenomen dat een beroep op de rechtstreekse werking van artikel 119 EG-Verdrag eerst met ingang van 17 mei 1990 kan worden gedaan. In het Beune-arrest (HvJ EG 28 september 1994, zaak C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471) is deze uitspraak verfijnd door aan te nemen dat een recht op opbouw van pensioen alleen kan worden verworven over dienstjaren ná 17 mei 1990.

4.9 Tegenover het Barber-arrest en het Beune-arrest lijken te staan de arresten van Vroege en Fisscher (respectievelijk HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541 en HvJ EG 28 september 1994, zaak 128/93, *Jur.* 1994, p. I-4583). In deze uitspraken wordt bepaald dat een verzoek tot aansluiting bij een pensioenregeling terugwerkende kracht heeft vanaf 8 april 1976, omdat vanaf die datum als gevolg van het Defrenne II-arrest rechtstreekse werking aan artikel 119 EG-Verdrag kan worden ontleend. Verweerder is van mening dat hier echter geen sprake is van tegenstrijdigheid. De arresten Barber en Beune gaan over het recht op het verwerven van aanspraken krachtens een pensioenregeling. De arresten Vroege en Fisscher betreffen het recht op aansluiting bij een pensioenregeling.

4.10 Bij het verzoek van verzoekster gaat het om het verwerven van aanspraken. In het eerder genoemde Vroege-arrest is de rechter van oordeel dat het recht op aansluiting betekent dat weliswaar recht bestaat op aansluiting bij een pensioenregeling, doch slechts onder de voorwaarden zoals die zijn opgenomen in het pensioenreglement. In casu bestond een voorwaarde dat enkel werknemers met een vast contract en derhalve geen oproepovereenkomst, aanspraak konden maken op deelname in de pensioenregeling.

4.11 Nu op basis van de CAO enkel aanspraken kunnen worden verworven indien sprake is van een arbeidsovereenkomst heeft verzoekster derhalve geen aanspraken verworven vanaf 3 mei 1978. Tenslotte wijst verweerder er op dat in het Barber-arrest werd beslist dat de gevolgen van dit arrest geen terugwerkende kracht hebben vóór 17 mei 1990.

4.12 Bovenstaande omstandigheden in aanmerking nemend, is verweerder van mening dat verzoekster ook met een beroep op de arresten Vroege en Fisscher geen aanspraken heeft verworven over de periode voor 17 mei 1990. Op grond hiervan is verweerder dan ook van mening dat hij geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt jegens verzoekster.

5 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

5.1 In geding is de vraag of verweerder jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar van 3 mei 1978 tot 17 mei 1990 geen recht te geven op aansluiting bij de pensioenregeling, vanwege de aard van haar contract.

5.2 In verband met de beantwoording van de in geding zijnde vraag, is het volgende van belang. Verzoekster heeft niet aannemelijk

gemaakt dat er vóór 1 januari 1988 een pensioenregeling bestond. Zowel verweerder, als de pensioenverzekeraar, hebben gemotiveerd bestreden dat zulks het geval was. Derhalve gaat de Commissie er van uit dat er eerst vanaf 1 januari 1988 een pensioenregeling was.

5.3 Het verzoek om een oordeel over de vraag of verweerder onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door verzoekster, voor de periode van 3 mei 1978 tot 1 januari 1988, geen recht te geven op aansluiting bij de pensioenregeling, is derhalve niet-ontvankelijk.

5.4 Ten aanzien van de vraag of verweerder jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar van 1 januari 1988 tot 17 mei 1990 geen recht te geven op aansluiting bij de pensioenregeling gelden de volgende overwegingen.

5.5 Op 10 maart 1997 is richtlijn 89/378/EEG, (Barber-richtlijn) in werking getreden. Deze richtlijn is gericht op de implementatie van de jurisprudentie van het HvJ EG ter zake van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij aanvullende pensioenregelingen op grond van artikel 141 EG (voorheen artikel 119 EG-Verdrag).

5.6 In Artikel III van de Wet van 12 maart 1998, ter implementatie van de Barber-richtlijn, is bepaald dat het BW en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) met betrekking tot de *opbouw* van pensioenaanspraken voor werknemers terugwerkende kracht hebben tot en met 17 mei 1990. In geval van recht op *aansluiting* bij een pensioenvoorziening werken deze regels terug tot 8 april 1976 (arresten Vroege en Fisscher). In het geval van verzoekster gaat het, anders dan verweerder stelt, om het recht op aansluiting van verzoekster bij de pensioenregeling. Verzoekster heeft derhalve, indien er jegens haar onderscheid op grond van geslacht zou zijn gemaakt, recht op aansluiting met terugwerkende kracht tot – in beginsel – 8 april 1976. Nu voor 1 januari 1988 geen pensioenregeling gold, heeft dit recht op aansluiting bij de pensioenregeling in dit geval geen verder terugwerkende kracht dan tot 1 januari 1988.

5.7 Onbetwist is dat verzoekster zich niet kon aansluiten bij de pensioenregeling op grond van de aard van haar dienstverband. Het feit dat zij standby-kracht was en hierdoor geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, is voor verweerder de reden geweest om haar geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling te geven. In het navolgende zal worden ingegaan op de vraag of dit in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is.

5.8 Artikel 1b WGB bepaalt dat onder meer artikel 7:646 BW van overeenkomstige toepassing is, ingeval een natuurlijk persoon, rechtspersoon of bevoegd gezag een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten, anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling. De bedoeling van het bepaalde in artikel 1b WGB is de reikwijdte van de gelijkebehandelingsnorm, die is neergelegd in artikel 7:646 BW, uit te breiden tot elke arbeidsverhouding waarin onder gezag van een ander arbeid wordt verricht. De standby-overeenkomst dient te worden gekwalificeerd als een arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 1b WGB.
Op grond van het bepaalde in artikel 1b WGB in samenhang met artikel 7:646, eerste lid, BW is het verweerder – ongeacht of verzoeksters arbeidsverhouding kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst – verboden onderscheid te maken op grond van geslacht bij de arbeidsvoorwaarden. Hieronder valt ook het recht op aansluiting bij een pensioenregeling.

5.9 Indien mocht worden geoordeeld dat verweerder onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, moet de vraag worden beantwoord of het dan gaat om direct dan wel indirect onderscheid op grond van geslacht. Op dit punt geldt dat het niet toekennen van het recht op aansluiting bij de pensioenregeling aan verzoekster niet samenhing met haar geslacht, maar met de aard van haar arbeidsverhouding. Derhalve kan geen sprake zijn van direct onderscheid op grond van geslacht.

5.10 Een verschil in arbeidsvoorwaarden vanwege de aard van een arbeidsovereenkomst kan indirect onderscheid op grond van geslacht tot gevolg hebben, indien in overwegende mate vrouwen getroffen worden door dit verschil. Indirect onderscheid op grond van geslacht is niet verboden indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Een objectieve rechtvaardiging zou in bepaalde gevallen gelegen kunnen zijn in het feit dat een werknemer niet volgens een bestendig arbeidspatroon en niet gedurende langere tijd werkzaamheden heeft verricht.

5.11 Om te kunnen vaststellen of vrouwen in overwegende mate worden getroffen door het gemaakte onderscheid zijn cijfers van belang met betrekking tot de mate waarin mannen en vrouwen op grond van standby-contracten werkten in verweerders onderneming (CGB 21 november 2002, oordeel 2002–189), respectievelijk op de arbeidsmarkt in het algemeen. Noch verzoeker noch verweerder hebben dergelijke cijfers geproduceerd. Desgevraagd heeft verweerder verklaard dat deze cijfers met betrekking tot zijn onderneming respectievelijk diens voorganger niet voor handen zijn.

5.12 Uit de algemene landelijke cijfers (zie 2.12) blijkt echter, dat vrouwen in zijn algemeenheid in de periode van 1 januari 1988 tot 17 mei 1990 significant vaker dan mannen werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Derhalve zouden zij relatief gezien significant vaker getroffen worden door het niet toekennen van het recht op aansluiting bij de pensioenregeling aan standby-krachten. Volgens vaste jurisprudentie van de Commissie (zie onder meer CGB 21 november 2002, oordeel 2002-189) dient echter bij het vaststellen van indirect onderscheid in beginsel te worden gekeken naar de gegevens uit het personeelsbestand van de individuele werkgever, in casu verweerder. Omdat het gaat om mogelijk onderscheid binnen de arbeidsverhouding tussen verzoekster en verweerder zijn de gegevens uit het personeelsbestand van de werkgever in beginsel maatgevend bij het vaststellen van indirect onderscheid.

5.13 Verweerder heeft verklaard dat hoewel hij niet beschikt over exacte personeelsgegevens, hij wel weet dat destijds 15 tot 20 werknemers met een vast dienstverband werkzaam waren voor de rechtsvoorganger van verweerder. Tevens heeft verweerder verklaard dat ongeveer 85% van de werknemers vrouw waren. Dit leidt tot de conclusie dat er 12,75 tot 17 vrouwelijke werknemers en 2,25 tot 3 mannelijke werknemers met een vast contract in dienst van de rechtsvoorganger van verweerder waren. Naast het vaste personeel werkten er 3 standby-krachten bij de rechtsvoorganger van verweerder, die allen vrouw waren.
De pensioenverzekeraar heeft verklaard dat 10 werknemers van verweerder, waarvan 8 vrouwen en 2 mannen, bij hem verzekerd waren op basis van de pensioenregeling.

5.14 Op het eerste gezicht ziet het er op grond van deze gegevens naar uit dat onevenredig meer vrouwen dan mannen door het gemaakte onderscheid worden getroffen. Nu het gaat om geringe aantallen, hetgeen een vertekend beeld kan opleveren, moet aan de hand van de Correlatietoets en vervolgens de Chikwadraattoets worden nagegaan of het niet toekennen van het recht op aansluiting bij de pensioenregeling aan standby-krachten, indirect onderscheid op grond van geslacht oplevert.[1]
Aan de hand van de Correlatie en Chikwadraattoets kan, ook indien het een klein personeelsbestand betreft, worden berekend of er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. De Commissie heeft deze toets op de door verweerder en de pensioenverzekeraar aangeleverde gegevens toegepast (zie bijlage).

5.15 De berekeningen, zoals weergegeven in de bijlage, leiden tot het oordeel dat verweerder geen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door verzoekster van 1 januari 1988 tot 17 mei 1990 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling toe te kennen, vanwege het feit dat zij standby-kracht was.

6 OORDEEL

De Commissie gelijke behandeling spreekt als haar oordeel uit dat:
- het verzoek om een oordeel, over de vraag of . . . . jegens
  . . . . onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar van 3 mei 1978 tot 1 januari 1988 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling toe te kennen, niet-ontvankelijk is;
- . . . . geen onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht jegens . . . . door haar van 1 januari 1988 tot 17 mei 1990 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling toe te kennen vanwege het feit dat zij standby-kracht was.

---

1 *De theoretische achtergrond kan men vinden in bijvoorbeeld: Nijdam en Van Buren: Statistiek voor de Sociale Wetenschappen, delen I en II- Alphen aan den Rijn: Samson.*

Bijlage bij oordeel 2004-01

1 CORRELATIETOETS EN CHIKWADRAATTOETS

1.1 Met de Correlatietoets (φ-toets) is te berekenen of er een samenhang bestaat tussen een bepaalde regeling en de benadeling van een groep. Vervolgens is met de Chikwadraattoets te berekenen of de samenhang significant en niet toevallig is.

1.2 De samenhang of correlatie wordt uitgedrukt in een correlatiecoëfficiënt (φ) en is te bepalen met de volgende formule:

$$\varphi = (a*d - b*c)/\sqrt{(a+c)(b+d)(a+b)(c+d)}$$

De letters staan hierbij voor de volgende grootheden:
φ = de samenhang of correlatie;
a = het aantal door de regeling benadeelde personen uit de vermeend benadeelde groep (= de vrouwelijke standby-krachten);
b = het aantal door de regeling benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (= de mannelijke standby-krachten);
c = het aantal door de regeling niet-benadeelde personen uit de vermeend benadeelde groep (= de vrouwelijke werknemers die pensioen opbouwden);
d = het aantal door de regeling niet-benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (= de mannelijke werknemers die pensioen opbouwden);

1.3 Toepassing van de formule geeft de volgende resultaten voor de situatie waarin er sprake is van 12,75 vrouwelijke en 2,25 mannelijke werknemers met een contract voor onbepaalde tijd en 3 vrouwelijke en 0 mannelijke standby-krachten:

a = 3 φ = (a*d - b*c)/√(a+c)(b+d)(a+b)(c+d)
b = 0 φ = (3*2,25-0*12.75)/√(3+12,75)(0+2,25)(3+0)(12,75+2,25)
c = 12,75 φ = 6,75/√1594,69 = 0,17
d = 2,25

1.4 Toepassing van de formule geeft de volgende resultaten voor de situatie waarin er sprake is van 17 vrouwelijke en 3 mannelijke werknemers met een contract voor onbepaalde tijd en 3 vrouwelijke en 0 mannelijke standby-krachten:

a = 3 φ = (a*d - b*c)/√(a+c)(b+d)(a+b)(c+d)
b = 0 φ = (3*3-0*17)/√(3+17)(0+3)(3+0)(17+3)
c = 17 φ = 9/√3600 = 0,15
d = 3

1.5 Bij een φ gelijk aan 0 bestaat er totaal geen samenhang. Als φ de waarde 1,0 heeft is de samenhang maximaal. Gesteld kan worden dat er, in het kader van de beoordeling of er indirect onderscheid is gemaakt, bij een ondergrens van $\varphi > 0{,}20$ voldoende samenhang is. In bovenstaande situaties is er onvoldoende samenhang tussen de uitsluiting van standby-krachten en de benadeling van vrouwelijke werknemers en is er derhalve geen sprake van indirect onderscheid op grond van geslacht.

1.6 Aangezien ook de pensioenverzekeraar gegevens heeft overgelegd over het aantal werknemers dat bij hem verzekerd was volgens de pensioenregeling (zie 2.11), heeft de Commissie ook met gebruik van deze gegevens berekend of er indirect onderscheid op grond van geslacht is gemaakt.

1.7 a = 3 φ = (a*d - b*c)/√(a+c)(b+d)(a+b)(c+d)
b = 0 φ = (3*2-0*8)/√(3+8)(0+2)(3+0)(8+2)
c = 8 φ = 6/√660 = 0,23
d = 2

1.8 In deze situatie is de φ groter dan de grenswaarde 0,20 en is er derhalve wel samenhang tussen de uitsluiting van standby-krachten en de benadeling van vrouwelijke werknemers.

1.9 Vervolgens rest de vraag of de geconstateerde samenhang niet toevallig is. Dit is vast te stellen met de Chikwadraattoets, die de volgende formule hanteert:

$$\chi^2 = N*\varphi^2$$

De letters staan voor de volgende grootheden:

χ^2 = significantie van de samenhang
N = de totale groepsgrootte (a + b + c + d)
φ = de correlatie in het kwadraat

Op basis van het berekende significantieniveau kan de grenswaarde voor de -toets uit tabellen worden opgezocht. Bij een eenzijdige χ^2-toets (het effect gaat één kant op – bijvoorbeeld vrouwen) ligt deze grenswaarde op 2,7. Naarmate de uitkomst hoger is, is de gevonden samenhang steeds significanter, dat wil zeggen minder toevallig en dus betekenisvoller.

1.10 De χ^2-toets levert in de onderhavige situatie de volgende resultaten:

N = 13 $\chi^2 = N*\varphi$
φ = 0,23 $\chi^2 = 13*0{,}23$
$\chi^2 = 0{,}71$

1.11 In de bovenstaande situatie komt de χ^2 niet boven de grenswaarde van 2,7. Daaruit dient geconcludeerd te worden dat de in 1.7 gevonden samenhang onvoldoende significant is en dat er op grond hiervan geen sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht.

2 CONCLUSIE

2.1 Op grond van bovenstaande berekeningen is er geen sprake van indirect onderscheid op grond van geslacht door de uitsluiting van standby-krachten van deelname in de pensioenregeling.

04 | 02

7 januari 2004

Artikel 1b WGB
Artikel 12b WGB
Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 BW

Verzoek over periode 3 mei 1978 – 1 januari 1988 niet-ontvankelijk. Geen onderscheid op grond van geslacht, door verzoekster in periode 1 januari 1988 – 17 mei 1990 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling te geven, omdat zij standby-kracht was.

Verzoekster heeft van 3 mei 1978 tot en met februari 2002 op basis van een oproepcontract bij haar werkgever, een uitzendorganisatie, gewerkt. Vanaf 17 mei 1990 was zij aangesloten bij de pensioenregeling van de werkgever. Van 3 mei 1978 tot 17 mei 1990 heeft zij geen pensioen opgebouwd, omdat zij werkzaam was als standby-kracht en zich daarom niet kon aansluiten bij de pensioenregeling van de werkgever. Verweerster is de pensioenverzekeraar die de pensioenregeling van de werkgever uitvoert. Verzoekster heeft de Commissie verzocht een oordeel te geven over de vraag of verweerster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar in deze periode uit te sluiten van de pensioenregeling. Omdat niet aannemelijk is geworden dat er vóór 1 januari 1988 een pensioenregeling bestond bij de werkgever, kan het verzoek om aansluiting bij de pensioenregeling, voor de periode 3 mei 1978 – 1 januari 1988 niet in behandeling worden genomen.
Voor de periode van 1 januari 1988–17 mei 1990 geldt dat er geen sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht, nu verzoekster het recht op aansluiting niet is ontzegd vanwege haar geslacht, maar vanwege het feit dat zij standby-kracht was. Aan de hand van de door verweerster en de werkgever ter beschikking gestelde gegevens uit het personeelsbestand van de werkgever, is vervolgens nagegaan of vrouwen in overwegende mate worden getroffen door het uitsluiten van standby-krachten, waardoor er sprake zou zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht. Aan de hand van de Correlatie- en Chikwadraattoets kan, ook indien er sprake is van een klein personeelsbestand zoals in dit geval, worden nagegaan of een bepaalde maatregel indirect onderscheid oplevert. De uitkomsten van de berekeningen aan de hand van bovengenoemde toetsen laten zien dat verweerster geen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door standby-krachten geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling toe te kennen. Verweerster heeft derhalve geen onderscheid op grond van geslacht gemaakt.
Geen strijd met de wet.

04 | 03

15 januari 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 5 lid 1 AWGB

Verweerder maakt onderscheid op grond van ras jegens verzoeker door onzorgvuldige sollicitatieprocedure.

Verzoeker is van Oekraïense afkomst. Verweerder is een organisatie die zich onder meer richt op het begeleiden en coachen van afgestudeerde IT-ers. Verweerder biedt een duale opleiding aan, waarbij één dag per week een opleiding gevolgd wordt en vier dagen per week gewerkt wordt bij een opdrachtgever. Verzoeker heeft zijn interesse voor de duale opleiding aan verweerder kenbaar gemaakt door middel van een brief en een curriculum vitae. Verweerder heeft verzoeker afgewezen voor de opleiding. Verzoeker heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of zijn afkomst bij deze afwijzing een rol heeft gespeeld.
Verweerder heeft een duidelijk, op schrift gesteld profiel voor de duale student, waarin de sollicitatieprocedure, de selectiecriteria en de functie-eisen zijn opgenomen. Dit profiel is echter niet ter beschikking gesteld aan sollicitanten. Sollicitanten konden telefonisch contact opnemen met verweerder indien zij informatie wilden. De Commissie oordeelt dat verweerder niet heeft voldaan aan de eisen die de gelijkebehandelingswetgeving aan een zorgvuldige sollicitatieprocedure stelt. Het slechts mondeling informeren van

sollicitanten is geen deugdelijke manier van informatie verschaffen, nu hiermee het risico wordt vergroot dat niet alle sollicitanten op gelijke of volledige manier worden geïnformeerd. Deze manier van informatie verschaffen is in het bijzonder benadelend voor sollicitanten van niet-Nederlandse afkomst, nu deze in het algemeen vanwege een minder volledige beheersing van de Nederlandse taal of vanwege andere culturele achtergronden minder inzicht hebben in de gebruiken die gelden bij sollicitaties. Verweerder heeft door de ondoorzichtige procedure het vermoeden gewekt dat de afkomst van verzoeker bij zijn afwijzing mede een rol heeft gespeeld. Verweerder heeft aan verzoeker en de Commissie verschillende en deels tegenstrijdige verklaringen gegeven voor de afwijzing van verzoeker. Verweerder heeft het vastgestelde vermoeden van onderscheid niet kunnen weerleggen en heeft derhalve jegens verzoeker onderscheid op grond van ras gemaakt.
Strijd met de wet.

04 | 04

19 januari 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 7:646 lid 1 BW

Onderscheid op grond van geslacht bij de beloning; geen onderscheid op grond van nationaliteit.

Verweerder is een Europees instituut dat onder meer professionele trainingen verzorgt. Bij de vertaaldienst, onderverdeeld in de secties Engels, Frans en Duits, waren vijf vertalers werkzaam, twee mannen en drie vrouwen, met vijf verschillende nationaliteiten. Een mannelijke vertaler, voorheen hoofd vertaaldienst, bleef ingeschaald als hoofd vertaaldienst. De overige vertalers waren ingeschaald als vertaler.
Verzoekster heeft de Duitse nationaliteit en is de enige vertaler bij de sectie Duits. Verzoekster stelt dat verweerder bij de beloning onderscheid heeft gemaakt op grond van nationaliteit, omdat het Engels en het Frans belangrijker worden geacht dan het Duits, alsmede op grond van geslacht omdat een aantal mannelijke collega's hoger wordt beloond. Ook heeft verweerder onderscheid gemaakt op grond van geslacht door haar niet toe te staan een seniortitel te voeren. Geoordeeld wordt dat, afgezien van de vraag of het door verzoekster gelegde verband tussen de nationaliteit van de vertaler en de taal waarnaar wordt vertaald terecht is, een aantal van vijf vertalers met vijf verschillende nationaliteiten onvoldoende aanknopingspunten biedt om te concluderen tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit.
Door verzoekster te belonen overeenkomstig de voor vertaler geldende functieschaal en het voormalig hoofd vertaaldienst naar een hogere functieschaal maakt verweerder onderscheid op grond van geslacht. Ten aanzien van de andere maatmannen kan, gelet op het aantal relevante dienstjaren van verzoekster, niet worden geoordeeld dat verzoekster te laag is ingeschaald. Met betrekking tot het voeren van een seniortitel vergelijkt verzoekster zich met twee vrouwen, zodat er geen sprake is van onderscheid op grond van geslacht.
Geen strijd met de wet.

04 | 05

19 januari 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning door de voorgenomen wijze van afbouw van het salaris.

Verzoeker is een Europees instituut dat onder meer professionele trainingen verzorgt. Bij de vertaaldienst, onderverdeeld in de secties Engels, Frans en Duits, waren vijf vertalers werkzaam, twee mannen en drie vrouwen. Een mannelijke vertaler, voorheen hoofd vertaaldienst, bleef ingeschaald als hoofd vertaaldienst. De andere vertalers waren ingeschaald als vertaler. Dit leidde tot ongelijke beloning op grond van geslacht in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Om de beloning in overeenstemming te brengen met die wetgeving is verzoeker voornemens het voormalig hoofd vertaaldienst in te schalen als vertaler en het gedeelte van zijn salaris dat het maximumsalaris van vertaler te boven gaat, te verstrekken in de vorm van een persoonlijke toelage. Toekomstige salarisstijgingen van de vertalersfunctie zullen worden verstrekt onder gelijktijdige afbouw van de persoonlijke toelage met hetzelfde bedrag. Geoordeeld wordt dat de voorgenomen maatregelen de ongelijke beloning op grond van geslacht opheffen.
Geen strijd met de wet.

04 | 06

26 januari 2004

Artikel 2 lid 2 AWGB
Artikel 2 lid 3 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 12 lid 2 AWGB
Artikel 1 Besluit gelijke behandeling

Onderscheid op grond van geslacht door verzoeker geen medaille toe te kennen voor zijn looprestaties.

Verzoeker heeft deelgenomen aan een door verweerder georganiseerd vierdaags wandelevenement. Verzoeker diende dagelijks de reglementaire afstand van 50 kilometer af te leggen om in aanmerking te komen voor een officiële beloning, in de vorm van het zogenaamde Vierdaagsekruis. Voor vrouwen, geboren in hetzelfde jaar als verzoeker, gold een reglementaire afstand van 40 kilometer per dag. Verzoeker heeft met succes de afstand van 40 kilometer per dag afgelegd. Volgens verzoeker heeft verweerder jegens hem onderscheid op grond van geslacht gemaakt, door hem geen medaille toe te kennen.
Het verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen heeft er toe geleid dat voor verzoeker een langere reglementaire afstand heeft gegolden dan voor vrouwelijke deelnemers, geboren in hetzelfde jaar als verzoeker. Dit is ten nadele van verzoeker. Hieraan doet niet af dat verzoeker akkoord is gegaan met de voorwaarden van verweerder. Verzoeker is derhalve ontvankelijk in zijn verzoek. In het onderhavige geval is geen sprake van een intern verenigingsrechtelijke kwestie. Het handelen van verweerder valt derhalve onder het bereik van artikel 7 AWGB. Verweerder heeft jegens verzoeker direct onderscheid gemaakt op grond van geslacht. Een verschil in gemiddelde prestaties tussen mannen en vrouwen ligt niet ten grondslag aan het onderscheid. Derhalve gaat een beroep op de uitzondering op het verbod van onderscheid naar geslacht in gevallen waarin het geslacht bepalend is niet op. Voorts is niet gebleken dat bij de deelname aan de Vierdaagse sprake is van een feitelijke achterstand van vrouwen ten opzichte van mannen. Het beroep de uitzondering tot het voeren van voorkeursbeleid gaat derhalve niet op. Nu geen van de wettelijke uitzonderingen op het verbod van onderscheid naar geslacht van toepassing is, heeft verweerder jegens verzoeker verboden onderscheid naar geslacht gemaakt. Strijd met de wet.

04 | 07

27 januari 2004

Artikel 7 AWGB

Verenigingsrecht. Commissie is niet bevoegd om te oordelen over bepalingen in de Statuten en het Huishoudelijk Reglement en de naleving daarvan.

Verzoeker heeft in een eerdere zaak bij de Commissie de vraag voorgelegd of verweerster hem ongelijk behandelde op grond van heteroseksuele geaardheid (CGB 8 mei 2003, oordeel 2003-57). De Commissie oordeelde dat er geen sprake was van verboden onderscheid. In deze zaak speelde de vraag of de gang van zaken omtrent de Algemene Ledenvergadering (ALV) waar verzoekers klacht werd behandeld in strijd was met de gelijkebehandelingswetgeving. Verzoeker is van mening dat zijn privacy is geschonden, door in de vergaderstukken van de ALV zijn naam en adres te vermelden. Daarnaast vindt verzoeker dat hij onterecht is geschorst als lid voor de dag dat de bewuste ALV plaatsvond. Tenslotte meent verzoeker dat tijdens de ALV een stemming had moeten plaatsvinden over zijn klacht.
De Commissie is van mening dat de wijze waarop een vereniging de bepalingen ten aanzien van de ledenvergadering uitvoert, behoort tot het intern verenigingsrecht. En derhalve buiten de reikwijdte van de AWGB valt. Daarom is de Commissie van oordeel dat zij niet bevoegd is om over deze klacht te oordelen.
Niet bevoegd.

04 | 08

29 januari 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Onderscheid op grond van ras en godsdienst door verzoeker niet te vrijwaren van discriminatie op de werkvloer.

Verzoeker klaagt erover dat hij op de werkvloer ongelijk wordt behandelen vanwege zijn afkomst en godsdienst. Ook worden op de werkvloer grappen gemaakt die verwijzen naar de religie van verzoeker. Naar aanleiding van de 11 septembergebeurtenissen, heeft de directe chef van verzoeker de volgende uitlatingen gemaakt: 'jullie roepen het over jezelf af en jullie zijn allemaal hetzelfde'. Dit heeft verzoeker diep geraakt.

Verweerder heeft dit betwist en heeft aangegeven dat in een bedrijf waar veel mensen werken met verschillende achtergronden, het ondenkbaar is dat leidinggevenden discriminerend optreden naar hun medewerkers. Hierover zijn afspraken gemaakt in het Arbobeleid. De leidinggevenden dragen dit beleid uit over de organisatie.
De Commissie heeft wat betreft de bejegening geoordeeld dat verweerder er niet in is geslaagd het vermoeden van onderscheid te weerleggen. De inhoud van verklaringen weerlegt niet de door verzoeker gestelde onheuse bejegening. Zoals de opmerkingen worden weergegeven blijft er immers nog alle ruimte over dat er opmerkingen werden geplaatst die door verzoeker als kwetsend konden worden ervaren.
Wat betreft de afhandeling van de discriminatieklacht is de Commissie van oordeel dat nu verweerder geen onderzoek heeft gehouden naar de vraag of er sprake zou zijn van discriminatie van verzoeker of enige andere collega van niet-Nederlandse afkomst, noch zich bezig heeft gehouden met de vraag of de klachtprocedure zoals neergelegd in het kwaliteitshandboek in het licht van de gelijkebehandelingsvoorschriften een deugdelijke procedure is, verweerder niet heeft voldaan aan haar verplichting verzoeker te vrijwaren van discriminatie.
Strijd met de wet.

04 | 09

29 januari 2004

Artikel 7:648 lid 1 BW

Niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van arbeidsduur door voor het uitoefenen van de taak als afdelingsleider, naast het docentschap, een toelage te verstrekken die is gerelateerd aan de betrekkingsomvang.

Verzoekster is als lerares parttime werkzaam bij een van de scholen voor bijzonder voortgezet onderwijs van verweerster. Naast haar functie als docent verricht zij taken als afdelingsleider. Deze taken houden primair in, het onder verantwoordelijkheid van de sectordirecteur, mede leiding geven aan een onderwijsafdeling. Voor deze taken wordt een toelage uitgekeerd waarvan de hoogte is gerelateerd aan de betrekkingsomvang.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid maakt naar arbeidsduur, aangezien de omvang van de taak van afdelingsleider afhangt van de sector en de omvang van de afdeling en niet van het aantal uren dat verzoekster in dienst is.
Verweerster meent dat de toelage een beloningscomponent is van haar salaris als docent.
De Commissie stelt vast dat verzoekster wordt benadeeld. De hoogte van de toelage is voor verzoekster lager dan voor haar collega's die fulltime werken, terwijl zij evenveel uren beschikbaar heeft voor de taak als afdelingsleider en ook de inhoud van de werkzaamheden gelijkwaardig zijn. Hierdoor verdient verzoekster minder per uur dan haar collega's die een fulltime betrekking hebben.
Bij de beoordeling van de vraag of dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd, overweegt de Commissie als volgt.
Het doel van het toekennen van een toelage voor het uitoefenen van de taak van afdelingsleider is het bieden van financiële compensatie voor de taakverzwaring. Dit doel is voldoende zwaarwegend en niet discriminerend. Het middel dat verweerster hanteert om dit doel te bereiken is het toekennen van een toelage naar rato van de betrekkingsomvang. In het onderhavige geval staat echter vast dat er geen enkel verband is tussen de werktijdfactor en de belasting in uren die het afdelingsleiderschap meebrengt. Dit betekent dat de taakverzwaring van een deeltijder financieel gezien niet geheel wordt gecompenseerd. Het middel is derhalve niet geschikt om het doel te bereiken.
Niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van arbeidsduur.
Strijd met de wet.

04 | 10

2 februari 2004

Artikel 5 AWGB

Door het gevoerde voorkeursbeleid voor vrouwen voor de functie Lector heeft verweerder jegens verzoeker geen verboden onderscheid gemaakt. Door de wijze waarop verweerder de advertentie heeft gesteld wel.

Verweerder heeft in zijn personeelsadvertentie aangegeven dat hij, gelet op de samenstelling van de groep lectoren op zoek was naar een vrouw. Bij verweerder waren op dat moment acht mannelijke lectoren werkzaam en geen enkele vrouwelijke.
Verzoeker heeft de Commissie gevraagd om te beoordelen of verweerder hiermee jegens hem onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.
Artikel 3, eerste lid, WGB verbiedt het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen bij het aanbieden van een openstaande betrekking.
Artikel 5, eerste lid, WGB bepaalt dat van het verbod van onderscheid mag worden afgeweken

indien het gemaakte onderscheid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen, en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel. Ten aanzien van de onderhavige functie is de specifieke achterstand van vrouwen voldoende aangetoond. Gelet op deze achterstand staat het voorkeursbeleid in redelijke verhouding tot het doel. Daarnaast zijn alle sollicitaties onderworpen aan een objectieve beoordeling. Verweerder heeft in dit verband geen verboden onderscheid gemaakt jegens verzoeker. De tekst van de advertentie voldoet evenwel niet aan de eisen van artikel 3 WGB. Door de zinsnede van verweerder dat hij op zoek was naar een vrouw, heeft hij weliswaar een achterstand van vrouwen gesuggereerd maar niet, zoals vereist, uitdrukkelijk aangegeven dat er sprake was van een voorkeursbeleid. Daarnaast blijkt uit de advertentietekst niet duidelijk genoeg dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking kwamen voor de functie. Derhalve heeft verweerder in deze jegens verzoeker onderscheid op grond van geslacht gemaakt.
Strijd met de wet.

04 | 11

5 februari 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 5 lid 1 AWGB

Onderscheid op grond van ras door discriminerende bejegening en door het niet aangaan van een arbeidsverhouding.

Verzoeker is van Antilliaanse afkomst. Hij was werkzaam bij verweerster, een bouwbedrijf. Verzoeker werd op de werkvloer discriminerend bejegend door een collega, waarvoor de collega uiteindelijk strafrechtelijk is veroordeeld. Verzoeker heeft over de bejegening geklaagd bij verweerster, maar zijn leidinggevende zag geen aanleiding om onderzoek te doen naar verzoekers klacht. Toen verzoeker verwachtte dat hij met een hoger leidinggevende over zijn klacht zou praten, werd hem in plaats daarvan medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd. Volgens verweerster was onvoldoende functioneren de reden dat de arbeidsovereenkomst niet werd verlengd.
Het staat vast dat verzoeker discriminerend werd bejegend. Nu verweerster heeft nagelaten onderzoek te doen naar verzoekers klachten hierover, heeft verweerster jegens verzoeker direct onderscheid gemaakt op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden. Gelet op het geheel van feiten en omstandigheden moet worden geconcludeerd dat verweerster ook bij het niet opnieuw aangaan van een arbeidsverhouding met verzoeker direct onderscheid heeft gemaakt op grond van ras. Verweerster heeft geen onderscheid gemaakt bij haar besluit verzoeker geen cursus aan te bieden. Strijd met de wet.

04 | 12

13 februari 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerder heeft jegens verzoeker geen onderscheid op grond van ras gemaakt bij de bejegening, noch bij de advisering voor een vervolgopleiding, maar heeft wel onderscheid gemaakt op grond van ras vanwege het tekort schieten bij het onderzoek en de afhandeling van klachten van verzoeker.

Verweerder is een opleidingsinstituut dat beroepsgerichte opleidingen en trainingen onder meer op het gebied van de ICT aanbiedt. Verzoeker is van Marokkaanse afkomst. Begin augustus 2002 is hij in het kader van de Algemene Bijstandswet bij verweerder begonnen met de Basisopleiding Informatica die bedoeld is als oriëntatieprogramma voor een vervolgopleiding in de ICT. Na de Basisopleiding is verzoeker door het docententeam van verweerder geadviseerd de opleiding Medewerker Beheer ICT of IT-support te gaan volgen, met de kanttekening dat de opleiding Systeembeheerder/Applicatiebeheerder ook een mogelijkheid zou zijn. Verzoeker is van mening dat een aantal docenten allochtone cursisten discriminerend bejegenden en dat verweerder allochtone cursisten adviseerde vervolgopleidingen van lager niveau te gaan volgen dan autochtone cursisten. Door de – naar pas achteraf ter zitting is gebleken – onjuiste informatie over de aanschaf van computers werd bij verzoeker de indruk versterkt dat verweerder onderscheid maakte jegens allochtone cursisten. De Commissie overweegt dat het complex aan feiten in hun onderlinge samenhang beoordeeld, leidt tot het vermoeden van onderscheid op grond van ras. Verweerder heeft echter in voldoende mate weerlegd dat de afkomst van verzoeker mede een rol heeft gespeeld bij bejegening door de docent en de beoordeling en advisering door verweerder voor een vervolgopleiding. Ten aanzien van de bejegening door de docent kan de Commissie niet vaststellen of hierbij door verweerder onderscheid is gemaakt op grond van ras, omdat mede als gevolg van het optreden van

verzoeker geen getuigenverklaringen zijn afgelegd. Verder is het de Commissie niet gebleken dat verweerder geen rekening heeft gehouden met de voorkeur van verzoeker voor een bepaalde vervolgopleiding.
Wel is door het ontbreken van een klachtenregeling, hetgeen verweerder is aan te rekenen, de docent onvoldoende adequaat met de klachten over discriminatie omgegaan en zijn de klachten van verzoeker nimmer formeel afgehandeld en afgesloten.
Geconcludeerd wordt dan ook dat verweerder tekort is geschoten in de zorgplicht voor een zorgvuldige afhandeling van klachten. Aanbeveling.
Strijd met de wet.

04 | 13

17 februari 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerster maakt verboden onderscheid op grond van ras door verzoeker de toegang tot het uitgaanscentrum te weigeren en voorts door niet op zijn discriminatieklacht in te gaan.

Verweerster exploiteert een uitgaanscentrum. Verzoeker is van Turkse afkomst. Verzoeker wilde het uitgaanscentrum bezoeken. Hij werd vergezeld door twee vrienden, beiden met een donkere huidskleur. Bij de ingang aangekomen werd hen de toegang geweigerd.
Verzoeker baseert zijn vermoeden dat verweerster jegens hem en zijn twee vrienden onderscheid heeft gemaakt op het feit dat hen toegang is geweigerd, terwijl groepjes autochtone jongeren zonder problemen naar binnen konden gaan. De weigering werd niet gemotiveerd. Verzoeker en zijn vrienden is slechts verteld dat zij via internet een pasje konden aanvragen, hetgeen achteraf niet juist bleek te zijn. Verzoeker meent derhalve dat hij, vanwege zijn afkomst en die van zijn vrienden, slachtoffer is van een ondoorzichtig toelatingsbeleid. Hij stelt voorts dat het bij herhaling niet reageren op discriminatieklachten verboden onderscheid oplevert.
Verweerster heeft aangevoerd dat er geen sprake is van discriminatie, onder andere gelet op het grote aantal allochtone bezoekers en portiers. Voorts heeft verweerster aangevoerd dat het deurbeleid zonder meer zorgvuldig is, aangezien dit beleid, naar aanleiding van geweldsincidenten binnen en buiten het uitgaanscentrum, in overleg met de gemeente Haarlemmermeer en de politie tot stand is gekomen.
De Commissie is van oordeel dat het toelatingssysteem weinig inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is en ruimte laat voor willekeur. Niet kan worden uitgesloten dat verzoeker bewust of onbewust vanwege zijn afkomst en/of die van zijn vrienden de toegang is geweigerd. Verweerster is er niet in geslaagd te bewijzen dat zij jegens verzoeker niet in strijd met de wet heeft gehandeld.
Voorts staat vast dat verweerster niet is ingegaan op de discriminatieklacht van verzoeker. Gebleken is dat verweerster mensen (met klachten) naar de politie doorverwijst. De Commissie overweegt dat het doen van aangifte van discriminatie in strafrechtelijke zin een ander karakter heeft dan de verplichting om klachten omtrent discriminatie in het kader van de dienstverlening zorgvuldig te onderzoeken.
Verweerster is dan ook tekort geschoten in de zorgverplichting klachten omtrent discriminatie in het kader van de dienstverlening zorgvuldig te onderzoeken.
Strijd met de wet.

04 | 14

17 februari 2004

Artikel 7:649 BW

Indirect onderscheid op grond van de duur van de arbeidsovereenkomst in een arbeidsvoorwaardenreglement.

Verzoekster is een bedrijf dat zich bezig houdt met de productie en verkoop van computerhardware. Bij verzoekster werken ruim 400 mensen, waarvan ongeveer 150 oproepkrachten. Deze oproepkrachten worden met name tijdens de piekuren ingezet.
De oproepkrachten werken gemiddeld 12 uur per week op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, namelijk zes maanden. Naast de oproepkrachten zijn er ook 'gewone' werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam.
In de arbeidsovereenkomsten, die verzoekster met de oproepkracht aangaat is artikel 7:628 leden 1 tot en met 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (behoud van loon bij een verhindering om arbeid te verrichten wegens een omstandigheid die voor rekening van de werkgever komt) uitgesloten. Indien de overeenkomst van een oproepkracht wordt verlengd, vervalt deze uitsluiting.
Verzoekster heeft een Arbeidsvoorwaardenregeling die van toepassing is op alle werknemers. Verschillende artikelen zijn niet van toepassing

verklaard op oproepkrachten of bevatten voor oproepkrachten afwijkende bepalingen.
De Commissie heeft de voor oproepkrachten afwijkende bepalingen getoetst aan het verbod op onderscheid op grond van de duur arbeidsovereenkomst. Omdat nagenoeg alle oproepkrachten een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben, is er in een aantal gevallen sprake van indirect onderscheid. Verzoekster heeft niet voor alle gevallen een objectieve rechtvaardiging kunnen aandragen.
Strijd met wet.

04 | 15

1 maart 2004

(mr. E.N. Brons (voorzitter), mr. Ch.M. van der Bas en A. Kruyt)

Artikel 7 lid 1 AWGB

Niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van ras door te weigeren in het postcodegebied waar verzoekster woont (gelegen in de Bijlmermeer in Amsterdam Zuidoost) een monteur langs te sturen voor het in orde maken van de ontvangst van programma's die verweerster als particuliere betaaltelevisieomroep uitzendt. Verzoekster noemt een dergelijke uitsluiting 'redlining'.

Verweerster zendt gecodeerde televisieprogramma's uit die uitsluitend door abonnees met behulp van een decoder kunnen worden bekeken. Verzoekster heeft een abonnement bij verweerster. Sinds haar verhuizing naar de Geerdinkhof in de Bijlmermeer kan zij de programma's van verweerster niet meer ontvangen. Verweerster heeft verzoekster meegedeeld dat zij echter geen monteurs naar de Bijlmermeer in Amsterdam Zuidoost stuurt vanwege het verhoogde veiligheidsrisico. Het externe installatiebedrijf waarbij verweerster haar monteur inhuurt heeft aangegeven in de postcodegebieden startend met de cijfers 1102, 1103 en 1104 geen monteurs te laten werken met als doel het garanderen van de veiligheid van monteurs en het voorkomen van beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid maakt naar ras, nu deze uitsluiting van service gezien de bevolkingssamenstelling in deze stadswijk allochtonen onevenredig treft. Verweerster maakt zich hiermee schuldig aan 'redlining'.

De Commissie is van oordeel dat de maatregel van het installatiebedrijf om geen huisbezoeken in de betreffende postcodegebieden af te leggen voor rekening en risico van verweerster komt. Nu uit het door verzoekster overgelegde rapport 'Stadsdelen in cijfers 2003' van de Dienst Onderzoek en Statistiek van de gemeente Amsterdam blijkt dat de uitsluiting van verweerster naar postcodegebied in overwegende mate personen van allochtone afkomst treft, heeft verweerster indirect onderscheid gemaakt op grond van ras. Bij de beoordeling van de vraag of dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd, overweegt de Commissie als volgt. Het doel is de veiligheid van monteurs te garanderen en beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen te voorkomen. Dit doel is vrij van discriminatie en ook overigens legitiem, alsmede voldoende zwaarwegend. Het middel dat verweerster hanteert is het niet verlenen van service door monteurs aan abonnees. Nu verweerster heeft erkend dat de door haar genoemde veiligheidsrisico's niet opgaan voor het wijkgedeelte waar verzoekster woont, mist het middel zijn doel. Het middel is voorts niet passend nu het beleid van verweerster niet steunt op deugdelijke objectieve gegevens omtrent de criminaliteit in het betreffende postcodegebied. Bovendien is het middel niet noodzakelijk om het doel te bereiken, nu verweerster ook per huisbezoek meerdere monteurs kan sturen. Verweerster heeft erkend dat zij beter en creatiever moet nadenken over passende alternatieven.
Het indirecte onderscheid op grond van ras is derhalve niet gerechtvaardigd.
Strijd met de wet.

3 PROCESVERLOOP

3.1 Bij het hiervoor genoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving door te weigeren in het stadsdeel waar verzoekster woont (de Bijlmermeer in Amsterdam Zuidoost) een monteur langs te sturen.

3.2 De Commissie heeft verweerster verzocht om op het verzoekschrift te reageren met een verweerschrift. Op 19 november 2003 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen. Per mailbericht van 11 november 2003 heeft de Commissie een nadere toelichting van verzoekster ontvangen.

3.3 Op 13 januari 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

4 FEITEN

4.1 Verweerster is een particuliere betaaltelevisieomroep die een aantal abonneeprogramma's verzorgt en uitzendt. Alle programma's van verweerster worden gecodeerd uitgezonden, onder meer via de kabel. Uitsluitend abonnees van verweerster kunnen deze programma's bekijken met behulp van een door verweerster ter beschikking gestelde decoder.

4.2 Verzoekster is van Surinaamse afkomst. Zij heeft de Nederlandse nationaliteit. Verzoekster heeft reeds vele jaren een abonnement bij verweerster. Zij heeft nooit problemen gehad met de ontvangst van de programma's van verweerster. In december 2001 is verzoekster verhuisd naar de Geerdinkhof in de Bijlmermeer (Amsterdam Zuidoost). Sindsdien kan zij de programma's van verweerster niet meer ontvangen met behulp van de decoder.

4.3 Een medewerker van de helpdesk van verweerster heeft aan verzoekster toegezegd dat een afspraak zou worden gemaakt voor het bezoek van een monteur om de ontvangst van de programma's mogelijk te maken. Toen hieraan na enkele weken wachten geen gevolg was gegeven, kreeg verzoekster desgevraagd te horen dat verweerster geen monteurs naar Amsterdam Zuidoost stuurt vanwege het verhoogde veiligheidsrisico.

4.4 Verzoekster heeft over deze werkwijze van verweerster een klacht ingediend bij de stichting Meldpunt Discriminatie Amsterdam, hierna: het Meldpunt. Het Meldpunt heeft deze klacht op 10 juni 2003 aan verweerster kenbaar gemaakt. Verweerster heeft vervolgens een afspraak gemaakt met verzoekster voor het bezoek op 19 juni 2003 van twee monteurs voor het nazien van de decoder.

5 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

5.1 Verzoekster heeft na haar verhuizing veelvuldig telefonisch contact opgenomen met verweerster met het verzoek de ontvangst van de programma's in orde te maken. Dit leidde niet tot resultaat. Verzoekster heeft toen haar abonnement opgezegd. Toen haar door verweerster was toegezegd dat een monteur zou langskomen heeft verweerster de opzegging van haar abonnement ingetrokken.

5.2 Verzoekster woont in de Geerdinkhof (postcode 1103 RD) in de wijk Ganzenhoef in de Bijlmermeer. De Bijlmermeer is onderdeel van het stadsdeel Amsterdam Zuidoost. In de Bijlmermeer wonen merendeels allochtonen. Dit blijkt uit het rapport 'Stadsdelen in cijfers 2003' van de Dienst Onderzoek en Statistiek van de Gemeente Amsterdam waarin de bevolking naar etnische groepen is uitgesplitst. Het stadsdeel Zuidoost telde op 1 januari 2003 83.492 bewoners, waarvan 25.397 Nederlanders en 58.095 allochtonen. Voor de gebieden Bijlmer Centrum en Bijlmer Oost binnen het stadsdeel Zuidoost geldt dat er verhoudingsgewijs nog meer allochtonen wonen.

5.3 Van verweerster mag worden verwacht dat zij klachten over discriminatie door servicebedrijven die verweerster inhuurt zorgvuldig behandelt. Dit houdt in dat verweerster naar aanleiding van klachten een deugdelijk onderzoek verricht en zonodig passende maatregelen treft. Tekortschieten hierin kan onderscheid als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) met zich meebrengen. Na ontvangst van de klacht heeft verweerster weliswaar een afspraak gemaakt met verzoekster voor bezoek van een monteur op 19 juni 2003, maar deze afspraak is verweerster niet nagekomen. De persoon die bij verzoekster in huis was om op die dag de monteur van verweerster op te vangen heeft verzoekster meegedeeld dat geen monteur aan de deur is geweest. Tot op heden kan verzoekster, hoewel abonnee van verweerster, de programma's van verweerster nog steeds niet ontvangen.

5.4 Verweerster maakt zich schuldig aan 'redlining' door servicebedrijven in te huren die bepaalde postcodegebieden, in casu de Bijlmermeer, mijden in verband met het verhoogde risico op diefstal van materialen en auto's van monteurs.
Gezien de bevolkingssamenstelling in deze stadswijk treft een dergelijke uitsluiting allochtonen onevenredig. Verweerster maakt hierdoor een verboden indirect onderscheid op grond van ras als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB.

5.5 Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd.
Het is immers de vraag of deze maatregel waaraan veiligheidsoverwegingen ten grondslag liggen en die als gevolg heeft dat de Bijlmermeer uitgesloten raakt van service door monteurs, voorziet in een werkelijke behoefte van verweerster. De Geerdinkhof, waar verzoekster woont, is een straat met laagbouw die niet behoort tot de criminele gedeelten van de Bijlmermeer.
Voorts is van belang dat uitsluiting van een bepaald gebied geen geschikt en noodzakelijk middel is om veiligheidsrisico's van monteurs en hun materialen te verminderen. Dit kan ook op een andere minder ingrijpende wijze worden bereikt. Bijvoorbeeld door het verlenen van diensten of afleveren van goederen overdag in aanwezigheid van twee bezorgers.

6 STANDPUNTEN VAN VERWEERSTER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

6.1 Het was onjuist van de helpdeskmedewerker van verweerster om verzoekster toe te zeggen dat er een afspraak zou worden gemaakt voor het langs sturen van een monteur. Service in de vorm van een huisbezoek van een monteur wordt niet verleend in de postcodegebieden die starten met de cijfers 1102, 1103 en 1104, welke gebieden liggen in de Bijlmermeer in Amsterdam Zuidoost. Andere vormen van service worden in die gebieden wel verleend. De reden is dat het externe servicebedrijf waarbij verweerster haar monteurs inhuurt, heeft aangegeven dat zij in verband met veiligheidsrisico's geen monteurs in de genoemde postcodegebieden laat werken. Verweerster acht zich verantwoordelijk voor de werkwijze van het servicebedrijf dat zij inhuurt.

6.2 Dat verweerster na een storingsmelding geen monteur langs stuurt is geheel conform het algemene beleid van verweerster dat voor heel Nederland geldt. Verweerster verleent – zonder onderscheid naar woonadres – alleen in bijzondere gevallen service in de vorm van een huisbezoek van een monteur. Bijvoorbeeld als een hele wijk last heeft van storing. Deze monteurs worden doorgaans ingehuurd bij een extern servicebedrijf. In uitzonderingsgevallen zet verweerster haar twee eigen monteurs in.
Bij een storingsmelding geeft een helpdeskmedewerker eerst telefonisch aanwijzingen aan de abonnee. Vervolgens wordt geadviseerd contact op te nemen met het kabelbedrijf om na te gaan of daar de oorzaak van de storing ligt. Als dat geen soelaas biedt adviseert de helpdeskmedewerker aan de abonnee om de decoder bij een dealer om te ruilen.

6.3 Verweerster heeft de klacht van verzoekster zorgvuldig behandeld. Zo heeft verweerster inhoudelijk gereageerd op de brieven van verzoekster en is een afspraak gemaakt voor controle van de decoder op 19 juni 2003. De twee monteurs werden echter op het afgesproken tijdstip niet binnengelaten. De aanwezige persoon gaf te kennen dat niemand mocht worden binnengelaten zonder aanwezigheid van de eigenares.

6.4 Verweerster heeft jegens verzoekster geen (indirect) verboden onderscheid gemaakt op grond van ras. Verweerster is van oordeel dat het niet langs sturen van monteurs in bepaalde postcodegebieden een noodzakelijke veiligheidsmaatregel is die niets te maken heeft met ras. Deze maatregel is genomen om de veiligheid van monteurs te garanderen en beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen te voorkomen.
De maatregel voorziet in een werkelijke behoefte van de ingehuurde servicebedrijven en daarmee van verweerster.
Verweerster is voorts van oordeel dat de genomen maatregel geschikt en noodzakelijk is om het gewenste doel (het garanderen van de veiligheid van de monteurs en het voorkomen van diefstal of beschadiging van auto's en vervoerde materialen) te bereiken.

6.5 In het verleden hebben zowel verweerster en haar rechtsvoorgangster als externe (installatie) bedrijven slechte ervaringen opgedaan met het afleveren, installeren of repareren van decoders in Amsterdam Zuidoost. Daar waren in verhouding tot andere steden en stadsdelen veel problemen als bedreigingen van monteurs, beschadigingen aan auto's en het stelen van decoders en overige materialen. In verband hiermee hebben externe installatiebedrijven aangegeven in Amsterdam Zuidoost geen huisbezoeken te willen afleggen met als doel het garanderen van de veiligheid van monteurs en het voorkomen van beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen.

6.6 Er is sprake van een verhoogd veiligheidsrisico vanwege:
- de zeer hoge criminaliteit in Amsterdam Zuidoost;

- de populariteit van de programma's van verweerster in Amsterdam Zuidoost;
- de omstandigheid dat decoder en smartcard relatief klein zijn en dus gemakkelijk te stelen;
- de omstandigheid dat er veel grote en hoge flats in deze wijk staan waar niet snel kan worden in- en uitgeladen en waar de monteur in de meeste gevallen de auto en eventueel de medepassagier uit het oog verliest. Ook het overdag bezorgen en het sturen van twee monteurs biedt vaak geen uitkomst.

6.7 Verweerster erkent dat de genoemde veiligheidsrisico's niet opgaan voor het wijkgedeelte waarin de Geerdinkhof ligt, de straat met laagbouw waarin verzoekster woont. Zij betreurt het dat zij niet wist dat de woning van verzoekster in een wijk ligt die niet behoort tot de 'criminele wijken' van de Bijlmer. Verweerster had zich op dit punt beter moeten laten informeren. Verweerster zal erop toezien dat zij in de toekomst goed en volledig wordt geïnformeerd over dergelijke zaken.

6.8 De genomen maatregel is geschikt en noodzakelijk in verband met de veiligheidsrisico's voor de monteurs en hun materialen. Verweerster zal in beginsel trachten een servicebedrijf te bewegen om service te verlenen in Amsterdam Zuidoost. Verweerster maakt hierop een uitzondering als er geen redelijke manier is waarop een installatiebedrijf de veiligheid van haar werknemers kan garanderen of kan voorkomen dat auto's en materialen worden gestolen of beschadigd. Vanaf 2001 accepteert verweerster dat dit niet anders kan dan door de betreffende postcodegebieden uit te sluiten van serviceverlening door monteurs. Dit moet worden gezien in het licht van de commerciële bedrijfsvoering van verweerster. Verweerster maakt tot op heden geen winst. Het is economisch niet haalbaar om uit veiligheidsoverwegingen standaard meerdere monteurs naar een adres in het betreffende postcodegebied te sturen. Serviceverlening door monteurs in de betreffende postcodegebieden is wel mogelijk, maar tegen een aanmerkelijk hoger tarief.

6.9 Verweerster erkent dat zij zich nog meer en uitgebreider moet verdiepen in de handelwijze van de servicebedrijven. En dat zij deze bedrijven erop moeten wijzen dat hun handelwijze mogelijk in strijd komt met de gelijkebehandelingswetgeving. Bij nadere beschouwing is verweerster van opvatting dat het gehanteerde postcodesysteem te grofmazig is gebleken. Er zal nog beter en creatiever moeten worden nagedacht over het nemen van passende maatregelen waardoor serviceverlening met aanvaardbare risico's in alle stadsdelen van Amsterdam mogelijk wordt. Verweerster zal daartoe overleg voeren met de servicebedrijven of met de individuele monteurs.

7 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

7.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door in eerste instantie geen monteur te willen langs sturen in het postcodegebied waar verzoekster woont.

7.2 Het begrip ras in de AWGB dient, overeenkomstig het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, ruim te worden uitgelegd en omvat tevens: huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 13 en HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 551, m.nt. Van Veen).

7.3 Artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB verbiedt, in samenhang met artikel 1 AWGB, het maken van onderscheid naar ras, onder meer bij het aanbieden van goederen of diensten in de uitoefening van een beroep of bedrijf en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake. Verweerster is een betaaltelevisieomroep die gecodeerde televisieprogramma's uitzendt die door abonnees kunnen worden ontvangen met behulp van een door verweerster ter beschikking gestelde decoder. Verweerster wordt dan ook aangemerkt als een bedrijf zoals bedoeld in dit artikel.

7.4 Verweerster schakelt monteurs in van een extern installatiebedrijf indien er werkzaamheden moeten worden verricht in de woning van een abonnee. Verweerster heeft aangegeven dat dat servicebedrijf om veiligheidsredenen geen huisbezoeken wil afleggen in de postcodegebieden startend met de cijfers 1102, 1103 en 1104 , gelegen in de Bijlmermeer in Amsterdam Zuidoost. De postcode van verzoekster heeft de cijfers 1103.
De maatregel om geen huisbezoeken in de betreffende postcodegebieden af te leggen dient voor rekening en risico van verweerster te komen. Verweerster heeft immers dat

installatiebedrijf ingehuurd, hoewel zij op de hoogte was van de werkwijze van dat bedrijf. Bovendien heeft verweerster nagelaten de eigen monteurs die zij in dienst heeft, in te zetten in de gebieden waar dat externe servicebedrijf niet wilde werken.

7.5 Ten aanzien van het argument van verzoekster dat verweerster haar klacht van 10 juni 2003 niet zorgvuldig heeft behandeld, gelden de volgende overwegingen. Verweerster heeft inhoudelijk gereageerd op de brieven van verzoekster. Voorts heeft zij een afspraak gemaakt voor controle van de decoder op 19 juni 2003. Of de monteurs daadwerkelijk aan de deur zijn geweest wordt door verzoekster betwist. Zij kan hierover echter niet uit eigen wetenschap verklaren. Een en ander leidt tot het oordeel dat niet is komen vast te staan dat verweerster de klacht van verzoekster onzorgvuldig heeft behandeld.

7.6 Partijen verschillen niet van opvatting over het antwoord op de vraag of verweerster bij het al dan niet verlenen van service door monteurs onderscheid maakt naar woongebied. Hiermee maakt verweerster geen *direct* onderscheid op grond van ras. Het onderscheid treft immers een ieder die in het aangewezen postcodegebied woont. Ingevolge het bepaalde in artikel 1, aanhef en onderdeel c, AWGB is *indirect* onderscheid op grond van ras aan de orde, indien onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan ras, direct onderscheid op grond van ras tot gevolg heeft. Uit het door verzoeker overgelegde rapport 'Stadsdelen in cijfers 2003' van de gemeente Amsterdam blijkt dat de weigering van verweerster om monteurs langs te sturen in de postcodegebieden in de Bijlmermeer met de begincijfers 1102, 1103 en 1104 in overwegende mate personen van allochtone afkomst treft. Verweerster maakt derhalve indirect onderscheid op grond van ras.

7.7 Er kunnen zich echter feiten en omstandigheden voordoen, die het maken van indirect onderscheid rechtvaardigen. Of dit in een concreet geval ook zo is, moet worden nagegaan aan de hand van de beoordeling van het doel van het onderscheid en van de middelen die verweerster heeft ingezet om dit doel te bereiken.

7.8 Het doel van verweerster is de veiligheid van monteurs te garanderen en beschadigingen en diefstal van auto's en vervoerde materialen te voorkomen.

Dit doel is vrij van discriminatie en ook overigens legitiem, alsmede voldoende zwaarwegend.

7.9 Het door verweerster ingezette middel is het niet verlenen van service door monteurs aan abonnees in de postcodegebieden die beginnen met de cijfers 1102, 1103 en 1104. Het ingezette middel dient passend en noodzakelijk te zijn om het doel te bereiken.

7.10 In het kader van de beoordeling of het middel passend is, is van belang of het beleid om geen monteurs naar de Bijlmer te sturen gebaseerd is op deugdelijke gegevens en of dit beleid regelmatig wordt getoetst en indien nodig bijgesteld.
Verweerster erkent dat de door haar genoemde veiligheidsrisico's niet opgaan voor het wijkgedeelte waarin verzoekster woont. Dit wijkgedeelte ligt echter in het gebied waarheen verweerster uit veiligheidsoverwegingen geen monteurs zendt. Derhalve mist het middel zijn doel. Nu het middel niet geschikt is om het doel te bereiken moet reeds hierom het oordeel luiden dat het gemaakte onderscheid niet objectief is gerechtvaardigd.

Bovendien geldt de navolgende overweging ten aanzien van de passendheid van het middel. Verweerster heeft haar stelling dat sprake is van zeer hoge criminaliteit in Amsterdam Zuidoost uitsluitend gestaafd met mededelingen over haar veiligheidsbeleving, die van haar rechtsvoorganger en van servicebedrijven. Zij heeft haar stelling niet met objectieve gegevens van bijvoorbeeld politie of justitie onderbouwd. Derhalve is geen sprake van deugdelijke gegevens waarop het beleid van verweerster steunt. Nog afgezien hiervan zou het aangewezen zijn een dergelijk beleid regelmatig te toetsen aan de feiten en indien deze daartoe aanleiding geven het beleid bij te stellen. Nu van een onderbouwing en toetsing van het beleid niet is gebleken, moet ook om deze reden worden geoordeeld dat het middel niet passend is om het doel te bereiken en dat het gemaakte onderscheid derhalve niet is te rechtvaardigen.

7.11 Ten slotte strekt het volgende ten aanzien van de noodzakelijkheid van het middel om het doel te bereiken. Een middel is noodzakelijk indien hetzelfde doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat minder onderscheid maakt en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel.
Het doel dat verweerster beoogt zou ook

kunnen worden bereikt met minder ingrijpende maatregelen, zoals het sturen van meerdere monteurs naar gebieden die verweerster als onveilig ervaart. Verweerster heeft ter zitting erkend dat deze mogelijkheid bestaat, doch heeft aangegeven dat dit voor haar thans economisch niet haalbaar is. Op dit punt geldt dat naar vaste jurisprudentie van de Commissie (zie onder meer CGB 24 juli 2000, oordeel 2000-48 en CGB 7 december 1999, oordeel 99-94) dat financieel-economische overwegingen in het algemeen onvoldoende rechtvaardiging opleveren voor het maken van (indirect) onderscheid.

Verweerster heeft voorts erkend dat het gehanteerde postcodesysteem te grofmazig is en dat zij beter en creatiever moet nadenken over het nemen van alternatieve passende maatregelen opdat serviceverlening, met aanvaardbare risico's, in alle stadsdelen van Amsterdam mogelijk wordt. Hoewel de Commissie de bereidheid van verweerster om haar beleid te herzien waardeert, leidt het bovenstaande tot het oordeel dat het middel niet noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. Ook om deze reden is het gemaakte onderscheid niet te rechtvaardigen.

7.12 Bovenstaande overwegingen leiden tot het oordeel dat het door verweerster gemaakt indirecte onderscheid op grond van ras niet objectief gerechtvaardigd is. Verweerster heeft derhalve een verboden onderscheid op grond van ras gemaakt.

8 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van ras jegens . . . . door de weigering een monteur langs te sturen in het stadsdeel waar zij woont.

ANNOTATIE

1 Bestaan er goede en foute wijken in Nederland? Een leverancier van betaaltelevisie vindt van wel, zo blijkt uit deze zaak.
Een inwoonster van de Amsterdamse Bijlmer klaagt over het niet-verlenen van service door de leverancier van betaaltelevisie. Zij heeft een abonnement op de diensten van deze provider. Na haar verhuizing weigert de decoder, die voor doorlevering van het televisiesignaal moet zorgen, nog langer dienst te doen. Op haar verzoek om een monteur te sturen weigert het bedrijf in te gaan. Als reden wordt aangevoerd dat het externe servicebedrijf weigert om huisbezoeken af te leggen in bepaalde postcodegebieden in Amsterdam Zuidoost. Volgens het bedrijf bestaan er grote veiligheidsrisico's voor de monteurs bij huisbezoeken in de Bijlmer. De vrouw wendt zich vervolgens tot het Meldpunt Discriminatie Amsterdam, dat haar bijstaat bij het indienen van een verzoek om een oordeel bij de CGB. Verzoekster vindt dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van ras. Ze wijst op de bevolkingssamenstelling van het Stadsdeel Zuidoost en legt ter staving daarvan statistieken van de gemeente over. Daaruit blijkt dat de bevolking van het stadsdeel voor bijna tweederde uit allochtonen bestaat. In de specifieke postcodegebieden, waar de provider geen huisbezoek wil laten afleggen, wonen relatief nog meer allochtonen.

2 Ter verdediging voert de provider aan dat er in de bedoelde postcodegebieden verhoogde veiligheidsrisico's zijn. Hij baseert zich op ervaringen uit het verleden van het servicebedrijf. Er zouden monteurs zijn bedreigd en bestolen en materieel zou zijn beschadigd. Hij voert verder aan dat er sprake is van een zeer hoge criminaliteit in het stadsdeel, dat de gebruikte decoders in de wijk erg in trek zijn en dat de grote flats het zicht op de auto vanuit de woning belemmeren.
Bij zijn verweer geeft de provider toe, dat een deel van de specifieke risico's zich in het geval van de verzoekster niet voordoen, omdat zij in laagbouw woont. Ter zitting trekt het bedrijf het boetekleed aan en zegt toe in de toekomst beter te kijken naar de woonomstandigheden van de betrokken abonnee en na te denken over passende maatregelen voor serviceverlening met aanvaardbare risico's in de gehele stad.

3 De Commissie oordeelt dat er sprake is van indirect onderscheid. De door verzoekster aangeleverde bevolkingsstatistieken geven aan dat het niet-verlenen van service in de betreffende postcodegebieden in overwegende mate personen van allochtone afkomst treft.
De maatregel doorstaat de toets van de objectieve rechtvaardiging niet. De CGB acht het doel weliswaar vrij van discriminatie, maar vindt het gehanteerde beleid niet geschikt en niet noodzakelijk. Omdat de provider de gegevens waarop de maatregel is gestoeld niet regelmatig toetst, is er al sprake van ongeschiktheid van de maatregel. Daarnaast meent de CGB dat de stelling van de provider, dat er sprake is van zeer hoge criminaliteit in Amsterdam Zuidoost, alleen is gebaseerd op de eigen veiligheidsbeleving. Het bedrijf heeft geen objectieve gegevens over de criminaliteit in het gebied overgelegd.

Op deze grond acht de CGB de onderbouwing van de maatregel ondeugdelijk.
Ten aanzien van de noodzakelijkheid overweegt de CGB dat het bedrijf ook had kunnen kiezen voor andere oplossingen, zoals het sturen van twee mensen. Dat dat het bedrijf meer geld kost, mag volgens vaste jurisprudentie van de Commissie, die is gestoeld op uitspraken van het Europees Hof van Justitie, geen rol spelen. Regelmatig gebruiken verweerders het argument dat financiële aspecten in de weg staan aan het nemen van maatregelen die onderscheid wellicht kunnen voorkomen. Het Europees Hof stelde daarover met betrekking tot seksediscriminatie in de zaak *Roks*. dat budgettaire beperkingen op zichzelf geen rechtvaardiging voor indirect onderscheid kunnen vormen (zie ook de bijdrage van Tobler in deze bundel).[1] De CGB heeft in een aantal zaken dit argument herhaald, zoals in de oordelen 2000-48, 2001-139 en recentelijk in oordeel 2004-22. Het oordeel luidt dan ook dat voor het indirecte onderscheid geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is en dat de provider in strijd met de wet heeft gehandeld.

4 Het betreft hier een van de zeldzame gevallen waarin postcodediscriminatie door een aanbieder van diensten aan de CGB wordt voorgelegd. Postcodediscriminatie wordt ook aangeduid met *redlining*, naar de rode lijn die op een stadskaart wordt getrokken rondom een gebied waar geen of onder verzwaarde condities diensten worden aangeboden. In hoeverre dit verschijnsel in Nederland voorkomt, is niet bekend. Als we het afmeten aan het aantal zaken dat bij de CGB wordt aangeboden, gaat het om een verwaarloosbaar aantal gevallen. Echter, uit onderzoek blijkt dat verschillende bedrijven het uitsluiten van dienstverlening in bepaalde postcodegebieden om verschillende redenen toepassen.[2] Recent geeft Manuel Aalbers aan dat het verschijnsel in de financiële dienstverlening, zoals het aanbieden van hypotheken, niet onbekend is.[3] Banken en andere financiële dienstverleners proberen logischerwijze risico's te beperken en kunnen op financieel-economische gronden besluiten om in bepaalde stadsdelen geen hypotheken te verstrekken. Het aan het licht brengen van dergelijk onderscheid is moeilijk, onder andere omdat in de meeste gevallen bij de afwijzing van een lening niet als reden wordt opgegeven het wonen in een bepaald postcodegebied. Voorts worden de meeste hypotheken via bemiddelaars aangevraagd. Als het een bemiddelaar niet lukt een lening bij een bank te sluiten, gaat hij naar een andere bank. Bemiddelaars hebben veelal geen belang bij het aanhangig maken van discriminatiezaken. De vraag of de CGB een dergelijke hypotheekbemiddelaar als verzoeker zou accepteren moet mijns inziens positief beantwoord worden. Hypotheekadviseurs hebben een eigen belang in gevallen waarin een hypotheeknemer weigert een overeenkomst te sluiten, omdat hij daardoor gedwongen wordt met andere aanbieders in zee te gaan. Dat kan een flinke financiële aderlating betekenen, omdat bij een andere bank de provisie lager kan zijn. Onder dergelijke omstandigheden lijkt de CGB geneigd te zijn om de verzoeker ontvankelijk te verklaren, zie oordeel 2003-163 en oordeel 2004-142.
Het aan de kaak stellen van dergelijk institutioneel onderscheid is uiterst belangrijk voor de groepen die er door getroffen worden. Daarnaast is het van belang om dit fenomeen beter in kaart te brengen omdat dit soort onderscheid de werking van de markt verstoort. Dat aspect maakt dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) hier onderzoek naar zou moeten verrichten en zonodig zou moeten optreden. Een onderzoek uit eigen beweging door de CGB is daarnaast een middel om dergelijke vormen van ongeoorloofd onderscheid boven water te krijgen.

5 Het onderhavige oordeel maakt duidelijk dat ook buiten de sfeer van de financiële dienstverlening deze vormen van *redlining* of postcodediscriminatie voorkomen. In het verleden heeft de CGB een oordeel gegeven over een supermarktketen die een actie hield waarbij de filialen in Amsterdam Zuidoost werden uitgesloten. Ook daar concludeerde de CGB dat er sprake was van indirect onderscheid, waarbij eveneens de bevolkingssamenstelling van het stadsdeel werd betrokken (oordeel 1999-58). Een drietal soortgelijke zaken uit 1997 en 1999 betroffen de weigering van leveranciers om op een woonwagencomplex te leveren. In alledrie gevallen werd aangegeven dat er vrees voor bedreiging en oplichting bestond, op grond waarvan de maatregel werd gehanteerd om niet te leveren op dergelijke locaties. Aan kopers werd de gelegenheid geboden om tegen een vermindering van de koopprijs, de goederen zelf af te halen.
In de zaken uit 1997 betrof het een leveran-

---

1 *HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, Jur. 1994, p. I-571.*

2 *Zie o.m. P.R. Rodrigues: Anders niets? Discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumententransacties, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 152 e.v.*

3 *M. Aalbers, Redlining in Nederland, Amsterdam: Aksant 2003.*

cier van huishoudelijke apparatuur. In beide zaken besloot de Commissie dat er wel een objectieve rechtvaardiging bestond. De doorslaggevende argumenten daarbij waren dat er gegevens van de plaatselijke politie werden overgelegd waaruit bleek dat bedreiging en afpersing op woonwagenlocaties een vrij frequent voorkomend euvel was (oordelen 1997-119 en 1997-120). De waardering van de objectieve rechtvaardigingsgronden viel in de zaak uit 1999 anders uit. De CGB besliste dat de weigering om op het woonwagencomplex te leveren strijdig met de AWGB was. Hier werd meegewogen dat de beslissing om niet op deze locaties te leveren al uit 1992 stamde en nooit heroverwogen was. Informatie die de CGB zelf bij de plaatselijke politie inwon gaf aan dat er geen gegevens bekend waren omtrent strafrechtelijke of openbare orde-problemen op die locatie. Tevens woog de CGB mee dat de leverancier in het verleden op deze plaats geen ervaring had met ongewenst gedrag (oordeel 1999-65).

Mr. D.C. Houtzager

04 | 16

1 maart 2004

Artikel 7:649 BW

Wachtjaar voor deelname aan pensioen niet objectief gerechtvaardigd.

Verzoeker is op 16 oktober 2002 voor de duur van één jaar in dienst getreden van verweerster in de functie van administrateur. Verweerster heeft voor haar werknemers een pensioenvoorziening getroffen. In artikel 9 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat een werknemer na 12 maanden wordt opgenomen in de collectieve pensioenverzekering. De werkgeversverklaring die onderdeel is van het pensioenreglement bevat een gelijkluidende bepaling. Verzoeker stelt dat er sprake is van ongelijke behandeling op grond van de duur van zijn arbeidsovereenkomst. De Commissie constateert dat door deze bepaling met name werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden benadeeld.
Verweerster voert als objectieve rechtvaardiging aan het willen voorkomen van de opbouw van marginale pensioenen en tevens stelt verweerster dat als er afkoop van het pensioen plaatsvindt de werkgever daardoor financieel nadeel oploopt. Beide argumenten vormen in dit geval echter geen objectieve rechtvaardiging.
Strijd met wet.

04 | 17

1 maart 2004

Artikel 7:649 BW

Ongelijke behandeling op grond van de duur van de arbeidsovereenkomst. Wachttijd van een jaar niet objectief gerechtvaardigd. Verweerster is een stichting pensioenfonds.

Verzoeker is minder dan een jaar in dienst geweest bij zijn werkgever. Verzoeker kon pas deelnemen aan de pensioenregeling indien hij tenminste één jaar in dienst was. Verzoeker stelt dat er sprake is van ongelijke behandeling en spreekt ook het pensioenfonds aan.
Verweerster stelt dat zij niet verantwoordelijk is omdat de werkgever uiteindelijk bepaalt hoe het pensioenreglement eruit ziet. Daarnaast heeft verweerster haar klanten drie maal in een informatieblad gewezen op de wetswijziging waarmee onderscheid op grond van de duur van de arbeidsovereenkomst verboden zou worden.
De Commissie oordeelt dat verweerster een eigen verantwoordelijkheid heeft om er voor te zorgen dat de pensioenreglementen die zij uitvoert geen bepalingen bevatten die in strijd zijn met de gelijkebehandelingswetgeving. De informatie die verweerster in het blad heeft gegeven aan de klanten was niet voldoende.
Strijd met de wet.

04 | 18

2 maart 2004

Artikel 7:648 lid 1 BW

Onderscheid op grond van arbeidsduur door verhogen eigen bijdrage voor gebruik lease-auto na vermindering arbeidsduur.

Verzoeker is bij verweerster werkzaam als consultant. Met het oog op de uitvoering van zijn werkzaamheden en het woon-werkverkeer heeft verweerster aan verzoeker een lease-auto verstrekt. Na de vermindering van zijn arbeidsduur heeft verweerster de eigen bijdrage van verzoeker voor het gebruik van de lease-auto verhoogd. Volgens verzoeker is het niet gerechtvaardigd dat verweerster aan een deeltijder extra kosten in rekening brengt, aangezien de arbeidsduurvermindering op geen enkele wijze van invloed is op het gebruik van de lease-auto.
Verweerster stelt dat de eigen bijdrage is verhoogd

omdat de kostprijs van verzoeker anders zou stijgen.
Partijen zijn het erover eens dat verzoeker de lease-auto uitsluitend gebruikt voor woon-werkverkeer, dat verweerster vat onder de definitie 'zakelijk verkeer'. Het toekennen van de lease-auto kan worden aangemerkt als een voorwaarde die deel uitmaakt van de arbeidsverhouding. Toekenning van de lease-auto is in dit geval een zuiver functiegerelateerde arbeidsvoorwaarde. Door de eigen bijdrage van verzoeker voor het gebruik van de lease-auto na vermindering van diens arbeidsduur te verhogen terwijl diens gebruik van de lease-auto door vermindering van de arbeidsduur niet is gewijzigd, wordt verzoeker als deeltijder benadeeld ten opzichte van voltijdwerknemers, waardoor onderscheid op grond van arbeidsduur ontstaat. Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd. Strijd met artikel 7:648 BW.
Strijd met de wet.

04 | 19

4 maart 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Weigering vrijstelling van de leerplicht te verlenen voor vervulling godsdienstige verplichtingen. Verzoek deels niet ontvankelijk en Commissie deels niet bevoegd.

De zoon van verzoeker is leerling van één van de vestigingen van verweerster. Verzoeker en zijn zoon behoren tot de Christelijke Gemeente Nederland. Verzoeker heeft verweerster gevraagd om, wegens godsdienstige verplichtingen, zijn zoon vrijstelling te verlenen van het volgen van lessen in verband met het bijwonen van de zomerconferentie. Verweerster heeft dit geweigerd.
Verzoeker is van mening dat jegens zijn zoon onderscheid is gemaakt op grond van godsdienst, nu hij als lid van de Christelijk Gemeente Nederland anders wordt behandeld dan mensen die uit geloofsovertuiging Pasen of het Suikerfeest vieren en daar wel vrij voor krijgen.
Verweerster is van mening dat de verlofaanvraag van verzoeker geen betrekking had op een plicht die voortvloeit uit godsdienst en dat evenmin sprake was van een (andere) gewichtige omstandigheid.
De Leerplichtwet bepaalt dat ouders en verzorgers zijn vrijgesteld van de verplichting te zorgen dat de jongere de school geregeld bezoekt wegens de vervulling van godsdienstige verplichtingen. In zo'n geval kunnen ouders volstaan met een kennisgeving aan het hoofd van de school. Er is dan geen sprake van een bestuursrechtelijk besluit en de Commissie is derhalve bevoegd. Het in kennis worden gesteld vraagt echter geen handelen van verweerster en valt daarom ook niet onder het begrip dienstverlening in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling. Het verzoek is voor dit onderdeel derhalve niet ontvankelijk.
Voor vrijstelling wegens gewichtige omstandigheden, anders dan godsdienstige verplichtingen, is wel een verzoek aan het hoofd van de school vereist. Deze bevoegdheid is bij wet opgedragen aan het hoofd van de school, hetgeen betekent dat in een dergelijk geval sprake is van uitoefening van een zogenoemde 'publieke taak'. Voorzover het verzoek betrekking heeft op een bestuursrechtelijk besluit, is de Commissie niet bevoegd.
Niet bevoegd.

04 | 20

10 maart 2004

Artikel 5 AWGB

Door de dubbele verwijzing naar vrouwen in de wervingstekst wekt verzoekster de suggestie dat alleen vrouwen zich bij haar kunnen inschrijven. Bij de aanbieding van specifieke betrekking gebruikt verzoekster een neutrale functiebenaming. Hieruit blijkt wel duidelijk genoeg dat mannen gelijk aan vrouwen voor de betrekking in aanmerking komen.

Verzoekster heeft een detacheringbureau opgericht, waarbij zij zich met name richt op vrouwen. Het zijn vooral vrouwen die in het betreffende vakgebied werkzaam zijn. De vraag ligt voor of verzoekster door haar detacheringactiviteiten in strijd handelt met de wetgeving gelijke behandeling.
Artikel 3, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB) bepaalt dat het niet is toegelaten bij de aanbieding van een betrekking of bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. Blijkens de wetsgeschiedenis bij artikel 3 WGB is ook verzoekster gehouden aan deze bepaling.
Voor het opbouwen van een bestand gebruikt verzoekster de functiebenaming 'vrouwen' gecombineerd met haar operationele naam waarin 'women' voorkomt. Door de dubbele verwijzing naar vrouwen wordt de suggestie gewekt dat alleen vrouwen zich in haar bestand kunnen inschrijven. De toevoeging 'v/m' haalt deze suggestie niet voldoende weg. In dit verband handelt verzoekster in strijd met artikel 3 WGB.

Bij de aanbieding van specifieke betrekking gebruikt verzoekster een neutrale functiebenaming onder de toevoeging 'v/m'. Hieruit blijkt duidelijk genoeg dat mannen gelijk aan vrouwen voor de betrekking in aanmerking komen.
De selectie bij de behandeling van een specifieke betrekking gebeurt op zich sekseneutraal. Niet is gebleken dat verzoekster hierbij onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen. In die zin handelt verzoekster bij de selectie niet in strijd met artikel 3 WGB.
Verzoekster maakt onderscheid door haar algemene wervingsactiviteiten. Zij maakt geen onderscheid bij de specifieke aanbieding van een betrekking. Evenmin maakt zij onderscheid bij de behandeling van de vervulling van een openstaande betrekking.
Geen strijd met de wet.

04 | 21

8 maart 2004

Artikel 2 WGBH/CZ
Artikel 4 WGBH/CZ

Een gemeente handelt in strijd met de WGBH/CZ door een ambtenaar met een handicap niet te herplaatsen en door hem te ontslaan.

Een ambtenaar, in dienst van een gemeente, heeft een visuele handicap. Hij heeft daarom een aantal aanpassingen op de werkplek nodig, waaronder vergrotingsapparatuur om teksten te kunnen lezen. Omdat de gemeente hier niet voor zorgde, heeft de ambtenaar zich op advies van de bedrijfsarts ziek gemeld. Na een herstelverklaring heeft de ambtenaar bijzonder verlof gekregen. Hierdoor heeft de ambtenaar vijf jaar niet kunnen werken. De ambtenaar en de gemeente hebben door middel van mediation geprobeerd de tussen hen bestaande geschillen op te lossen. De gemeente heeft hem per 14 december 2003 ontslagen.
Volgens de ambtenaar is dit gebeurd vanwege zijn handicap. Hij voert aan dat de gemeente eveneens vanwege zijn handicap heeft geweigerd om aanpassingen op de werkplek te verrichten en hem te herplaatsen. Daarnaast voert hij aan dat de gemeente hem niet op de afgesproken tijden heeft beoordeeld, waardoor hij niet op tijd in salaris is gestegen.
De gemeente brengt daar onder andere tegen in dat de ambtenaar ten gevolge van zijn eigen opstelling en gedrag niet is herplaatst en uiteindelijk is ontslagen.
Voor zover de ambtenaar ontvankelijk is in zijn verzoek, oordeelt de Commissie dat sprake is van strijd met de wet. De Commissie is van oordeel dat de gemeente, door de ambtenaar na zijn ziekte niet intern te herplaatsen en door hem te ontslaan, haar verplichting tot het doen van aanpassingen uit de weg is gegaan en hiermee in strijd met de WGBH/CZ heeft gehandeld. Daarmee heeft de werkgever immers voorkomen dat de werkplek van de ambtenaar zou moeten worden aangepast aan zijn handicap.
Strijd met de wet.

04 | 22

10 maart 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 7 AWGB

Verweerster maakt indirect onderscheid op grond van ras en nationaliteit door te eisen dat in haar omgangshuis uitsluitend Nederlands wordt gesproken. Geen objectieve rechtvaardiging.

Verweerster is een stichting die in haar omgangshuis gelegenheid biedt tot begeleid contact tussen kinderen en hun niet-verzorgende ouder wanneer ouders het niet met elkaar eens kunnen worden over een bezoekregeling. Verzoeker en zijn ex-vrouw zijn van Macedonische afkomst. Zij hebben samen een zoon die ten tijde van de begeleide omgang tweeëneenhalf jaar oud was. In afwachting van een definitieve beslissing van de rechtbank over de omgangsregeling hebben verzoeker, zijn ex-vrouw en verweerster in maart 2003 het contract inzake begeleide omgang getekend. Artikel 8 van dit contract bepaalt dat in het omgangshuis alleen in het Nederlands mag worden gecommuniceerd. Verzoeker wil Macedonisch met zijn zoontje praten omdat zijn zoontje het Nederlands onvoldoende beheerst om goed contact met hem te krijgen. Verweerster eist dat verzoeker Nederlands spreekt met zijn zoontje. Volgens verweerster heeft de taaleis als doel de veiligheid van de omgang tussen de niet-verzorgende ouder en het kind te garanderen. Medewerkers van verweerster moeten tijdens het bezoek op hoorafstand de communicatie tussen de niet-verzorgende ouder en het kind kunnen volgen om te voorkomen dat een ontvoering wordt beraamd of dat een eventueel geheim adres of de naam van een nieuwe partner wordt ontfutseld.
De Commissie oordeelt dat deze taaleis indirect onderscheid naar ras en nationaliteit tot gevolg heeft. Het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd omdat het doel van verweerster ook kan worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk

is, te weten de inzet van een tolk ten behoeve van de aanwezige medewerker van verweerster. Niet is gebleken dat verweerster heeft onderzocht hoeveel kosten zijn gemoeid met de inzet van een tolk. Evenmin is gebleken dat verweerster enige afweging heeft gemaakt om tegemoet te kunnen komen aan de behoefte van verzoeker om in de moedertaal met zijn zoon te communiceren, hetgeen te meer klemt omdat verweerster als enige in de regio een omgangshuis biedt. Aanbeveling.
Strijd met de wet.

04 | 23

12 maart 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 5 lid 1 AWGB

Onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden, het laten volgen van onderwijs tijdens de arbeidsverhouding en bij het niet aangaan van een dienstverband.

Verzoeker is van Turkse afkomst. Verzoeker was voor twee jaar aangesteld bij verweerder, een dienstonderdeel van een ministerie, als controleur. Voor deze functie zou verzoeker een interne opleiding moeten afronden. Verzoeker werd echter beschuldigd van examenfraude en overigens niet geschikt geacht de functie van controleur te vervullen.
Tijdens de opleiding hebben medewerkers van verweerder verwezen naar de afkomst van verzoeker en daarmee een direct verband gelegd tussen zijn afkomst en zijn functioneren binnen de groep medewerkers die dezelfde opleiding volgden. Verweerder heeft hiermee verboden onderscheid gemaakt op grond van ras.
Verzoeker heeft gesteld dat hij werd belemmerd in zijn mogelijkheden om ten behoeve van zijn functie een cursus Nederlands te volgen. De procedure die verweerder heeft gehanteerd bij het laten volgen van onderwijs was niet doorzichtig of controleerbaar zodat een vermoeden is ontstaan van onderscheid op grond van ras jegens verzoeker. Verweerder heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen en derhalve op dit punt verboden onderscheid gemaakt op grond van ras.
Tot slot heeft verweerder verzoekers klachten over discriminatie onvoldoende onderzocht en derhalve ook op dit punt verboden onderscheid gemaakt op grond van ras.
Strijd met de wet.

04 | 24

18 maart 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid op grond van ras bij de bejegening en de beëindiging van de arbeidsverhouding.

Verzoeker is van Koerdische afkomst. Hij was werkzaam bij verweerster, een telecommunicatiebedrijf als programmeur op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.
Verzoeker stelt dat hij discriminerend werd bejegend op de werkvloer door een collega die Koerden een primitief nomadenvolk zou hebben genoemd. Vaststaat dat er sprake was van een conflictueuze situatie tussen verzoeker en de bedoelde collega, maar verzoeker heeft geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.
Evenmin is gebleken dat verweerster zich niet van zijn verplichting heeft gekweten om deugdelijk onderzoek te doen naar discriminatieklachten. Aanbeveling.
Geen strijd met de wet.

04 | 25

18 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:648 BW

Geen onderscheid op grond van geslacht en arbeidsduur bij de bejegening en bij de beëindiging van het dienstverband van verzoekster omdat zij ouderschapsverlof heeft opgenomen en minder is gaan werken.

Verzoekster was van 12 juni 2000 tot 1 januari 2004 in dienst bij verweerster, een stichting die zorg- en dienstverlening aanbiedt, in de functie van administratief medewerkster op de afdeling Personeel en Organisatie. Verzoekster heeft tijdens haar dienstverband met verweerster twee kinderen gekregen. Naar aanleiding hiervan is verzoekster minder gaan werken en heeft ze ouderschapsverlof opgenomen om zorgtaken te kunnen gaan vervullen. Verzoekster heeft aangevoerd dat verweerster haar ongelijk heeft behandeld op grond van geslacht en arbeidsduur door onder meer plotseling haar functioneren in twijfel te trekken direct na terugkomst van het zwanger-

schaps-, bevallings- en ouderschapsverlof in verband met de geboorte van haar tweede kind. De Commissie heeft vastgesteld dat verweerster reeds geruime tijd hiervoor kritiek heeft geuit op het functioneren van verzoekster. De Commissie oordeelde dat verweerster jegens verzoekster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, onder meer omdat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op die grond kunnen doen vermoeden. Voorts heeft de Commissie geoordeeld dat verzoekster niet heeft bewezen dat verweerster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van arbeidsduur.
Geen strijd met de wet.

04 | 26

23 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 8 BW

Onderscheid op grond van geslacht bij het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst in verband met zwangerschap.

Verzoekster is bij verweerster werkzaam geweest op een benzineservicestation, op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een half jaar. Verzoekster werd gedurende die periode zwanger. Verweerster heeft besloten de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Volgens verzoekster heeft zij goed gefunctioneerd en is dit aan het eind van haar proeftijd door haar toenmalige direct leidinggevende bevestigd. Nadat bekend werd dat zij zwanger was, ontstonden er spanningen op het werk. Verzoekster heeft daarover bij verweerster geklaagd maar verweerster heeft daar volgens verzoekster niet afdoende op gereageerd. De Commissie oordeelt dat de door verzoekster aangevoerde feiten in onderling verband kunnen doen vermoeden dat haar zwangerschap een rol heeft gespeeld bij het besluit haar geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Verweerster heeft aangevoerd dat verzoekster niet aan de verwachtingen voldeed. Voorts voert verweerster aan dat zij kampte met een te ruime personeelsbezetting. Aangezien verweerster over het functioneren van verzoekster niets op papier heeft gezet, kan de Commissie niet achterhalen wat hierover is gezegd tussen partijen. Verweerster heeft het punt van de personeelsbezetting niet onderbouwd. Verweerster is er volgens de Commissie dan ook niet in geslaagd te bewijzen dat de zwangerschap van verzoekster geen rol heeft gespeeld bij het besluit haar geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit leidt tot het oordeel dat verweerster jegens verzoekster direct onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.
Strijd met de wet.

04 | 27

26 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Werkgever maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door verzoeksters uit te sluiten van een pensioenvoorziening.

Verweerster is het bestuur van een scholengemeenschap. In 1984 startte verweerster een internationale afdeling, waarvan de kosten onder meer moesten worden gedekt uit ouderbijdragen en gelden van het bedrijfsleven. Verzoeksters zijn docent en gaven les op deze internationale afdeling.
Om het financiële risico dat het experiment met de internationale afdeling meebracht te beperken, kregen docenten ten behoeve van het door hen op de internationale afdeling verzorgde onderwijs een tijdelijke arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, waardoor het recht op een wachtgelduitkering werd uitgesloten. Een uitzondering werd gemaakt voor docenten die al werkzaam waren op de school, mits de omvang van hun aanstelling gelijk bleef. Voor de uren gegeven op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, bouwden docenten, waaronder verzoeksters, geen pensioen op.
Verzoeksters stellen dat verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, omdat enkele mannelijke collega's wel pensioen opbouwden.
De Commissie stelt vast dat door het beleid van verweerster aanzienlijk meer vrouwen dan mannen uitgesloten zijn geweest van pensioenopbouw. Er is daarom sprake van indirect onderscheid. Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd nu gebleken is dat verweerster het eigen beleid niet consequent heeft toegepast.
Strijd met de wet.

04 | 28

26 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 12b WGB

Pensioenfonds maakt geen onderscheid op grond van geslacht door uitsluiting van verzoeksters van een pensioenvoorziening.

Verzoeksters zijn docent en hebben, in tegenstelling tot enkele mannelijke collega's, geen pensioen opgebouwd over onderwijs dat zij verzorgden op een speciale afdeling van hun school. De door hen verzorgde lessen werden gefinancierd uit gelden afkomstig uit ouderbijdragen en het bedrijfsleven. Het overige onderwijs op deze afdeling werd gefinancierd uit subsidiegelden van de overheid. Verzoeksters stellen dat verweerster, een pensioenfonds, verantwoordelijk moet worden gehouden voor het onderscheid naar geslacht dat uit dit beleid voortvloeide. Aanzienlijk meer vrouwen dan mannen werden door dit beleid uitgesloten van pensioenopbouw.
Verweerster heeft aangevoerd dat het door de school gevoerde beleid geheel conform de destijds geldende wetgeving was. Voor verweerster was het ook niet goed mogelijk te achterhalen of wellicht sommige docenten betaald werden uit niet-overheidsgelden, maar daarover niettemin toch pensioen opbouwden. Er was geen aanleiding om te veronderstellen dat het beleid van de school tot indirect onderscheid zou kunnen leiden. Verzoekster hebben verweerster nooit benaderd met vragen omtrent pensioenopbouw over lessen aan de internationale afdeling. De Commissie oordeelt derhalve dat verweerster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht.
Geen strijd met de wet.

04 | 29

30 maart 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Voorrangsregeling voor vakantieaanvragen van werknemers met schoolgaande kinderen en werknemers met ouders woonachtig op grote afstand is niet in strijd met de wet.

Verzoekster is een brouwerij met ruim 800 medewerkers. Verzoekster heeft de Commissie verzocht een oordeel te geven over de vraag of haar vakantieaanvraag-regeling in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.
Deze regeling bevat voorrangsbepalingen voor zowel medewerkers met schoolgaande kinderen als voor medewerkers die ouders willen bezoeken woonachtig op een reisafstand van meer dan 1 dag.
Ten aanzien van de voorrangsregeling voor medewerkers met schoolgaande kinderen.
Deze regeling levert weliswaar indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat op aangezien gehuwden vaker schoolgaande kinderen hebben dan ongehuwden. De Commissie acht dit onderscheid echter objectief gerechtvaardigd. Hierbij is onder meer van belang dat verzoekster in de praktijk bijna alle vakantieaanvragen van zowel medewerkers met als zonder schoolgaande kinderen honoreert. De voorrangsregeling wordt hoogst zelden en uitsluitend in conflictsituaties toepast.
Ten aanzien van de regeling voor medewerkers met ouders die op grote afstand wonen.
De Commissie stelt vast dat verzoekster de regeling zodanig heeft gewijzigd dat deze aan zowel allochtonen en autochtone medewerkers op gelijke wijze de mogelijkheid biedt verlof te nemen voor het bezoeken van ouders die op grote afstand wonen.
De vakantieaanvraagregeling van verzoekster is niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.
Geen strijd met de wet.

04 | 30

30 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.

Verzoekster was van 1 oktober 1973 tot 1 september 1995 werkzaam bij verweerster, een detailhandelsconcern. Verzoekster heeft van 1 januari 1982 tot 1 september 2000 pensioen opgebouwd bij het ondernemingspensioenfonds van verweerster. Verzoekster ontvangt vanaf 1 september 2000 een werknemerspensioen en een AOW-uitkering. De echtgenoot van verzoekster ontvangt eveneens een werknemerspensioen en een AOW-uitkering. Verweerster is vanaf 1 januari 1986 bij de pensioenopbouw van verzoekster uitgegaan van haar salaris onder aftrek van een bedrag (franchise) gelijk aan de AOW-uitkering van een alleenverdienende kost-

winner, terwijl zij vanaf 1 september 2000 een AOW-uitkering ontvangt die de helft is van de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner. Ditzelfde geldt voor haar echtgenoot. Hierdoor ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van verzoekster, ook wel het 'tweeverdienersgat' genoemd.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht. Allereerst acht de Commissie het verzoek niet-ontvankelijk voor de periode van 1 januari 1986 tot 17 mei 1990. Ingevolge artikel 7:646 BW hebben aanspraken met betrekking tot de opbouw van pensioenen terugwerkende kracht tot en met 17 mei 1990.
De Commissie heeft vervolgens geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Bovengenoemde toepassing van de franchise pakt vanwege het ontstaan van het zogenoemde tweeverdienersgat, nadelig uit voor tweeverdienersrelaties en blijkens cijfers van het CBS zijn er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen die deel uitmaken van tweeverdienersrelaties. Vrouwen zijn zelden alleenverdienende kostwinner. Bovendien verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen – ook na deeltijdcorrectie – zodat het negatief effect van het hanteren van de kostwinnersfranchise vooral vrouwen treft.
De Commissie acht dit indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Hoewel het doel van de franchise – het aansluiten bij de AOW op 65-jarige leeftijd – op zich legitiem is, wordt het middel, de kostwinnersfranchise, niet geschikt geacht om dit doel te bereiken. De AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) en sluit daarom veelal, zoals ook in dit geval, niet aan bij de gehanteerde (eenvormige) kostwinnersfranchise. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de gehanteerde franchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de leefsituatie bij de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. De Commissie heeft op grond van het vorenstaande geconcludeerd dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en beveelt aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.
Strijd met de wet/niet ontvankelijk.

04 | 31

30 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 12b WGB

Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.

Verzoekster was van 1 oktober 1973 tot 1 september 1995 werkzaam bij een detailhandelsconcern. Verzoekster heeft van 1 januari 1982 tot 1 september 2000 pensioen opgebouwd bij verweerster, een ondernemingspensioenfonds. Verzoekster ontvangt vanaf 1 september 2000 een werknemerspensioen en een AOW-uitkering. De echtgenoot van verzoekster ontvangt eveneens een werknemerspensioen en een AOW-uitkering. Verweerster is vanaf 1 januari 1986 bij de pensioenopbouw van verzoekster uitgegaan van haar salaris onder aftrek van een bedrag (franchise) gelijk aan de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner, terwijl zij vanaf 1 september 2000 een AOW-uitkering ontvangt die de helft is van de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner. Ditzelfde geldt voor haar echtgenoot. Hierdoor ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van verzoekster, ook wel het 'tweeverdienersgat' genoemd.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht. Allereerst acht de Commissie het verzoek niet-ontvankelijk voor de periode van 1 januari 1986 tot 17 mei 1990. Ingevolge artikel 7:646 BW hebben aanspraken met betrekking tot de opbouw van pensioenen terugwerkende kracht tot en met 17 mei 1990.
De Commissie heeft vervolgens geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Bovengenoemde toepassing van de franchise pakt vanwege het ontstaan van het zogenoemde tweeverdienersgat, nadelig uit voor tweeverdienersrelaties en blijkens cijfers van het CBS zijn er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen die deel uitmaken van tweeverdienersrelaties. Vrouwen zijn zelden alleenverdienende kostwinner. Bovendien verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen – ook na deeltijdcorrectie – zodat het negatief effect van het hanteren van de kostwinnersfranchise vooral vrouwen treft.
De Commissie acht dit indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Hoewel het doel van de franchise – het aansluiten bij de AOW op 65-jarige leeftijd – op zich legitiem is, wordt het middel, de kostwinnersfranchise, niet geschikt geacht om dit

doel te bereiken. De AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) en sluit daarom veelal, zoals ook in dit geval, niet aan bij de gehanteerde (eenvormige) kostwinnersfranchise. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de gehanteerde franchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de leefsituatie bij de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. De Commissie heeft op grond van het vorenstaande geconcludeerd dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en beveelt aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.
Strijd met de wet/niet ontvankelijk.

04 | 32

30 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 12b WGB

Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.

Verzoekster was van 16 mei 1979 tot in 1993 werkzaam bij een ingenieursbedrijf. Verzoekster heeft vanaf 1 juni 1979 pensioen opgebouwd bij verweerster, een ondernemingspensioenfonds. Verzoekster wordt op 17 augustus 2005 65 jaar en zal dan werknemerspensioen en een AOW-uitkering ontvangen. De echtgenoot van verzoekster heeft eveneens pensioen opgebouwd. Verweerster is bij de pensioenopbouw van verzoekster uitgegaan van haar salaris onder aftrek van een bedrag (franchise) gelijk aan de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner, terwijl zij vanaf 1 augustus 2005 een AOW-uitkering zal ontvangen die de helft is van de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner. Ditzelfde geldt voor haar echtgenoot. Hierdoor ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van verzoekster, ook wel het 'tweeverdienersgat' genoemd.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht. Allereerst acht de Commissie het verzoek niet-ontvankelijk voor de periode van 1 juni 1979 tot 17 mei 1990. Ingevolge artikel 7:646 BW hebben aanspraken met betrekking tot de opbouw van pensioenen terugwerkende kracht tot en met 17 mei 1990.
De Commissie heeft vervolgens geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Bovengenoemde toepassing van de franchise pakt vanwege het ontstaan van het zogenoemde tweeverdienersgat, nadelig uit voor tweeverdienersrelaties en blijkens cijfers van het CBS zijn er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen die deel uitmaken van tweeverdienersrelaties. Vrouwen zijn zelden alleenverdienende kostwinner. Bovendien verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen – ook na deeltijdcorrectie – zodat het negatief effect van het hanteren van de kostwinnersfranchise vooral vrouwen treft.
De Commissie acht dit indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Hoewel het doel van de franchise – het aansluiten bij de AOW op 65-jarige leeftijd – op zich legitiem is, wordt het middel, de kostwinnersfranchise, niet geschikt geacht om dit doel te bereiken. De AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) en sluit daarom veelal, zoals ook in dit geval, niet aan bij de gehanteerde (eenvormige) kostwinnersfranchise. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de gehanteerde franchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de leefsituatie bij de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. De Commissie heeft op grond van het vorenstaande geconcludeerd dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en beveelt aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.
Strijd met de wet/niet ontvankelijk.

04 | 33

30 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.

Verzoekster was van 16 mei 1979 tot in 1993 werkzaam bij verweerster, een ingenieursbedrijf. Verzoekster heeft vanaf 1 juni 1979 pensioen opgebouwd bij het ondernemingspensioenfonds van verweerster. Verzoekster wordt op 17 augustus 2005 65 jaar en zal dan werknemers-

pensioen en een AOW-uitkering ontvangen. De echtgenoot van verzoekster heeft eveneens pensioen opgebouwd. Verweerster is bij de pensioenopbouw van verzoekster uitgegaan van haar salaris onder aftrek van een bedrag (franchise) gelijk aan de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner, terwijl zij vanaf 1 augustus 2005 een AOW-uitkering zal ontvangen die de helft is van de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner. Ditzelfde geldt voor haar echtgenoot. Hierdoor ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van verzoekster, ook wel het 'tweeverdienersgat' genoemd.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht.
Allereerst acht de Commissie het verzoek niet-ontvankelijk voor de periode van 1 juni 1979 tot 17 mei 1990. Ingevolge artikel 7:646 BW hebben aanspraken met betrekking tot de opbouw van pensioenen terugwerkende kracht tot en met 17 mei 1990.
De Commissie heeft vervolgens geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Bovengenoemde toepassing van de franchise pakt vanwege het ontstaan van het zogenoemde tweeverdienersgat, nadelig uit voor tweeverdienersrelaties en blijkens cijfers van het CBS zijn er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen die deel uitmaken van tweeverdienersrelaties. Vrouwen zijn zelden alleenverdienende kostwinner. Bovendien verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen – ook na deeltijdcorrectie – zodat het negatief effect van het hanteren van de kostwinnersfranchise vooral vrouwen treft.
De Commissie acht dit indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Hoewel het doel van de franchise – het aansluiten bij de AOW op 65-jarige leeftijd – op zich legitiem is, wordt het middel, de kostwinnersfranchise, niet geschikt geacht om dit doel te bereiken. De AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) en sluit daarom veelal, zoals ook in dit geval, niet aan bij de gehanteerde (eenvormige) kostwinnersfranchise. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de gehanteerde franchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de leefsituatie bij de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. De Commissie heeft op grond van het vorenstaande geconcludeerd dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en beveelt aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.
Strijd met de wet/niet ontvankelijk.

04 | 34

30 maart 2004

(mr. M.M. van der Burg (voorzitter), mr. drs. M.G. Nicolai en P.M. van der Sluis)

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 12b WGB

Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren. Verweerster heeft geen verboden onderscheid gemaakt op grond van burgerlijke staat.

Verzoekster was vanaf 1961 werkzaam bij een onderwijsinstelling. Deze onderwijsinstelling heeft de pensioenvoorziening voor haar werknemers ondergebracht bij verweerster, een uitvoerder van een pensioenregeling.
Verzoekster heeft van 1961 tot 1 december 1999 pensioen opgebouwd bij verweerster. Ook haar echtgenoot heeft pensioen opgebouwd bij verweerster. Vanaf 1 december 1999 ontvangt verzoekster een werknemerspensioen en een AOW-uitkering. Verweerster is bij de pensioenopbouw van verzoekster tot 1995 uitgegaan van haar salaris onder aftrek van een bedrag (franchise) gelijk aan de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner, terwijl zij sinds 1999 een AOW-uitkering ontvangt die de helft is van de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner. Ditzelfde geldt voor haar echtgenoot. Hierdoor ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van verzoekster, ook wel het 'tweeverdienersgat' genoemd.
Met ingang van 1 januari 1995 heeft verweerster het salaris van verzoekster niet met de genoemde kostwinnersfranchise gekort, maar met een (lager) vast bedrag van ƒ 26.500,– per jaar. Deze franchise wordt verhoogd bij stijging van de AOW en was in 2000 ƒ 30.000,–. Ook hierdoor meent verzoekster benadeeld te zijn vergeleken bij de alleenverdienende kostwinner.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en burgerlijke staat.
Allereerst acht de Commissie het verzoek niet-ontvankelijk voor de periode van 1961 tot 17 mei 1990. Ingevolge artikel 7:646 BW hebben aanspraken met betrekking tot de opbouw van pensioenen terugwerkende kracht tot en met 17 mei 1990.
De Commissie heeft vervolgens geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Bovengenoemde toepassing van de fran-

chise pakt vanwege het ontstaan van het zogenoemde tweeverdienersgat, nadelig uit voor tweeverdienersrelaties en blijkens cijfers van het CBS zijn er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen die deel uitmaken van tweeverdienersrelaties. Vrouwen zijn zelden alleenverdienende kostwinner. Bovendien verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen – ook na deeltijdcorrectie – zodat het negatief effect van het hanteren van de kostwinnersfranchise vooral vrouwen treft. Deze conclusie geldt ook voor de franchise die na 1 januari 1995 wordt toegepast. De Commissie acht dit indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Hoewel het doel van de franchise – het aansluiten bij de AOW op 65-jarige leeftijd – op zich legitiem is, wordt het middel, de kostwinnersfranchise, niet geschikt geacht om dit doel te bereiken. De AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) en sluit daarom veelal, zoals ook in dit geval, niet aan bij beide gehanteerde (eenvormige) hoge franchises. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de gehanteerde franchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de leefsituatie bij de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. De Commissie heeft op grond van het vorenstaande geconcludeerd dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en beveelt aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.
De Commissie oordeelt dat verweerster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat. Sinds 1 september 1994 is genoemd onderscheid in de AWGB weliswaar verboden, maar volgens artikel 5, zesde lid, AWGB gold dit verbod tot 1 januari 2001 niet voor pensioenvoorzieningen (ouderdoms- en nabestaandenpensioen). Wel en geen strijd met de wet. Niet ontvankelijk.

1 PROCESVERLOOP

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift, aangevuld bij brief van 14 februari 2002, heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving door bij de pensioenopbouw haar pensioengevend salaris te verminderen met de kostwinnersfranchise, gebaseerd op de AOW voor een echtpaar.

1.2 Tevens heeft verzoekster de Commissie verzocht om een oordeel uit te spreken over de vraag of . . . . , hierna: de werkgever, in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving door bij de pensioenopbouw het pensioengevend salaris te verminderen met de kostwinnersfranchise. In die zaak is op 30 maart 2004 een oordeel uitgesproken onder nummer 2004-35.

1.3 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren met een verweerschrift.
Op 27 januari 2003 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen.

1.4 De Commissie heeft om advies gevraagd aan . . . . , pensioendeskundige, hierna: de getuige-deskundige, en aan de functiewaarderingsdeskundige van de Commissie, S. Bisschop, hierna: de functiewaarderingsdeskundige. Beiden hebben een rapport uitgebracht op respectievelijk 12 augustus 2003 en in augustus 2003. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld op deze rapporten te reageren. De Commissie heeft de reacties van verzoekster en verweerster ontvangen op respectievelijk 12 september 2003 en 16 oktober 2003.

1.5 Op 23 oktober 2003 heeft de Commissie zitting gehouden waar de zaken gevoegd zijn behandeld en waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht. De getuige-deskundige heeft op verzoek van de Commissie en partijen een toelichting gegeven op haar rapport. Verweerster heeft desgevraagd op 31 oktober 2003 een toelichting te geven op de wijze waarop verweerster toepassing heeft gegeven aan de franchise bij de pensioenopbouw van verzoekster. Verzoekster heeft hierop desgevraagd gereageerd op 11 november 2003.

1.6 De Commissie heeft het onderzoek gesloten op 11 november 2003.

2 FEITEN

2.1 Verweerster is een stichting die uitvoerder is van een pensioenregeling. De werkgever heeft de pensioenvoorziening van de werknemers ondergebracht bij verweerster.

2.2 Verzoekster is gehuwd en heeft vanaf 1969 tot ongeveer 1991 bij de werkgever gewerkt. Daarna ontving zij een uitkering ingevolge de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) en vervolgens een uitkering

ingevolge de (inmiddels vervallen) Wet uitkering wegens vrijwillig vervroegd uittreden (VUT). Op grond van deze werkzaamheden en uitkeringen heeft verzoekster pensioen opgebouwd bij verweerster. Over de periode van 1961 tot 1969 heeft verzoekster eveneens gewerkt in het onderwijs, maar niet bij de werkgever. Zij heeft ook over die periode pensioen opgebouwd bij verweerster. Verzoekster is op 11 december 1999 65 jaar geworden. Zij ontvangt sedert 1 december 1999 ouderdomspensioen.

2.3 De echtgenoot van verzoekster heeft eveneens pensioen opgebouwd bij verweerster. Hij is op 4 februari 2000 65 jaar geworden en ontvangt vanaf 1 februari 2000 ouderdomspensioen.

2.4 Door verweerster wordt, zoals gebruikelijk bij werknemerspensioenvoorzieningen, bij de opbouw van het pensioen rekening gehouden met het feit dat er ook van overheidswege pensioen wordt verstrekt, namelijk een uitkering ingevolge de Algemene ouderdomswet (AOW) vanaf 65-jarige leeftijd. Daarom wordt niet over het gehele pensioengevend salaris pensioen opgebouwd, maar vindt er een bepaalde aftrek plaats. Deze aftrek wordt franchise genoemd.

2.5 Onder franchise wordt verstaan dat gedeelte van het pensioengevend salaris dat bij de berekening van de pensioenopbouw buiten beschouwing wordt gelaten, omdat de deelnemer aan de pensioenvoorziening over dat gedeelte een AOW-uitkering zal ontvangen. Het pensioengevend salaris verminderd met de franchise wordt de pensioengrondslag genoemd. Deze pensioengrondslag wordt als uitgangspunt genomen bij de pensioenberekening.

2.6 De Algemene burgerlijke pensioenwet (ABPW) is sinds 1966 van kracht en is van toepassing op ambtenaren in de zin van de Ambtenarenwet (AW), alsmede op personeel in het bijzonder onderwijs. Verweerster is per 1 januari 1996 geprivatiseerd en is nu een bedrijfstakpensioenfonds voor de bedrijfstak overheid. De pensioenvoorziening is niet langer geregeld in de ABPW (vervallen), maar in een pensioenreglement.

2.7 In de loop van de jaren is op verschillende wijzen rekening gehouden met de AOW. Vanaf 1966 tot 1986 kende de ABPW een zogenoemd inbouwsysteem. Het uitgangspunt van deze regeling was dat de AOW over de ambtelijke diensttijd opging in de pensioenvoorziening. Hierbij werd onderscheid gemaakt tussen de AOW voor gehuwden en ongehuwden.
Op grond van de gelijkebehandelingsvoorschriften is de AOW in 1985 geïndividualiseerd, waardoor gehuwden en daarmee gelijkgestelde partners ieder recht hadden op een AOW-uitkering van 50%. In verband hiermee is de ABPW met ingang van 1 januari 1986 aangepast. Gedurende de periode van 1986 tot 1995 gold het gedifferentieerd franchisesysteem.
Met ingang van 1 januari 1995 is het pensioenreglement in werking getreden, dat na de privatisering van verweerster in 1996 in stand is gebleven. Vanaf 1 januari 1995 hanteert verweerster een uniform franchisesysteem (zie voor de beschrijving van deze systemen de paragrafen 2.8 en 2.9).
Uitgangspunt bij de overgangen in 1986 en 1995 was dat het oude systeem werd gehandhaafd voor de pensioenaanspraken die onder dat systeem waren opgebouwd. Zowel de ABPW, als het pensioenreglement kenden een eindloonstelsel.

2.8 Zoals vermeld kende de ABPW gedurende de periode van 1 januari 1986 tot 1995 een gedifferentieerde franchise. Voor de gepensioneerde die voor de toepassing van de AOW als gehuwd werd aangemerkt, bedroeg de franchise 20/7^{e} maal het tot een jaarbedrag herleide bedrag waarop recht bestaat of zou hebben bestaan indien hij verzekerd zou zijn geweest (AOW-uitkering van 50%). Deze franchise wordt kostwinnersfranchise genoemd. De reden van toepassing van de kostwinnersfranchise is dat pensioenregelingen over het algemeen zijn ontstaan in een periode waarin er sprake was van één type werknemer, namelijk de alleenverdienende kostwinner.
Voor de gepensioneerde die voor de toepassing van de AOW als ongehuwd werd aangemerkt, bedroeg de franchise 10/7^{e} maal dat jaarbedrag (AOW-uitkering van 70%).
In de situatie waarin een gepensioneerde een partner had die eveneens recht had op een pensioen waarop een AOW-vermindering werd toegepast, bestond recht op een toeslag voor samenlopende kalendertijd tussen 1 januari 1986 en 1 januari 1995. Deze toeslag diende om de gevolgen van het tweemaal toepassen van de kostwinnersfranchise te verzachten. De hoogte van de toeslag was afhankelijk van de samenlopende diensttijd en werd per dienstjaar vastgesteld op 1,75% van het verschil tussen de

franchise voor een gehuwde en het AOW-pensioen voor een gehuwde.

2.9 Sinds 1995 kent de pensioenregeling van verweerster één uniforme franchise voor alle deelnemers. Hierbij is de koppeling met de AOW-uitkering losgelaten. De franchise is per 1 januari 1995 vastgesteld op *f* 26.500,–. Deze franchise wordt met een veelvoud van *f* 100,– (thans € 50,–) aangepast wanneer het ouderdomspensioen ingevolge de AOW van een gehuwde meer dan *f* 100,– (€ 50,–) is gestegen. Met ingang van 1 januari 2000 was de franchise gestegen naar *f* 30.000,–. Vóór 1 januari 1995 bedroeg de gehuwdenfranchise overigens *f* 33.175,20 en de ongehuwdenfranchise *f* 23.159,49.

2.10 De basis voor deze onderlinge koppeling van de AOW (eerste pijler) en de werknemerspensioenvoorziening (tweede pijler) ligt in een pensioenakkoord uit de jaren zestig van de vorige eeuw. Daarin kwamen de overheid en de sociale partners overeen dat er voor werknemers een pensioentoezegging zou komen van 70% van het eind- dan wel het middelloon, opgebouwd uit de combinatie van AOW-uitkering en werknemerspensioen (L. de Graaf, 'Het pensioenvraagstuk in Nederland: een historische schets', in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers en J.J. Siegers (redactie), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 11-19). Een pensioen van 70% van het eind- of middelloon geldt als norm voor een goed pensioen. Een dergelijk pensioen is niet meer dan een uitgangspunt dat alleen wordt gehaald bij een volledige AOW- en pensioenopbouw gedurende het maximaal aantal dienstjaren zonder tussentijdse hiaten of overstapbreuken.

2.11 Op grond van de fiscale wetgeving is voorgeschreven dat rekening moet worden gehouden met de AOW bij de opbouw van pensioenaanspraken en dat de franchise tenminste de gehuwden-AOW zonder toeslag van 50% moet bedragen (artikel 18a, achtste lid, Wet op de Loonbelasting). Dit is 50% van het nettominimumloon. Aan sociale partners (besturen van collectieve pensioenregelingen) wordt overgelaten welke franchise wordt gehanteerd.

Toepassing van de kostwinnersfranchise wordt geïllustreerd aan de hand van een drietal voorbeelden:

Voorbeeld 1 (alleenverdienende kostwinner):
De AOW-uitkering voor samenwonenden bedraagt bijvoorbeeld € 15.400,–. De franchise wordt in een pensioenregeling vastgesteld op 10/7de van de AOW-uitkering en bedraagt derhalve € 22.000,–. Het pensioengevend inkomen van de deelnemer bedraagt € 30.000,–. De pensioengrondslag is derhalve € 30.000,– minus € 22.000,– = € 8.000,–. Na een volledig dienstverband van 40 jaar bedraagt het aanvullend pensioen 70% van € 8.000,– derhalve € 5.600,–. Daarnaast ontvangt de deelnemer (samen met zijn echtgenoot) een AOW-uitkering van € 15.400,–. Het totale pensioeninkomen bedraagt € 5.600,– + € 15.400,– = € 21.000,–. Dit is exact de beoogde 70% van het inkomen van € 30.000,–.

Voorbeeld 2 (alleenstaande):
Indien de deelnemer in de regeling een alleenstaande is, wordt het normniveau niet gehaald. De alleenstaande ontvangt een lagere AOW-uitkering van om en nabij de € 11.200,–. Het totale pensioeninkomen (aanvullend pensioen en AOW-uitkering) bedraagt derhalve € 11.200,– + € 5.600,– (zie voorbeeld 1) = € 16.800,–. Dat is 56% van het inkomen van € 30.000,–.

Voorbeeld 3 (tweeverdiener):
Indien de deelnemer in de regeling een tweeverdiener is, wordt het normniveau evenmin gehaald. Bij tweeverdieners worden beide partners geconfronteerd met de hantering van een franchise afgeleid van de AOW-uitkering voor gehuwden, terwijl zij deze uitkering samen maar één keer ontvangen. Op grond van de regeling krijgen beide partners na een volledig dienstverband een aanvullend pensioen van € 5.600, (zie voorbeeld 1). Samen derhalve € 11.200,–. Daarnaast krijgen zij de AOW-uitkering van € 15.400,–. Het totale pensioeninkomen bedraagt € 11.200,– + € 15.400,– = € 26.600,–. Dat is 44% van het gezamenlijke inkomen van € 60.000,–.

2.12 In het Convenant inzake arbeidspensioenen, overeengekomen tussen het kabinet en Stichting van de Arbeid op 9 december 1997, hierna: het convenant, hebben het kabinet en de sociale partners afspraken gemaakt over de modernisering van de pensioenen. Hierin is vastgelegd dat het wenselijk is om de kostwinnersfranchise te verlagen. De hieruit voortvloeiende kostenverhoging zou moeten worden opgevangen binnen de pensioenregeling.

2.13 De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vermeldt in zijn brief aan de Tweede Kamer van 13 december 1999 dat de franchise ongedifferentieerd dient te zijn. Pensioen is namelijk uitgesteld loon en daar past geen differentiatie naar huishoudentype bij. Tevens vermeldt de staatssecretaris dat er nooit een franchise kan worden gekozen waarbij voor alle huishoudtypen hetzelfde pensioenresultaat wordt bereikt, omdat de AOW wel differentieert naar huishoudentype. Verder signaleert de staatssecretaris dat een verlaging van de franchise grote financiële implicaties heeft en dat daarom de verlaging gepaard moet gaan met compenserende maatregelen binnen de regeling. Tot slot concludeert de staatssecretaris dat het kabinet er vanuit blijft gaan dat de sociale partners zelf verantwoordelijk zijn voor het bepalen van de hoogte van de franchise.

2.14 Om het onderhandelaars in het arbeidsvoorwaardenoverleg gemakkelijker te maken is de Pensioenmeetwijzer, Studiereeks van de Verzekeringskamer, nr. 17, oktober 1999, hierna: de Meetwijzer, ontwikkeld. Deze Meetwijzer kan als een soort spoorboekje worden gehanteerd bij de wijziging van de pensioenregeling. In de Meetwijzer wordt (uitgedrukt in mutatie van de premie als percentage van de salarissom) aangegeven wat de kosteneffecten zijn van een wijziging van een onderdeel van de pensioenregeling. De onderdelen die hierbij in beeld zijn gebracht zijn achtereenvolgens: de verlaging van de franchise, de verlaging van het opbouwpercentage, de overgang van eindloon naar middelloon en afschaffing van het verplichte collectieve nabestaandenpensioen.

2.15 Ter beoordeling van de vraag welke mogelijke alternatieven er bestaan voor de kostwinnersfranchise en onder welke voorwaarden deze alternatieven budgettairneutraal zijn te verwezenlijken, heeft de Commissie advies gevraagd aan de getuigedeskundige. Het rapport van de getuigedeskundige van 12 augustus 2003 wordt hier als ingelast beschouwd.

2.16 Ter beoordeling van de vraag of werkende vrouwen significant vaker deel uitmaken van een tweeverdienerrelatie dan werkende mannen heeft de Commissie haar functiewaarderingsdeskundige om advies gevraagd. De functiewaarderingsdeskundige heeft een statistische berekening gemaakt op grond van de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek, hierna: het CBS. Het rapport van de functiewaarderingsdeskundige van augustus 2003 wordt hier als ingelast beschouwd.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Doordat zowel het pensioengevend salaris van verzoekster als dat van haar echtgenoot wordt verminderd met de kostwinnersfranchise bedraagt hun gezamenlijk ouderdomspensioen *f* 1861,– bruto per maand minder dan zij voorafgaand aan hun 65-jarige leeftijd gezamenlijk aan arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvingen. Als gangbare norm voor een oudedagsvoorziening wordt over het algemeen uitgegaan van 70% van het laatstverdiende salaris. Ook verweerster gaat hier vanuit. In voorbeeldberekeningen wordt iedere werknemer een pensioen in het vooruitzicht gesteld van 70% van het laatstgenoten salaris bij een volledig dienstverband. Bovendien heft de werkgever slechts pensioenpremie over 70% van het laatstgenoten salaris. Echtparen, waarvan beide partners hebben gewerkt en pensioen hebben opgebouwd, kunnen als gevolg van de vermindering van beide pensioengevende salarissen met de kostwinnersfranchise nooit een pensioen bereiken van 70% van hun laatstgenoten salaris. Er is sprake van een tekort van eenmaal een AOW-uitkering van 100% voor een echtpaar.

3.2 Er is sprake van indirecte discriminatie op grond van burgerlijke staat. De alleenstaande deelnemer ontvangt als gevolg van de hogere AOW-uitkering een hoger ouderdomspensioen dan de deelnemer die deel uitmaakt van een tweeverdienersrelatie.

3.3 Tevens is sprake van ongelijke behandeling van echtparen die voor hun pensionering beiden een eigen werkkring hadden. Dit brengt indirecte discriminatie mee van de vrouw. Uit cijfers van het CBS blijkt namelijk dat van de werkende vrouwen een veel groter percentage deel uitmaakt van een tweeverdienersrelatie dan van de werkende mannen.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERSTER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 De 70%-norm voor het ouderdomspensioen, die inhoudt dat het totale pensioen, gevormd door het algemeen ouderdomspensioen (AOW) plus aanvullend pensioen, 70% zou

moeten bedragen van het laatstverdiende loon, is geen keiharde norm. Het gaat om een globale doelstelling die alleen onder een aantal voorwaarden (onder meer volledige pensioenopbouw en een franchise die aansluit bij de feitelijke AOW-uitkering) wordt gehaald. Deze norm is in het verleden ontstaan (zestiger en zeventiger jaren van de vorige eeuw) en was gebaseerd op de situatie zoals die destijds gebruikelijk was: de meeste huishoudens kenden één kostwinner, meestal de man, en deze kostwinner ontving wanneer hij 65 werd de gehele AOW voor het echtpaar, dus zowel voor zichzelf als voor zijn vrouw. Deze norm kan niet zonder meer worden toegepast op de situatie waarin twee echtelieden of samenwonenden beiden verdienen.

4.2 Een verlaging naar de fiscaal gezien laagst mogelijke franchise (10/7^{e} maal de ongehuwden-AOW) zou tot zeer forse kostenstijgingen leiden. Omdat in het convenant is afgesproken dat de kosten moeten worden opgevangen binnen de pensioenregelingen, zou dat resulteren in een ingrijpende wijziging van de pensioenregeling.

4.3 In de huidige pensioenregelingen is de franchise doorgaans voor iedereen gelijk. Een lagere franchise voor bijvoorbeeld vrouwen of ongehuwden is in onbruik geraakt en is bovendien, voorzover het betreft het hanteren van verschillende franchises al naar gelang de burgerlijke staat, sinds 1 januari 2001 in strijd met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).
Samen met het gegeven dat de AOW wel differentieert naar huishoudsituatie betekent dit dat er nooit een franchise kan worden gekozen waarbij voor alle huishoudtypen een pensioenresultaat wordt bereikt van 70% van het laatstgenoten inkomen. Bij een hoge franchise komen vooral tweeverdieners en tevens alleenstaanden lager uit. Bij een lage franchise komen vooral kostwinners en tevens alleenstaanden ver uit boven hetgeen in de regeling wordt gesuggereerd.
Afschaffen van de franchise leidt ertoe dat de lagere inkomens in plaats van te weinig, mogelijk te veel pensioen opbouwen. Bij de regelgeving van verweerster wordt er rekening mee gehouden dat ook een pensioen van overheidswege wordt verstrekt (AOW), zowel aan de kant van de premieheffing als aan de kant van de pensioenuitkeringen.
Aan de kant van de premieheffing wordt hiermee rekening gehouden doordat slechts premie hoeft te worden betaald over het pensioengevend inkomen minus een franchise die voor iedereen gelijk is. Betaald wordt een doorsneepremie die voor iedereen hetzelfde is. Dit betekent dat de opbouw van pensioen voor iedere deelnemer gelijk is.
Aan de kant van de pensioenuitkering is sprake van een franchise. Het verschil in resultaat wat betreft het ouderdomspensioen treedt pas op wanneer daarbij de AOW (van de partner) in ogenschouw wordt genomen. Dit ongelijke resultaat is dus niet de uitkomst van de pensioenregeling op zich. Verweerster kan daarvoor ook niet verantwoordelijk worden gehouden.

4.4 Daar komt nog bij dat, voorzover de klacht betrekking heeft op de pensioenopbouw over diensttijd vóór 1995, het pensioen voor tweeverdieners gunstiger uitvalt dan voor alleenverdieners. Dit is het gevolg van het feit dat verweerster een toeslag verstrekt bij samenloop van diensttijd van tweeverdieners.

4.5 De met ingang van 1 januari 1995 vastgestelde franchise van *f* 26.500,– is het resultaat van onderhandelingen tussen de Minister van Binnenlandse Zaken en de vakbonden. Bij de keuze voor het franchisebedrag is rekening gehouden met het pensioenresultaat en het kostenaspect. De gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft hierbij geen rol gespeeld.

4.6 Op grond van het vorenstaande wordt geconcludeerd dat de stelling van verzoekster, dat in de pensioenregeling een zodanig hoog franchisebedrag (globaal de AOW-norm voor een echtpaar) wordt gehanteerd dat slechts een klein deel wordt gecompenseerd door de feitelijke AOW, zeker in haar situatie niet juist is.

4.7 De Commissie en verzoekster reduceren het probleem van de toepassing van een franchise ten onrechte tot de gevolgen voor één bepaalde categorie deelnemers, namelijk de vrouwelijke tweeverdieners. Verweerster is van mening dat dit geen reële benadering is omdat één onderdeel uit de regeling wordt gelicht, ten aanzien waarvan vervolgens met behulp van bepaalde cijfers wordt gesteld dat het vermoeden van indirecte discriminatie bestaat. Aan de hele problematiek is onderscheid tussen mannen en vrouwen vreemd. Indien het aantal werkende vrouwen toeneemt, zal het percentage mannelijke alleenverdieners dalen. De berekening van de functiewaarderingsdeskundige is dan niet meer bruikbaar. Indien de Commissie zou concluderen dat sprake is

van indirect onderscheid, zou dat ertoe kunnen leiden dat vrouwelijke tweeverdieners een hoger pensioen dienen te ontvangen. Dan ontstaat er pas echte discriminatie, namelijk van mannelijke tweeverdieners.

4.8 Zoals betoogd onder 4.3, wordt het verschil in behandeling niet veroorzaakt door de pensioenregeling van verweerster, zodat verweerster hiervoor geen rechtvaardigingsgronden kan aandragen. Verweerster beschouwt de cijfers van het CBS over het aantal tweeverdieners en alleenverdienende kostwinners, verdeeld naar mannen en vrouwen, als een gegeven. Daarnaast heeft verweerster geen zeggenschap over de inhoud van de pensioenregeling. De sociale partners bepalen immers de inhoud van de pensioenregeling. Ook de besluitvorming ten aanzien van de 'nieuwe' franchise ligt bij de sociale partners.

4.9 De getuige-deskundige geeft geen concreet alternatief. De geopperde mogelijkheid van een lagere franchise, leidt er volgens de getuige-deskundige toe dat voor minder deelnemers nadelige effecten ontstaan. Deze lagere franchise leidt er echter eveneens toe dat een bepaalde categorie deelnemers (de alleenverdienende kostwinners) uitkomt op een veel hoger percentage van het laatstverdiende inkomen. Hierdoor ontstaat een nieuwe ongelijkheid. Verweerster is van mening dat de getuige-deskundige geen reëel alternatief biedt.

5 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

5.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en/of burgerlijke staat door bij de pensioenopbouw haar pensioengevend inkomen te verminderen met de kostwinnersfranchise.

Onderscheid op grond van geslacht

5.2 Allereerst zal de Commissie onderzoeken of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht.

5.3 Deze vraag heeft betrekking op de wijze van inbouw van de franchise in de pensioenvoorziening. De hoogte van de franchise wordt bepaald door het bestuur van verweerster (de sociale partners). Het gaat derhalve niet om de (hoogte van de) AOW-uitkeringen als zodanig, maar om de wijze waarop bij de opbouw van pensioenaanspraken rekening wordt gehouden met de AOW. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, hierna: het HvJ EG, dat de pensioenvoorziening die in het kader van de arbeidsverhouding tot stand is gekomen beloning vormt in de zin van artikel 141 Europese Gemeenschappen (EG) en dat alle onderdelen van de pensioenregeling getoetst kunnen worden aan het beginsel van gelijke beloning (zie onder meer HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88 (*Barber*), *Jur.* 1990, p. I-1889). De omstandigheid dat de werknemerspensioenvoorziening een aanvulling vormt op een wettelijke regeling (de AOW) doet hieraan niet af. Het HvJ EG heeft in het arrest HvJ EG 28 september 1994, zaak C-7/93 (*Beune*), *Jur.* 1994, p. I-4471 beslist dat de AOW-inbouw in een pensioenvoorziening onder de reikwijdte valt van artikel 119 EG-Verdrag. De Commissie acht de systematiek van de franchise vergelijkbaar met die van de AOW-inbouw. Hiermee valt het toepassen van een franchise onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving.
De Commissie is derhalve bevoegd de in geding zijnde vraag te toetsen aan de gelijkebehandelingswetgeving.

5.4 Verweerster heeft in 4.5 aangevoerd dat de sociale partners de franchise hebben vastgesteld. Naar aanleiding hiervan wordt overwogen dat ingevolge vaste jurisprudentie van de Commissie (bijvoorbeeld CGB 20 juni 2001, oordeel 2001-51 en CGB 23 juli 2003, oordeel 2003-102) een werkgever dan wel een pensioenfonds een eigen verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving bij een regeling (in dit geval de franchiseregeling), ook wanneer die is opgesteld door de sociale partners. Verweerster kan dan ook verantwoordelijk worden gehouden voor de franchise, ook al is deze vastgesteld door sociale partners.

5.5 In verband met de beantwoording van de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt over de gehele door verzoekster in geding gebrachte periode – van 1961 tot 1 december 1999 – is het volgende van belang. Het HvJ EG heeft in het arrest HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88 (*Barber*), *Jur.* 1990, p. I-1889 beslist dat op de rechtstreekse werking van artikel 119 EG-Verdrag geen beroep kan worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest (17 mei 1990).

5.6 In artikel III van de Wet van 12 maart 1998, ter implementatie van de Barber-richtlijn is bepaald dat het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken voor werknemers terugwerkende kracht hebben tot en met 17 mei 1990.

5.7 De wijze waarop verweerster rekening heeft gehouden met de AOW in de pensioenregeling heeft betrekking op de opbouw van pensioenaanspraken en heeft derhalve geen verdere terugwerkende kracht dan tot 17 mei 1990.
Het verzoek is dan ook niet-ontvankelijk voorzover het betrekking heeft op de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de wijze waarop met de AOW rekening is gehouden in de pensioenvoorziening gedurende de periode van 1961 tot 17 december 1990.

5.8 Gelet op de verschillende franchises die verweerster heeft toegepast dient met betrekking tot de wijze waarop verweerster rekening heeft gehouden met de AOW in de pensioenregeling sinds 17 mei 1990 een uitsplitsing te worden gemaakt naar de volgende tijdvakken.

De periode vanaf 17 mei 1990 tot 1 januari 1995

5.9 Met betrekking tot de vraag of verweerster vanaf 17 mei 1990 tot 1 januari 1995 jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, gelden de navolgende overwegingen.

5.10 Nu het in deze zaak gaat om de relatie tussen verzoekster en de uitvoerder van een pensioenregeling is artikel 12b, eerste lid, WGB van toepassing.

5.11 In artikel 12b, eerste lid, WGB is bepaald dat het ook aan anderen dan de werkgever, bedoeld in artikel 7:646 BW of het bevoegd gezag, bedoeld in artikel 1a WGB, is verboden onderscheid op grond van geslacht te maken zowel bij de bepaling van de kring van personen voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, als bij de bepaling van de inhoud van de pensioenvoorziening en wat betreft de wijze van uitvoering daarvan. De werking van deze bepaling strekt zich ook uit tot uitvoerders van pensioenvoorzieningen als verweerster.

5.12 Deze zienswijze, die in overeenstemming is met vaste jurisprudentie van de Commissie (bijvoorbeeld CGB 20 december 2001, oordeel 2001-145 en CGB 10 januari 2003, oordeel 2003-4), is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het HvJ EG (zie HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-379/99 (*Menauer*), *Jur.* 2001, p.I-7275).

5.13 Uit het bepaalde in artikel 12b WGB volgt dat verweerster geen onderscheid mag maken op grond van geslacht bij onder meer bepaling van de inhoud van de pensioenvoorziening. Artikel 1a WGB en artikel 7:646 BW regelen wat onder onderscheid op grond van geslacht moet worden verstaan. Nu verzoekster en haar werkgever een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht hadden gesloten, zal worden getoetst aan artikel 7:646 BW.

5.14 In artikel 7:646, eerste lid, BW is bepaald dat een werkgever geen onderscheid mag maken op grond van geslacht in onder meer de arbeidsvoorwaarden. Onder arbeidsvoorwaarden wordt tevens begrepen een pensioenvoorziening (HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88 *(Barber)*, *Jur.* 1990, p. I-1889).
In artikel 7:646, vijfde lid, BW is bepaald dat onder onderscheid wordt verstaan direct en indirect onderscheid op grond van geslacht.

5.15 Gedurende de hier aan de orde zijnde periode van 17 mei 1990 tot 1 januari 1995 heeft verweerster voor gehuwden (en degenen die ingevolge de AOW als zodanig worden aangemerkt) een franchise gehanteerd van 20/7^{e} maal het tot een jaarbedrag herleide bedrag van een AOW-uitkering voor een gehuwde van 50% (kostwinnersfranchise). Bij samenloop van diensttijd van huwelijkspartners of daarmee gelijkgestelden werd een toeslag toegekend, als omschreven in 2.8.

5.16 Verzoekster heeft aangevoerd dat verweerster hierdoor indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht. Volgens verzoekster is de door verweerster gehanteerde franchise in het voordeel van alleenverdienende kostwinners en in het nadeel van tweeverdieners. Aangezien werkende vrouwen significant vaker deel uitmaken van een tweeverdienersrelatie dan van een alleenverdienende kostwinnersrelatie, heeft verweerster indirect onderscheid gemaakt op grond van geslacht.

5.17 De toepassing van de kostwinnersfranchise – in de hier aan de orde zijnde periode van

17 mei 1990 tot 1 januari 1995 – brengt voor een alleenverdienende kostwinner met zich dat deze een pensioen kan opbouwen van maximaal 70% van het laatstgenoten (of gemiddelde) salaris, indien er bij dezelfde werkgever over de maximumperiode pensioen is opgebouwd en indien er tevens over de gehele periode AOW is opgebouwd en er ook geen hiaten of overstapbreuken zijn. Hierbij dient de AOW-uitkering van de partner te worden opgeteld bij het pensioen (waaronder de AOW-uitkering) van een alleenverdienende kostwinner. De kostwinnersfranchise is namelijk gebaseerd op een AOW-uitkering van 100% (is gelijk aan het wettelijk minimumloon) en dit is het bedrag dat een alleenverdienende kostwinner en partner feitelijk aan AOW-uitkering ontvangen, te weten twee maal een AOW-uitkering van 50%. Met andere woorden alleenverdienende kostwinners kunnen bij het hanteren van een kostwinnersfranchise in optimale omstandigheden het normpensioen bereiken van 70% van het laatstgenoten inkomen (zie ook 2.11, voorbeeld 1).

5.18 De toepassing van de kostwinnersfranchise brengt voor tweeverdieners met zich dat zij nooit een pensioen van 70% van het laatstgenoten gezamenlijke inkomen kunnen bereiken. Immers door bij de pensioenopbouw van beide partners rekening te houden met de kostwinnersfranchise (dat wil zeggen gebaseerd op twee maal een AOW-uitkering van 100%) ontstaat een pensioengat van maximaal één AOW-uitkering van 100%, omdat beide partners een AOW-uitkering van 50% ontvangen (zie ook 2.11, voorbeeld 3). Dit is het zogenaamde 'tweeverdienersgat'.

5.19 Verweerster heeft aangevoerd dat in de ABPW het effect van de kostwinnersfranchise werd verzacht door toekenning van een toeslag in een situatie als de onderhavige, waarin een gepensioneerde een partner had die eveneens recht had op een pensioen waarop een AOW-vermindering werd toegepast. Volgens verweerster brengt hierdoor de kostwinnersfranchise voor tweeverdieners geen pensioengat van 100% teweeg. Overwogen wordt dat uit de stukken blijkt dat aan de echtgenoot van verzoekster een toeslag is verstrekt van ongeveer *f* 200,– per jaar. Dit neemt echter niet weg dat de kostwinnersfranchise het uitgangspunt blijft bij toepassing van de franchise. Ook heeft verweerster niet geconcretiseerd wat het effect is van die toeslag op de pensioenopbouw van verzoekster. Uit de stukken kan namelijk niet worden afgeleid dat verweerster verzoekster die toeslag ook heeft verstrekt. Op grond van het vorenstaande ziet de Commissie zich dan ook genoodzaakt te concluderen dat toepassing van de kostwinnersfranchise (inclusief een eventuele toeslag) onderscheid tussen kostwinners- en tweeverdienersrelaties met zich brengt.

5.20 Verweerster heeft aangevoerd dat in het pensioenreglement geen onderscheid wordt gemaakt tussen de franchise voor tweeverdieners en alleenverdienende kostwinners. De franchise is voor beide groepen gelijk. Pas wanneer de AOW bij het pensioenresultaat wordt betrokken, ontstaan er verschillen in de hoogte van het pensioen tussen beide groepen. Hiervoor kan verweerster niet verantwoordelijk worden gehouden.
Overwogen wordt dat door het hanteren van een uniforme franchise geen direct onderscheid wordt gemaakt. Van direct onderscheid op grond van geslacht is sprake wanneer rechtstreeks wordt verwezen naar het geslacht van betrokkenen.
Dit laat onverlet dat door het hanteren van een uniforme franchise sprake kan zijn van indirect onderscheid op grond van – in dit geval – geslacht, indien komt vast te staan dat significant meer personen van één bepaald geslacht worden getroffen. Het verweer dat geen sprake kan zijn van onderscheid wordt dan ook onjuist geacht.

5.21 Hierboven is vastgesteld dat de kostwinnersfranchise benadelend is voor tweeverdienersrelaties in vergelijking met die van de alleenverdienende kostwinnersrelaties (5.19). Derhalve ligt thans de vraag voor of werkende vrouwen significant vaker dan werkende mannen deel uitmaken van tweeverdienersrelaties.
Ingevolge vaste jurisprudentie van de Commissie vindt beoordeling van deze vraag in beginsel plaats aan de hand van de cijfers van het pensioenfonds. In dit geval heeft deze beoordeling echter plaatsgevonden met behulp van de cijfers van het CBS, aangezien er bij verweerster geen cijfers beschikbaar zijn over het aantal deelnemers dat alleenverdienende kostwinner of tweeverdieners is, uitgesplitst naar mannen en vrouwen. Verweerster heeft desgevraagd meegedeeld dat de cijfers van het CBS worden beschouwd als een gegeven en er geen aanleiding is aan te nemen dat de CBS-cijfers afwijken van die van het bestand van verweerster.

5.22 Uit de cijfers van het CBS blijkt dat het aantal tweeverdienershuishoudens in Nederland in 1992 en 2000 respectievelijk 1.994.000 en 2.561.000 bedroeg. In die jaren bedroeg het aantal alleenverdienende kostwinnershuishoudens respectievelijk 1.229.000 (waarvan 1.199.000 mannen en 30.000 vrouwen) en 820.000 (waarvan 781.000 mannen en 39.000 vrouwen). De Commissie gaat ervan uit dat het aantal mannen en vrouwen dat deel uitmaakt van tweeverdienershuishoudens ongeveer even groot is, aannemend dat het aantal manmanrelaties enerzijds en het aantal vrouwvrouwrelaties anderzijds ongeveer even groot is. Uit het rapport van de functiewaarderingsdeskundige blijkt dat zowel in 1992 als in 2000 significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen deel uitmaakten van een tweeverdienersrelatie. Er was derhalve in 1992 en 2000 sprake van een significante samenhang tussen de kostwinnersfranchise en de benadeling van vrouwen.

5.23 In dit verband wordt nog overwogen dat op basis van de cijfers van het CBS van het aantal alleenverdienende kostwinners- en tweeverdienersrelaties gedurende de jaren van 1990 tot en met 2000 een trend kan worden vastgesteld. Deze trend is dat er vanaf 1990 tot en met 2000 sprake was van een geleidelijke toename van het aantal tweeverdienersrelaties onder gelijktijdige afname van het aantal alleenverdienende kostwinnersrelaties. Op basis van deze trend en het feit dat, blijkens het rapport van de functiewaarderingsdeskundige, er in de jaren 1992 en 2000 een significante samenhang bestond tussen de kostwinnersfranchise en de benadeling van vrouwen, kan de conclusie worden getrokken dat deze significante samenhang gold over de hele periode van 1990 tot en met 2000.

5.24 Hier komt nog bij dat vrouwen binnen de populatie tweeverdieners doorgaans de minstverdienende partner zijn. Uit cijfers van het CBS blijkt dat in 2000 het gemiddeld brutojaarloon van mannen lag op € 30.300,– en dat van vrouwen op € 23.000,–. Binnen de groep van tweeverdieners ondervinden vrouwen derhalve de meeste nadelen van een voor hun leefsituatie te hoge franchise.

5.25 Naar aanleiding van het verweer dat de berekening van de functiewaarderingsdeskundige niet meer bruikbaar is, wanneer het aantal werkende vrouwen toeneemt, wordt als volgt overwogen. Het indirect onderscheid is in dit geval gebaseerd op statistische gegevens. Wanneer deze gegevens in de loop van de jaren wijzigen, kunnen deze nieuwe gegevens tot de conclusie leiden dat er geen sprake meer is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Indirect onderscheid is derhalve geen statisch begrip. Veranderingen en ontwikkelingen in de samenleving hebben hierop invloed. Toekomstige ontwikkelingen kunnen echter niet worden meegenomen bij de vaststelling van indirect onderscheid. Geoordeeld wordt derhalve dat dit verweer er niet toe kan leiden dat er geen sprake was van indirect onderscheid op grond van geslacht in de periode van 1990 tot en met 2000.

5.26 Op grond van vorenstaande overwegingen wordt geconcludeerd dat het hanteren van de kostwinnersfranchise indirect onderscheid op grond van geslacht met zich brengt.

5.27 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend, dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien hetzelfde 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.

5.28 Het doel van de hantering van een franchise is om bij de opbouw van het werknemerspensioen aan te sluiten bij de AOW-uitkering op 65-jarige leeftijd. Dit doel moet voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend worden geacht en is derhalve legitiem.

5.29 Het middel dat verweerster hanteert, is het toepassen van de kostwinnersfranchise.

5.30 Met betrekking tot de vraag of dit middel geschikt is om het onder 5.28 genoemde doel te bereiken, gelden de volgende overwegingen.
Omdat de AOW gedifferentieerd is naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) is een eenvormige franchise in zijn algemeenheid niet geschikt om genoemd doel te bereiken. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de kostwinnersfranchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt, namelijk in de situatie van de alleenverdienende kostwinner.

Voor tweeverdieners geldt immers dat zij bij toepassing van de kostwinnersfranchise een pensioengat opbouwen van maximaal tweemaal een AOW-uitkering van 50%. Ook alleenstaanden hebben bij toepassing van de kostwinnersfranchise te maken met een pensioengat. Dit bedraagt 30% van een AOW-uitkering, aangezien de kostwinnersfranchise gebaseerd is op een AOW-uitkering van 100% en alleenstaanden een AOW-uitkering ontvangen van 70%.
Verder wordt overwogen dat de leefsituatie gedurende de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. Dus ook van de groep kostwinners, voor wie de kostwinnersfranchise aansluit bij de leefsituatie gedurende (een bepaalde periode van) de opbouw van het pensioen, kan de leefsituatie in de loop van de tijd wijzigen. Alleenverdieners kunnen tweeverdieners worden of alleen gaan wonen. Er is immers in de levensloop van mensen vrijwel geen sprake (meer) van statische, onveranderlijke arbeids- en leefpatronen. Geoordeeld wordt dan ook dat het middel niet geschikt is om het betreffende doel te bereiken.

5.31 Zelfs als het middel (het toepassen van de kostwinnersfranchise) als geschikt zou worden gekwalificeerd om het betreffend doel te bereiken, dan is dit middel nog niet noodzakelijk voor het bereiken van dit doel. Het doel kan worden bereikt met een ander middel dat geen onderscheid maakt of althans minder bezwaarlijk is. In dit verband wordt verwezen naar het rapport van de getuige-deskundige waaruit blijkt dat bij toepassing van de kostwinnersfranchise slechts een gering aantal deelnemers (17,8%) het beoogde normniveau van 70% van het laatstverdiende- of middelloon kan halen, omdat het werknemerspensioen aansluit bij de AOW-uitkering. Tevens blijkt uit dit rapport (pagina 7) dat bij een verlaging van het franchisebedrag meer deelnemers in de gelegenheid zouden zijn om een pensioen op te bouwen dat beter aansluit bij hun AOW-uitkering, waardoor zij een meer adequaat pensioen zouden kunnen ontvangen.
Ten aanzien van de toeslag die verweerster zou verstrekken heeft de Commissie reeds hiervoor geconstateerd dat niet is gebleken dat deze is toegekend aan verzoekster.
Geconcludeerd wordt dat het middel, het hanteren van de kostwinnersfranchise, niet noodzakelijk is, aangezien er andere middelen zijn die tot geen onderscheid leiden, althans minder bezwaarlijk zijn.
Onderkend wordt dat geen enkele uniforme franchise naadloos aansluit op de AOW-uitkering, omdat deze laatste, zoals eerder vermeld, wel gedifferentieerd is naar leefsituatie, maar de kostwinnersfranchise past nog minder dan andere mogelijkheden.
Verwezen wordt naar het rapport van de getuige-deskundige, waarin wordt uiteengezet dat ook pensioenregelingen zonder franchise mogelijk zijn door herschikking van elementen van de pensioenregeling.

5.32 Uit het vorenstaande volgt dat verweerster gedurende de periode van 17 mei 1990 tot 1 januari 1995 indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht dat niet objectief is gerechtvaardigd en daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 12b, eerste lid, WGB.

De periode van 1 januari 1995 tot 1 december 1999

5.33 Met betrekking tot de vraag of verweerster vanaf 1 januari 1995 tot 1 december 1999 jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht, gelden de navolgende overwegingen.

5.34 Bij de beantwoording van deze vraag zijn de wetsartikelen als omschreven in 5.11 en 5.14 van toepassing.

5.35 Met ingang van 1 januari 1995 heeft verweerster de franchise voor alle deelnemers vastgesteld op een uniform bedrag van *f* 26.500,–, waarbij de koppeling met de AOW geheel is losgelaten. Deze franchise bedroeg met ingang van 1 januari 2000 *f* 30.000,– als gevolg van de jaarlijkse verhogingen.

5.36 Overwogen wordt dat verweerster door toepassing van de onder 5.35 vermelde bedragen, een franchise hanteert die gaat in de richting van de AOW-uitkering voor een alleenstaande. Het effect van deze franchise

op de pensioenopbouw van alleenverdienende kostwinners is dat zij een pensioen kunnen opbouwen van meer dan 70% van het laatstgenoten inkomen. Dit is meer, dan noodzakelijk is voor een adequaat pensioen. Zoals hierboven is overwogen is van een adequaat pensioen sprake bij een pensioen van 70% van het laatstgenoten inkomen. Het effect van de genoemde franchise op de pensioenopbouw van tweeverdieners is, dat er weliswaar een geringer 'pensioengat' ontstaat dan bij toepassing van de kostwinnersfranchise, maar er is nog steeds sprake van een 'pensioengat'. Beide partners ontvangen immers een AOW-uitkering van 50%. Toepassing van de genoemde franchise brengt derhalve onderscheid tussen alleenverdienende kostwinners- en tweeverdienersrelaties met zich.

5.37 Hierboven is vastgesteld dat de in 5.35 genoemde franchise benadelend is voor tweeverdienersrelaties in vergelijking met die van de alleenverdienende kostwinnersrelaties. Deze franchise brengt geen direct onderscheid op grond van geslacht met zich, omdat niet rechtstreeks wordt verwezen naar het geslacht van betrokkenen.

5.38 Derhalve ligt thans de vraag voor of werkende vrouwen significant vaker dan werkende mannen deel uitmaken van tweeverdienersrelaties.
In 5.22 en 5.23 is vastgesteld dat van 1990 tot en met 2000 significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen deel uitmaakten van tweeverdienersrelaties. De gehanteerde franchise brengt derhalve indirect onderscheid op grond van geslacht met zich.

5.39 Zoals is overwogen in 5.27 kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd, indien de partij die onderscheid heeft gemaakt, feiten aandraagt ter rechtvaardiging hiervan. De Commissie toetst de vraag of het indirect onderscheid is gerechtvaardigd met behulp van de criteria, genoemd in 5.27.

5.40 Het doel van de hantering van een franchise is om bij de opbouw van het werknemerspensioen aan te sluiten bij de AOW-uitkering op 65-jarige leeftijd. Dit doel moet voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend worden geacht en is derhalve legitiem.

5.41 Het middel dat verweerster hanteert, is het toepassen van een vaste franchise ter grootte van *f* 30.000,–.

5.42 De Commissie heeft in 5.30 overwogen dat een eenvormige franchise niet geschikt is om het betreffende doel te bereiken. Ook de onder 5.35 genoemde franchise zal slechts in een beperkt aantal situaties als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Zoals is overwogen in 5.30 met betrekking tot de groep alleenverdienende kostwinners, geldt ook hier dat de leefsituatie gedurende de opbouw van de AOW niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd.
Geoordeeld wordt derhalve dat ook de onder 5.35 genoemde franchise geen geschikt middel is om het betreffende doel te bereiken.

5.43 Zo het middel wel geschikt zou zijn, overweegt de Commissie nog dat het middel niet noodzakelijk is om het doel te bereiken. Het doel kan immers worden bereikt met een ander middel dat geen onderscheid maakt, of althans minder bezwaarlijk is. Zoals is overwogen in 5.31 brengt een verlaging van het franchisebedrag met zich dat weliswaar meer deelnemers in de gelegenheid zijn een pensioen op te bouwen dat beter aansluit bij de AOW-uitkering die zij ontvangen en zodoende een meer adequaat pensioen zouden kunnen ontvangen, maar er is nog steeds geen sprake van een adequaat pensioen. Geconcludeerd wordt dat het middel, het hanteren van de onder 5.35 genoemde franchise niet noodzakelijk is, aangezien er andere middelen zijn die niet tot onderscheid leiden, althans minder bezwaarlijk zijn.

5.44 Uit het vorenstaande volgt dat verweerster gedurende de periode van 1 januari 1995 tot 1 december 1999 jegens verzoekster indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht dat niet objectief is gerechtvaardigd en daarmee in strijd heeft gehandeld met artikel 12b, eerste lid, WGB.

5.45 In dit verband wordt opgemerkt dat alle werkgevers, zo ook verweerster, op basis van het convenant de instructie hebben gekregen om de franchise te verlagen (zie 2.12). De Commissie onderkent echter wel dat, voor het volledig ongedaan maken van bovengenoemde discriminerende effecten van de franchise, ingrijpende veranderingen van de pensioenregeling noodzakelijk zijn. In dit kader wil de Commissie nadrukkelijk opmerken dat de keuze van verweerster tot een aanzienlijke verlaging van de franchise onder de huidige omstandigheden een belangrijke stap in de goede richting is.

Onderscheid op grond van burgerlijke staat

5.46 Met ingang van 1 september 1994 is de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) inwerking getreden. Artikel 5, eerst lid, onderdeel d, AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB, verbiedt het maken van onderscheid op grond van onder meer burgerlijke staat bij de arbeidsvoorwaarden. Derhalve kan eerst vanaf 1 september 1994 worden getoetst of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat.

5.47 Ingevolge artikel 5, zesde lid, AWGB, zoals dit artikel luidde tot 1 januari 2001, gold het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat bij de arbeidsvoorwaarden niet, voorzover het betrof pensioenvoorzieningen (ouderdoms- en nabestaandenpensioen). Vanaf 1 januari 2001 geldt deze uitzondering van het verbod op onderscheid op grond van burgerlijke staat uitsluitend nog voor het nabestaandenpensioen.

5.48 In de ABPW die gold tot 1 januari 1995 werd een tweetal franchises gehanteerd, namelijk een franchise voor gehuwden en daarmee gelijkgestelden enerzijds en een franchise voor ongehuwden anderzijds. Hiermee heeft verweerster direct onderscheid gemaakt op grond van burgerlijke staat in een pensioenregeling voor ouderdomspensioen. Uit het bepaalde in artikel 5, zesde lid, AWGB volgt dat dit onderscheid niet is verboden. Geconcludeerd wordt dat verweerster in de periode van 1 september 1994 tot 1 januari 1995 geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat.

5.49 Vanaf 1 januari 1995 heeft verweerster een uniforme franchise gehanteerd die in 1995 *f* 26.500,– bedroeg. De Commissie is op grond van dezelfde overweging, als vermeld in 5.48 van oordeel dat – zo deze regeling indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat met zich bracht – verweerster geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat in de periode van 1 januari 1995 tot 1 december 1999.

5.50 Op grond van het vorenstaande wordt geconcludeerd dat verweerster jegens verzoekster geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat in de periode van 1 september 1994 tot 1 december 1999.

6 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat:
- het verzoek niet-ontvankelijk is, voor zover het verzoek betrekking heeft op onderscheid op grond van geslacht gedurende de periode van 1961 tot 17 mei 1990;

Stichting Pensioenfonds ABP jegens . . . . :
- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door het hanteren van de kostwinnersfranchise gedurende de periode van 17 mei 1990 tot 1 januari 1995;
- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door het hanteren van de alleenstaandenfranchise gedurende de periode van 1 januari 1995 tot 1 december 1999;
- geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat gedurende de periode van 1 september 1994 tot 1 december 1999.

7 AANBEVELING

De Commissie Gelijke Behandeling beveelt verweerster aan een pensioenvoorziening te treffen die reëel aansluit bij het laatstgenoten of gemiddelde salaris.
De Commissie Gelijke Behandeling beveelt de wetgever en de sociale partners aan te bezien op welke wijze de pensioen- en AOW-systematiek zodanig op elkaar kunnen worden afgestemd dat geen sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht en tevens te bezien op welke wijze daartoe kan worden gekomen.

ANNOTATIE: AFWIJZING VAN DE KOSTWINNERSFRANCHISE

Inleiding
In een serie uitspraken heeft de CGB op 30 maart 2004 een aantal oordelen gegeven die steeds als kern hebben, dat zowel door de werkgever als door de betrokken pensioenfondsen, verboden onderscheid is gemaakt op grond van geslacht jegens de verschillende klaagsters.[1] Aanleiding voor deze oordelen is het in de pensioenregeling hanteren van de zogenaamde kostwinnersfranchise gedurende de periode van 17 mei 1990 tot een relevante latere datum. Deze uitspraken zijn in de pensioenwereld – om het zacht uit te drukken – niet steeds

1 *Zie de oordelen 2004-30 t/m 2004-35 en de oordelen 2004-171 en 2004-172.*

welwillend ontvangen. Enerzijds is dit een wat merkwaardige reactie omdat het bestaan van het 'tweeverdienersgat' in de literatuur[2], maar ook in publicaties van de overheid[3] en in het overleg tussen sociale partners al lang en breed als een probleem was erkend en beschreven, maar anderzijds is de reactie ook weer begrijpelijk omdat een complete oplossing voor het probleem nogal kostbaar zal zijn. Dat geldt in ieder geval wanneer het huidige ambitieniveau voor een goede pensioenregeling zou worden gehandhaafd. Dat daarbij globaal gekozen zal moeten worden tussen het (veel) duurder maken van pensioenregelingen, dit ten laste van werkgever en werknemers gezamenlijk, of voor het minder aantrekkelijk maken van andere elementen in de pensioenregeling, dit ten laste van de pensioengerechtigden, heeft er in de praktijk waarschijnlijk toe geleid dat adequate aanpassingen – in ieder geval tot nu toe – niet op voldoende schaal zijn doorgevoerd. Bovendien bestaat er ook gerede twijfel of de oordelen van de CGB tot verboden onderscheid in deze gevallen wel op de juiste gronden zijn gegeven.

Ik richt mij in deze bijdrage vooral op oordeel 2004-34 omdat dit betrekking heeft op de grootste pensioenuitvoerder in Nederland. Bovendien is het van belang om op te merken dat de regeling uitgevoerd door het ABP in het verleden wel een oplossing voor het hierna nader toe te lichten tweeverdienersprobleem kende.

Opmerking vooraf over karakter en positie van de pensioentoezegging in Nederland

Uitgangspunt voor de situatie van pensioenregelingen in de tweede pijler in Nederland is nog steeds het beginsel dat sociale partners met elkaar vaststellen hoe de inhoud van de pensioenregeling er uit zal zien. Er bestaat geen pensioenplicht en er zijn geen wettelijke regels over de (minimum) aanspraken, die toegezegd zouden moeten worden. Sociale partners zijn bij de vormgeving van pensioenregelingen echter wel gebonden aan wettelijke bepalingen, die ook – en in toenemende mate – relevant kunnen zijn voor de materiële inhoud van de pensioenregeling.[4] Een duidelijk voorbeeld daarvan is de regelgeving over gelijke behandeling. Dit laatste aspect wordt naar mijn mening nog wel eens over het hoofd gezien. Dit vooral wanneer, vanuit de sfeer van sociale partners en uitvoerders van pensioenregelingen, op het soort van oordelen als hier aan de orde is – kort gezegd – de reactie volgt: wij maken toch zelf uit hoe de pensioenregeling er uit ziet en als wij een slechte regeling willen treffen, dan moeten wij dat ook zelf weten. Op zichzelf is dat waar, maar er mag – onder andere – niettemin geen sprake zijn van het maken van een verboden onderscheid in de pensioenregeling.

Historie van het tweeverdienersprobleem in pensioenregelingen

Met ingang van 1 april 1985 werd de AOW aangepast aan het beginsel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Vanaf die datum kregen gehuwde bejaarden (en later ook samenwonenden) ieder afzonderlijk recht op 50% van de vroegere AOW-uitkering voor een gehuwde man, die de 65-jarige leeftijd had bereikt. Als gevolg van die ontwikkeling waren de bestaande pensioenregelingen toen vaak niet meer afgestemd op de tot dan toe gangbare omschrijving van de AOW-inbouw. Bij de vaststelling van de hoogte van het aanvullende pensioen werd doorgaans uitgegaan van de volledige AOW-uitkering voor gehuwden. Nu een gehuwde dan wel ongehuwd samenwonende bejaarde zelfstandig recht kreeg op 50% daarvan als nieuw gehuwdenpensioen, zou dat, gezien de gangbare omschrijving van de inbouwmethodiek, automatisch leiden tot hogere aanvullende pensioenen. De te hanteren franchise of inbouw van de gehuwden-AOW zou immers halveren.

Om de kostenverzwaring van deze hogere aanvullende pensioenaanspraken te voorkomen werd een wettelijke overgangsregeling getroffen. Voor de aanpassing van de pensioenregelingen aan de nieuwe AOW was aanvankelijk drie jaar de tijd gegeven. Op verzoek van de Stichting van de Arbeid kwam daar nog twee jaar bij, tot 1 april 1990. Aanvankelijk was het dus voor werkgevers en pensioenuitvoerders op grond van een wettelijke overgangsbepaling gerechtvaardigd om een 'dubbele' AOW-inbouw toe te passen, maar deze overgangsregeling liep al af met ingang van 1 april 1990.

---

2 *Zie bijvoorbeeld E.A.F.J.M. Linthorst, 'ABP-regeling en tweeverdieners', Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1988, p. 70-73; E. Dijt, 'Discriminatie van tweeverdieners in bedrijfspensioenregelingen', Pensioen & Praktijk 1991-7, p. 28 e.v. en H. Muller, 'Franchiseverlaging wenselijk en mogelijk, mede dankzij de Wet Pemba', Pensioen Magazine 1997-10, p. 17 e.v.*

3 *Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Kamerstukken II 1999/2000, 25 694, nr. 7.*

4 *Zie daarover P.M.C. de Lange, 'Een raam gevuld met normen', in: W.M.A. Kalkman, Vakmanschap is meesterschap, liber amicorum aan G.V. Smittenaar, Deventer: Kluwer 2002.*

Niettemin bleven veel pensioenregelingen ook daarna uitgaan van inbouw van de volledige AOW-uitkering voor een echtpaar, hoewel al vrij snel stemmen opgingen dat dat voor tweeverdieners tot onwenselijke pensioenresultaten zou gaan leiden. Immers indien beide gehuwde of samenwonende partners werken en pensioen opbouwen en voorts in beide regelingen wordt aangenomen dat de volledige AOW door de betrokken gepensioneerde zal worden genoten, dan blijft het totale pensioenresultaat voor dit paar, met een bedrag ter grootte van de volledige AOW (thans bijna € 16 000 op jaarbasis) achter op het gangbare en wenselijk geachte resultaat. Anders gezegd elk van beide partners komt aan opbouw van zijn of haar oudedagspensioen bijna € 8000 te kort. En dat tekort zit aan de voet van de pensioenregeling en geldt dus meestal in volle omvang voor elke werknemer, die in een dergelijke regeling deelneemt. Het zal overigens duidelijk zijn dat het zonder meer extra toezeggen van een dergelijk bedrag aan ouderdomspensioen met enige aarzeling werd benaderd. Deze aarzeling blijkt ook uit de eerder genoemde brief van de Staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer van 13 december 1999. 'Het kabinet acht het niet realistisch om te streven naar een verlaging van de franchise (100/70 van de AOW voor een echtpaar) naar de fiscaal gezien laagst mogelijke franchise (100/70 van de AOW voor één gehuwde). Een dergelijke verlaging zou tot zeer forse kostenstijgingen leiden. De structurele lasten zouden met ongeveer eenderde stijgen. De op basis van het convenant vereiste compenserende maatregelen zouden in dat geval dan ook resulteren in een ingrijpende wijziging van de pensioenregeling.' [5]

Over het in laatstgenoemde brief aan de orde komende fiscale aspect nog het volgende. Aanvankelijk kon misschien opgeworpen worden dat het hanteren van een 'lage' franchise op fiscale problemen zou kunnen stuiten. Nog in een besluit van 18 september 1990 (DB90/4550) was de Staatssecretaris van Financiën de volgende mening toegedaan: 'Voor wat betreft de inbouw van AOW brengt dit naar mijn oordeel ten aanzien van een gehuwde werknemer in beginsel met zich mee dat rekening dient te worden gehouden met tweemaal de "eigen" AOW-uitkering voor een gehuwde. Een pensioenregeling wordt echter naar mijn mening niet "onzuiver" indien AOW-inbouw plaatsvindt op basis van de AOW-uitkering voor ongehuwden ongeacht de burgerlijke staat van de deelnemer.' Dit fiscale argument gaat in ieder geval niet meer op nadat de werkgroep Fiscale behandeling pensioenen in 1995 onder andere tot de aanbeveling kwam dat opbouw met inachtneming van de AOW-uitkering voor een gehuwde persoon zonder toeslag acceptabel was. Dit uitgangspunt werd ook met ingang van 1 juni 1999 in de toen sterk aangepaste fiscale pensioenwetgeving opgenomen. Maar dit moet worden opgevat als een minimumvoorschrift en niet als de absolute maatstaf voor de invulling van de pensioentoezegging.

Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat er – zoals ook eerder opgemerkt – al langere tijd terechte kritiek bestaat op het in stand laten van tweeverdienersgaten, maar dat de oplossing niet zonder aanzienlijke financiële ingrepen in pensioenregelingen kan worden gerealiseerd. Daarbij zal niet altijd duidelijk zijn of het middel eigenlijk wel te verkiezen is boven de kwaal. De vraag is vervolgens of deze serie uitspraken van de CGB (mede) sociale partners zal dwingen tot het oplossen van het probleem. Dat de CGB zich kennelijk bewust is van de gevoeligheden op dit punt blijkt ook uit de aanbeveling aan het slot van de oordelen:
'De Commissie Gelijke Behandeling beveelt de wetgever en de sociale partners aan te bezien op welke wijze de pensioen- en AOW-systematiek zodanig op elkaar kunnen worden afgestemd dat geen sprake is van verboden onderscheid op grond van geslacht en tevens te bezien op welke wijze daartoe kan worden gekomen.'

Commentaar op de oordelen van de CGB

In de bijdrage van Waaldijk[6] in deze bundel is al uitgebreid aandacht besteed aan wat ik – kortheidshalve – aanduid als de specifieke gelijkebehandelingsaspecten van de oordelen. Met hem en met de CGB ben ik van mening dat bij deze zaken inderdaad op geen enkele wijze sprake is van directe discriminatie naar sekse. Het tweeverdienersgat 'overkomt' elke deelnemer in een dergelijke regeling, ongeacht de sekse. Terecht geeft Waaldijk aan dat het probleem van gelijke behandeling – als dat probleem er in casu inderdaad is en ik aarzel daarbij – moet schuilen in een mogelijk indirect onderscheid. Dat wil zeggen dat gelijke gevallen, gelijk worden behandeld, maar dat als gevolg daarvan niettemin een significante groep wordt benadeeld. En een significante groep is dan in deze context een groep vrouwen (of misschien ook mannen), die praktisch en in overwegende mate, slechter af is dan de vergelijkbare groep van de andere sekse.
Met Waaldijk ben ik van mening dat de CGB in deze gevallen de verkeerde vraag heeft gesteld. Niet een vergelijking van werkende vrouwen onder tweeverdieners met werkende mannen in deze

5 *Kamerstukken II 1999/2000, 25 694, nr. 7, p. 2-3.*

6 *Zie de themabijdrage over indirect onderscheid van Waaldijk elders in deze bundel.*

positie zou maatgevend moeten zijn, maar een vergelijking van het aandeel tweeverdieners met partner onder werkende vrouwen ten opzichte van het aandeel tweeverdieners met partner onder werkende mannen. Gezien de cijfers die Waaldijk memoreert lijkt het er op dat het verschil tussen deze groepen niet (meer) van voldoende omvang lijkt te zijn om het oordeel indirect onderscheid ten nadele van vrouwen te rechtvaardigen.

Natuurlijk is het ook waar dat vrouwen vaak de minstverdienende partner zullen zijn en dat de minstverdiener relatief het meest wordt getroffen door de te hoge AOW-inbouw, maar dat is niet het probleem dat hier aan de orde is. Inderdaad is dit effect eerst en vooral een gevolg van de wijze waarop in Nederland de AOW is ingericht en het vervolgens uniform toepassen van een bepaalde daarvan afgeleide aftrek. Ik denk overigens dat ook in de vele gevallen waar in de laatste jaren de franchise in pensioenregelingen is losgemaakt van de actuele AOW-bedragen, niettemin het pensioenresultaat voor vrouwelijke werknemers relatief achterblijft bij dat voor mannelijke werknemers. En dat inderdaad omdat ze gelijk worden behandeld. Ik ben het dus eens met Waaldijk dat het goed zou zijn als de CGB meer (ook cijfermatige) aandacht zou besteden aan de nadelige uitwerking van de gelijke behandeling van gelijke gevallen.

Samenvatting en conclusie

Het is uitermate positief dat de CGB een duidelijk signaal aan betrokkenen heeft afgegeven om het probleem van het tweeverdienersgat te gaan oplossen. Dat daarbij echter een beroep wordt gedaan op indirect onderscheid naar sekse, volgt naar mijn oordeel echter niet uit de gehanteerde statistische methode. Dit nog afgezien van het feit dat aan dit oordeel een onjuiste vraagstelling vooraf is gegaan.
Wel ben ik bang dat binnen het huidige steeds krimpende kader van wat financieel mogelijk en wenselijk wordt geacht op pensioengebied, door de inderdaad noodzakelijk reparaties het gangbare pensioenmodel in Nederland er zeker niet fraaier op zal worden. Vooral niet omdat de betrokkenen zich niet of nauwelijks realiseren wat er met hun aanspraken in de toekomst nu eigenlijk precies zal gebeuren. Maar dat proces ontwikkelt zich buiten het aandachtsgebied van de CGB.

Prof. mr. P.M.C. de Lange

04 | 35

30 maart 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren. Verweerster heeft geen verboden onderscheid gemaakt op grond van burgerlijke staat.

Verzoekster was vanaf 1961 werkzaam bij verweerster, een onderwijsinstelling, en heeft van 1961 tot 1 december 1999 pensioen opgebouwd bij hetzelfde pensioenfonds als haar echtgenoot. Vanaf 1 december 1999 ontvangt zij een werknemerspensioen en een AOW-uitkering. Verweerster is bij de pensioenopbouw van verzoekster tot 1995 uitgegaan van haar salaris onder aftrek van een bedrag (franchise) gelijk aan de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner, terwijl zij sinds 1999 een AOW-uitkering ontvangt die de helft is van de AOW-uitkering van een alleenverdienende kostwinner. Ditzelfde geldt voor haar echtgenoot. Hierdoor ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van verzoekster, ook wel het 'tweeverdienersgat' genoemd.
Met ingang van 1 januari 1995 heeft verweerster het salaris van verzoekster niet met de genoemde kostwinnersfranchise gekort, maar met een (lager) vast bedrag van f 26.500,– per jaar. Deze franchise wordt verhoogd bij stijging van de AOW en was in 2000 f 30.000,–. Ook hierdoor meent verzoekster benadeeld te zijn vergeleken bij de alleenverdienende kostwinner.
Verzoekster meent dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en burgerlijke staat.
Allereerst acht de Commissie het verzoek niet-ontvankelijk voor de periode van 1961 tot 17 mei 1990. Ingevolge artikel 7:646 BW hebben aanspraken met betrekking tot de opbouw van pensioenen terugwerkende kracht tot en met 17 mei 1990.
De Commissie heeft vervolgens geoordeeld dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Bovengenoemde toepassing van de franchise pakt vanwege het ontstaan van het zogenoemde tweeverdienersgat, nadelig uit voor tweeverdienersrelaties en blijkens cijfers van het CBS zijn er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen die deel uitmaken van tweeverdienersrelaties. Vrouwen zijn zelden alleenverdienende kostwinner. Bovendien verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen – ook na deeltijdcorrectie – zodat het negatief effect van het

hanteren van de kostwinnersfranchise vooral vrouwen treft. Deze conclusie geldt ook voor de franchise die na 1 januari 1995 wordt toegepast. De Commissie acht dit indirecte onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. Hoewel het doel van de franchise – het aansluiten bij de AOW op 65-jarige leeftijd – op zich legitiem is, wordt het middel, de kostwinnersfranchise, niet geschikt geacht om dit doel te bereiken. De AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm (gehuwd/samenwonend of alleenwonend) en sluit daarom veelal, zoals ook in dit geval, niet aan bij beide gehanteerde (eenvormige) hoge franchises. Slechts in een beperkt aantal situaties zal de gehanteerde franchise als passend bij de leefsituatie kunnen worden aangemerkt. Daar komt nog bij dat de leefsituatie bij de opbouw van het werknemerspensioen nog niets zegt over de leefsituatie bij en na pensionering op 65-jarige leeftijd. De Commissie heeft op grond van het vorenstaande geconcludeerd dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en beveelt aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.
De Commissie oordeelt dat verweerster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van burgerlijke staat. Sinds 1 september 1994 is genoemd onderscheid in de AWGB weliswaar verboden, maar volgens artikel 5, zesde lid, AWGB gold dit verbod tot 1 januari 2001 niet voor pensioenvoorzieningen (ouderdoms- en nabestaandenpensioen). Wel en geen strijd met de wet. Niet ontvankelijk.

04 | 36

31 maart 2004

(mr. H.F. van den Haak (voorzitter), mr. Ch.M. van der Bas en mr. dr. L.M.M. Mulder)

Artikel 5 lid 1 AWGB

Verzoekster legt haar voorkeursbeleid ten aanzien van allochtonen en vrouwen bij de instroom en doorstroom van personeel ter toetsing aan de Commissie.
Geen onderscheid op grond van ras en geslacht.

Verzoekster is een politiekorps in de regio Kennemerland. Vanaf 22 oktober 2003 voert zij een diversiteitsbeleid, waaronder een voorkeursbeleid, ten aanzien van allochtonen en vrouwen. Er is bij verzoekster sprake van ondervertegenwoordiging van vrouwen in executieve functies, met name schaal 8 en hoger, en van allochtonen in alle functies. Verzoekster voert voorkeursbeleid ten aanzien van deze groepen zowel bij vacatures aan de poort, het initiële onderwijs, als bij de overige (interne) vacatures.
Het voeren van voorkeursbeleid ten aanzien van allochtonen en vrouwen is op grond van artikel 2, lid 2, 3 en 4, AWGB toegestaan. Het voorkeursbeleid dient echter op grond van arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en jurisprudentie van de Commissie te voldoen aan een aantal criteria. Ten eerste dient de achterstand die onderwerp van het voorkeursbeleid is, te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod. Ten tweede dient de regeling te waarborgen dat sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling van alle kandidaten, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten. Als laatste dient het onderscheid in redelijke verhouding te staan tot het doel, het zogenoemde proportionaliteitsvereiste.
De Commissie is van oordeel dat het voorkeursbeleid ten aanzien van allochtonen en vrouwen zowel bij vacatures aan de poort als bij de overige (interne) vacatures voldoet aan de hiervoor genoemde criteria. Verzoekster heeft immers aangetoond dat er sprake is van achterstand van allochtonen in alle functies en vrouwen in executieve functies. Alle kandidaten worden beoordeeld aan de hand van objectieve criteria. Ook is komen vast te staan dat de wijze waarop verzoekster het voorkeursbeleid gestalte heeft gegeven voldoet aan het proportionaliteitsvereiste.
Geen strijd met de wet.

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 diversiteitsbeleid op het gebied van instroom en doorstroom van personeel in haar organisatie in overeen-stemming is met de wetgeving gelijke behandeling.

1.2 Op 18 november 2003 heeft verzoekster het diversiteitsbeleid aangepast en het aangepaste beleid ter toetsing aan de Commissie voorgelegd.

1.3 Op 15 december 2003 heeft de Commissie zitting gehouden waar verzoekster onder meer het beleid mondeling heeft toegelicht.

1.4 Naar aanleiding van hetgeen door verzoekster op de zitting naar voren is gebracht, heeft de Commissie de zaak aangehouden en heeft zij verzoekster verzocht de Commissie van nadere informatie te voorzien. Verzoekster heeft op 15 januari 2004 aan dit verzoek voldaan. Op 15 januari 2004 heeft de Commissie het onderzoek afgesloten.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster is een politiekorps in de regio Kennemerland. Vanaf 22 oktober 2003 voert zij het diversiteitsbeleid dat zij ter toetsing heeft voorgelegd. Verzoekster heeft voor dit diversiteitsbeleid het beleid van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelatie (BZK) als uitgangspunt genomen. Het gaat om het door BZK vanaf 1996 vastgestelde diversiteitsbeleid ten behoeve van de Nederlandse politiekorpsen ten aanzien van vrouwen, homoseksuelen, anders validen en allochtonen als bedoeld in artikel 3 van de wet Stimulering arbeidsdeelname minderheden inwerking getreden op 1 januari 1998 voor de duur van vijf jaar (Wet SAMEN). Verzoekster hanteert dezelfde allochtone doelgroepen als de Wet SAMEN.

2.2 In 2000 is bij verzoekster een 'begeleidingscommissie allochtonen' ingesteld onder voorzitterschap van de districtschef. Sinds 2003 is de naam en het taakveld van deze commissie verbreed naar diversiteit. In de twee jaren voorafgaand aan de invoering van het huidige diversiteitsbeleid heeft verzoekster zonder specifiek beleid getracht een derde van de totale instroom uit vrouwen te laten bestaan en een derde uit allochtonen. Dit is niet gelukt.

2.3 Het huidige diversiteitsbeleid van verzoekster is vastgesteld ten aanzien van allochtonen en vrouwen. Uit door verzoekster overgelegde cijfers blijkt dat op 31 december 2002 in totaal 1.717 werknemers bij verzoekster in dienst waren, waarvan 556 vrouwen (= 32,4%) en 86 allochtonen (= 5,0%). In de executieve dienst werken bij verzoekster 1.191 personen, waarvan 251 vrouwen (= 21,1%). In de niet-executieve dienst werken 526 personen van wie 305 vrouwen (= 58,0%). In de gehele organisatie zijn in de schalen 8 en hoger in totaal 696 werknemers in dienst, waarvan 88 vrouwen (= 12,6%). In de executieve dienst in de schalen 8 en hoger geldt dat van de 540 werknemers er 32 vrouw zijn. (= 5,9%). In de niet-executieve dienst zijn van de 156 werknemers in schaal 8 en hoger er 56 vrouw (= 35,9%).

2.4 Verzoekster heeft in haar diversiteitsbeleid twee sporen uitgezet:
- Het eerste spoor richt zich op de instroom van diversiteit. Dit kunnen vacatures zijn voor ambtelijke aanstellingen of voor arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht. Het gaat daarbij om zowel vacatures aan de poort, het initiële onderwijs, als de overige (interne) vacatures. Het initiële onderwijs betreft beroepsonderwijs voor de executieve dienst. De kandidaten treden in tijdelijke dienst van verzoekster en krijgen een ambtenarenstatus. De overige vacatures betreffen alle functies die niet onder het initiële onderwijs vallen, zoals technische functies, administratieve functies en executieve functies. Ten behoeve van de instroom van diversiteit past verzoekster ten aanzien van allochtonen en vrouwen zowel bij vacatures aan de poort als bij de overige (interne) vacatures voorkeursbeleid voor allochtonen en vrouwen toe;
- Het tweede spoor richt zich op de doorstroom en behoud van diversiteit. Het diversiteitsbeleid richt zich daarbij op het op gang brengen van een bewustwordingsproces, zonder dat een voorkeursbeleid wordt toegepast.

2.5 Het voorkeursbeleid van verzoekster ziet er als volgt uit.
Bij het vervullen van de vacatures aan de poort, het initiële onderwijs, hanteert verzoekster de volgende verdeelsleutel:
- 1/3 vrouw (autochtoon of allochtoon);
- 1/3 allochtoon (mannen of vrouwen);
- 1/3 overige (kan zijn man, vrouw, allochtoon, autochtoon).

Hierbij geldt dat als er onvoldoende geschikte kandidaten zijn voor de voor allochtonen en/of vrouwen gereserveerde vacatures, deze niet worden vervuld door (geschikte) andere kandidaten. In dat geval worden extra inspanningen verricht om de voor allochtonen en/of vrouwen gereserveerde vacatures alsnog vervuld te krijgen door allochtonen en vrouwen.

2.6 Verzoekster hanteert de verdeelsleutel totdat het streefcijfer van 16% allochtonen bij verzoekster is behaald. Verzoekster relateert het streefcijfer van 16% aan het arbeidspotentieel van allochtonen.
Ten aanzien van vrouwen hanteert verzoekster deze verdeelsleutel uitsluitend voor de

executieve dienst en dan met name voor de functies van schaal 8 en hoger, totdat het streefcijfer van 30% vrouwen in die functies bij verzoekster is behaald.

2.7 Bij het vervullen van overige (interne) vacatures ziet het voorkeursbeleid van verzoekster er als volgt uit. Voorkeursbeleid wordt toegepast als de samenstelling van het betreffende team daartoe aanleiding geeft. Daarbij wordt gekeken naar eventuele ondervertegenwoordiging van allochtonen en/of vrouwen in dat team (kwantitatieve vaststelling) en naar de behoefte aan ervaringsdeskundigheid en/of complementaire competenties (kwalitatieve legitimering). Afhankelijk van de samenstelling van het team wordt al dan niet in de vacature de voorkeur vermeld voor een allochtone en/of vrouwelijke kandidaat. Ook geschikte kandidaten niet uit de vermelde doelgroep mogen worden opgeroepen voor een sollicitatiegesprek.

2.8 De regio van verzoekster omvat nagenoeg alle gemeenten die onder de regio Haarlem[1] vallen. Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (Voorburg/Heerlen) van de beroepsbevolking van de regio Haarlem blijkt het volgende.
In 2002 telde de totale beroepsbevolking van de regio Haarlem 189.000 personen. Daarvan zijn 83.000 vrouw (=43,9%) en 32.000 personen van allochtone afkomst (= 16,9%). Het aantal vrouwen binnen de beroepsbevolking dat hoger onderwijs heeft genoten is 29.000. Afgezet tegen het totaal aantal personen binnen de beroepsbevolking dat hoger onderwijs heeft genoten, te weten 67.000, is dat 43,3%.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoekster voert een diversiteitsbeleid omdat zij een afspiegeling wil zijn van de samenleving en omdat diversiteit voor kwaliteit staat. Het is nodig om een inhaalslag te maken voor wat betreft het aandeel allochtonen en vrouwen. Een multicultureel samengestelde korps draagt bij aan het verbeteren van de politiediensten en de te behalen resultaten. Om beter te kunnen begrijpen welke wensen en behoeften klanten en relaties hebben, is het van belang vertegenwoordigers uit alle geledingen van de bevolking in de organisatie op te nemen.

3.2 Het diversiteitsbeleid is reeds per 22 oktober 2003 ingegaan met de goedkeuring van het Regionaal Overleg Korpsleiding en van de Ondernemingsraad. Hoewel het voorkeursbeleid nog niet in sollicitatieprocedures is toegepast, wordt het voeren van voorkeursbeleid al wel in vacatures vermeld.

3.3 Er is bij verzoekster sprake van ondervertegenwoordiging van vrouwen in executieve functies, met name schaal 8 en hoger, en van allochtonen in alle functies. Het diversiteitsbeleid is nodig om achterstanden weg te werken. Een inhaalslag is alleen mogelijk door onderscheid op grond van geslacht en etniciteit te maken en daarmee de kansen van allochtonen en vrouwen bij de instroom en de doorstroom binnen de politie te vergroten. Dit beleid heeft niet tot gevolg dat autochtone mannen worden uitgesloten.

3.4 De (management)keuze voor diversiteitsbeleid houdt tegelijkertijd in dat een actief cultuurveranderingsproces van een monoculturele naar een multiculturele politieorganisatie wordt ingezet. Een integrale aanpak is een voorwaarde, waarbij het diversiteitsvraagstuk een onderdeel vormt van bredere vraagstukken ten aanzien van onder meer de kwaliteit van de dienstverlening, coachend leiderschap en team-ontwikkeling.

3.5 Om de doelstelling te behalen, moeten de juiste wervingskanalen worden benut en dient de communicatie afgestemd te zijn op de doelgroep. De selectiecommissie dient divers samengesteld te zijn en moet zijn toegerust op het voeren van interculturele selectie-gesprekken. Ook dient zij bij afwijzing van een kandidaat uit de doelgroep gemotiveerd aan te geven waarop de afwijzing berust.

3.6 De functie- en aanstellingseisen worden bij het toepassen van het voorkeursbeleid niet aangetast. Deze eisen zijn landelijk vastgesteld en gelden uiteraard ook ten aanzien van allochtonen en vrouwen. Uit ervaring weet verzoekster dat indien er gesleuteld

---

1 *Onder de regio Haarlem vallen de volgende gemeenten: Bennebroek, Beverwijk, Bloemendaal, Castricum, Haarlem, Haarlemmerliede en Spaarnwoude, Heemskerk, Heemstede, Uitgeest, Velsen en Zandvoort.*
Onder de politieregio Kennemerland vallen de volgende gemeenten: Bennebroek, Beverwijk, Bloemendaal, Haarlem, Haarlemmerliede en Spaarnwoude, Haarlemmermeer, Heemskerk, Heemstede, Uitgeest, Velsen en Zandvoort.

wordt aan de aanstellingseisen, dit tot acceptatieproblemen en voortijdig vertrek leidt. Ook kan dit een reden zijn om juist niet te solliciteren, omdat kandidaten in dat geval vrezen niet serieus te worden genomen.

3.7 Alle kandidaten worden aan de hand van hun sollicitatiebrief objectief beoordeeld. Uit deze brieven worden sollicitanten geselecteerd op geschiktheid. Vervolgens worden de geschikte kandidaten ongeacht geslacht of etniciteit uitgenodigd voor een gesprek. Uitsluitend bij gelijke geschiktheid van kandidaten zal voorrang worden gegeven aan een allochtoon en/of vrouw.

3.8 Indien interne kandidaten solliciteren naar een functie bij verzoekster krijgen zij bij geschiktheid de status van interne sollicitant en hebben voorrang op een externe sollicitant. Indien verwacht wordt dat uit de voorkeursgroep intern weinig respons komt, zal de vacature gelijktijdig in- en extern worden opengesteld. Externe sollicitanten die afkomstig zijn uit de voorkeursgroep krijgen de status van interne kandidaat als er geen interne sollicitant uit de voorkeursgroep heeft gesolliciteerd of als er met interne sollicitanten uit de voorkeursgroep geen match met de functie is.

3.9 De kwalitatieve legitimering van voorkeursbeleid is ingegeven door het uitgangspunt dat een team effectiever is in het behalen van resultaten als vraagstukken vanuit verschillende invalshoeken kunnen worden benaderd en beantwoord. Bepaalde competenties zijn over het algemeen bij vrouwen meer ontwikkeld dan bij mannen, zoals bijvoorbeeld inlevingsvermogen. Daartoe is van belang dat een teamprofiel wordt opgesteld waarbij in kaart wordt gebracht welke competenties er aanwezig zijn en welke nog nodig zijn voor het behalen van de teamresultaten. Zonder een teamprofiel loopt men het risico bij het vervullen van een vacature meer van hetzelfde (een kloon van de succesvolle werknemer) aan te nemen omdat het 'toch allemaal prima gaat zo'. De behoefte aan bepaalde competenties in een team kan onder omstandigheden leiden tot voorkeur voor een kandidaat uit een bepaalde groep. Bij het opstellen van een functie-profiel wordt echter rekening gehouden met alle relevante eisen. Ook wordt er rekening mee gehouden dat een ieder, ongeacht geslacht en etniciteit, aan het functieprofiel kan voldoen.

3.10 Indien leidinggevenden menen dat de kans op de beste kandidaat kleiner wordt door het voeren van voorkeursbeleid, dient het voorkeursbeleid niet te worden afgedwongen.

4 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

4.1 In geding is de vraag of verzoekster onderscheid maakt op grond van ras en/of geslacht bij het door haar gehanteerde diversiteitsbeleid met betrekking tot de instroom en het doorstromen van personeel.

4.2 Verzoekster hanteert een diversiteitsbeleid waarvan het voorkeursbeleid voor allochtonen en vrouwen bij het vervullen van vacatures een onderdeel is. Voorzover het diversiteitsbeleid toeziet op het op gang brengen van een bewustwordingsproces zonder daarbij voorkeursbeleid toe te passen, ziet de Commissie geen aanknopingspunt om het beleid te toetsen aan de gelijke behandelingswetgeving. De Commissie zal derhalve uitsluitend het diversiteitsbeleid van verzoekster toetsen voorzover dit voorkeursbeleid inhoudt. Verzoekster past voorkeursbeleid voor allochtonen en vrouwen toe zowel bij vacatures aan de poort, het initiële onderwijs, als bij de overige (interne) vacatures.

4.3 Artikel 5, lid 1, sub a, b en c, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) verbiedt in samenhang met artikel 1 AWGB onderscheid op grond van ras en geslacht bij de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking, alsmede bij het aangaan van een arbeidsverhouding en het aanstellen tot ambtenaar.
Artikel 1 AWGB bepaalt dat onder onderscheid onder andere wordt verstaan onderscheid tussen personen op grond van geslacht en ras.
Het begrip ras dient in de AWGB overeenkomstig het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad ruim te worden uitgelegd en omvat tevens huidskleur, afkomst, nationale- of etnische afstamming.

4.4 Van het verbod op onderscheid naar ras en geslacht mag slechts worden afgeweken als sprake is van één van de wettelijke uitzonderingsgronden genoemd in artikel 2, lid 2, 3 en 4, AWGB, namelijk in geval van voorkeursbeleid ten behoeve van etnische of

culturele minderheden en vrouwen of in geval van rasbepaaldheid of geslachtbepaaldheid van de functie. In dit geval is de uitzondering van artikel 2, lid 3, AWGB relevant.
De tekst van artikel 2, lid 3, AWGB luidt als volgt:
'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.'

4.5 Voorkeursbeleid voor vrouwen dient op grond van arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93 (*Kalanke*), *JAR* 1995, 234, HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95 (*Marschall*), *NJ* 1998, 808 en HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98 (*Abrahamsson*), *JAR* 2000, 194 en jurisprudentie van de Commissie (CGB 9 januari 2003, oordeel 2003-1) aan de volgende criteria te voldoen:
- de achterstand die onderwerp van het voorkeursbeleid is, 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. Indien één of meer criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan en dergelijke criteria niet (indirect) discriminerend zijn ten opzichte van vrouwelijke kandidaten, dient de aan de vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing te worden gelaten;
- het onderscheid dient in redelijke verhouding te staan tot het doel.

4.6 Op vragen met betrekking tot de toelaatbaarheid van voorkeursbehandeling van personen die afkomstig zijn uit etnische en/of culturele minderheidsgroepen worden, waar mogelijk, dezelfde principes toegepast als in geval van geslacht.

Zoals eerder door de Commissie geoordeeld (99-31 en 99-32) wordt aan deze principes niet altijd op gelijke wijze uitwerking gegeven, aangezien dit mede afhankelijk is van de juridische en maatschappelijke context waarbinnen het voorkeursbeleid plaatsvindt. Deze zienswijze heeft tot gevolg gehad dat voor personen die afkomstig zijn uit etnische en/of culturele minderheidsgroepen een – incidentele – voorkeursbehandeling – mogelijk werd geacht waarbij uitsluitend werd geselecteerd onder personen van niet-Nederlandse afkomst. Bij gebrek aan statistische gegevens werden bij de beoordeling van de toelaatbaarheid daarvan meer algemene overwegingen betrokken ten aanzien van de arbeidsmarktpositie van de personen in kwestie.

De noodzaak aan een verschillende beoordeling van voorkeursbeleid voor vrouwen en personen die afkomstig zijn uit etnische en/of culturele minderheidsgroepen doet zich in dit geval niet voor. In het voorgestelde voorkeursbeleid kunnen immers de doelstellingen worden getoetst en bijgesteld aan de hand van statistische gegevens. Daarbij wordt de instroom van mannen noch die van kandidaten van autochtone afkomst geblokkeerd. Tenslotte gaat het hier niet om een incidentele voorkeursbehandeling, maar om een langjarig en breed voorkeursbeleid. De Commissie is derhalve van oordeel dat ook het voorkeursbeleid voor allochtonen aan de hiervoor in 4.5 genoemde criteria dient te voldoen.

Aangetoonde achterstand

4.7 Ter beoordeling van de achterstand die onderwerp van het voorkeursbeleid is, is van belang dat de cijfers van verzoekster van het aantal allochtonen en vrouwen dat bij haar in dienst is, worden gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel in de regio van verzoekster.

4.8 Nu blijkt dat 5,0% van het werknemersbestand van verzoekster van allochtone afkomst is, terwijl in de regio Haarlem het relevante arbeidspotentieel voor 16,9% uit allochtonen bestaat, is sprake van een achterstand van allochtonen bij verzoekster.

4.9 Verzoekster heeft aangegeven dat zij voorkeursbeleid voert ten aanzien van vrouwen in de executieve dienst en dan met name voor de functies van schaal 8 en hoger. Van het personeelsbestand van verzoekster is 32,4% vrouw. In de executieve dienst is 21,1% vrouw en in de schalen 8 en hoger in de executieve dienst is 5,9% vrouw. In de regio Haarlem is van het relevante arbeidspotentieel 43,9% vrouw en van de hoger opgeleide vrouwen 43,3%.

Er is derhalve sprake van achterstand van de groep vrouwen ten aanzien waarvan verzoekster voorkeursbeleid voert. Dit geldt echter eveneens, hoewel in veel mindere mate, voor de groep vrouwen in schaal 8 en hoger in de niet-executieve functies. Daarvan is 35,9% vrouw, terwijl het relevante arbeidspotentieel van hoger opgeleide vrouwen 43,3% is.

4.10 Op grond van bovenstaande cijfers is gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel in (nagenoeg) dezelfde regio, sprake van een achterstand bij verzoekster van beide groepen die onderwerp zijn van haar voorkeursbeleid, te weten allochtonen en vrouwen in de executieve dienst.

4.11 Van belang is dat het voorkeursbeleid dat verzoekster hanteert bij het vervullen van overige (interne) vacatures, niet voldoende is gelegitimeerd door de vaststelling dat in het betreffende team sprake is van ondervertegenwoordiging van allochtonen en/of vrouwen (kwantitatieve vaststelling) en door de behoefte in dat team aan bepaalde ervaringsdeskundigheid en/of complementaire competenties (kwalitatieve legitimering). Aangetoond moet zijn dat sprake is van een kwantitatieve achterstand van de groep die onderwerp is van voorkeursbeleid in de gehele organisatie of een gehele functiegroep binnen de organisatie, gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel, om voorkeursbeleid te kunnen legitimeren. Voor zover het betreft een voorkeur voor allochtonen of voor vrouwen in de executieve dienst, is hieraan gelet op het voorgaande echter voldaan.

Objectieve beoordeling van alle kandidaten

4.12 Getoetst dient te worden of 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. Indien beantwoording aan een 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.

4.13 Van belang is dat verzoekster heeft aangegeven dat bij alle vacatures de kandidaten aan de hand van de sollicitatiebrief objectief worden beoordeeld en geselecteerd op geschiktheid. Dit gebeurt aan de hand van de aanstellingseisen. Vervolgens worden de geschikte kandidaten, ongeacht geslacht of etniciteit, uitgenodigd voor een gesprek. Uitsluitend bij gelijke geschiktheid van kandidaten zal voorrang gegeven worden aan een allochtoon of een vrouw. Voorts is van belang dat ten aanzien van de aanstellings- en kwaliteitseisen geen concessies worden gedaan.

4.14 Bij de vacatures aan de poort geldt dat als er onvoldoende geschikte kandidaten zijn voor de specifiek voor allochtonen en/of vrouwen gereserveerde vacatures, deze niet worden vervuld met (geschikte) overige kandidaten. In dat geval worden extra inspanningen verricht om de voor allochtonen en/of vrouwen gereserveerde functies alsnog vervuld te krijgen. Daarbij is van belang dat deze periode van extra inspanningen beperkt van duur is, teneinde te voorkomen dat dit leidt tot ongelijke behandeling van geschikte overige kandidaten. Voorts is van belang dat in de door verzoekster voorgestane verdeling van een derde deel van de vacatures voor vrouwen, een derde deel voor allochtonen en een derde deel overige kandidaten geen sprake is van een plafond voor het aandeel allochtonen en vrouwen, doordat de voor overige kandidaten gereserveerde functies tevens door allochtonen en vrouwen kunnen worden vervuld.

4.15 Bij het vervullen van overige (interne) vacatures is van belang dat de opgestelde competentieprofielen zodanig zijn dat iedere sollicitant daaraan kan voldoen, ongeacht geslacht of ras. Het door verzoekster gehanteerde uitgangspunt dat ook geschikte kandidaten die niet uit de voorkeursgroep komen mogen worden opgeroepen voor een sollicitatiegesprek, is voor een objectieve beoordeling van alle kandidaten van belang. Immers pas nadat alle kandidaten objectief op geschiktheid zijn geselecteerd en beoordeeld, mag voorrang worden verleend aan kandidaten uit de groepen die onderwerp zijn van voorkeursbeleid.

4.16 Onder alle omstandigheden mag pas na een objectieve beoordeling van alle kandidaten een voorkeursbeleid worden toegepast. Dit houdt in dat de ‘promotie’ van externe kandidaten tot interne kandidaten voor alle kandidaten aan dezelfde voorwaarden is gebonden. Dit kan niet slechts – zoals

verzoekster voorstaat – zijn voorbehouden aan sollicitanten uit de voorkeursgroep.

Onderscheid in redelijke verhouding tot het doel

4.17 Uit bovenstaand 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. (Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22 014, nr. 5 (Memorie van Antwoord), blz. 74).

De wijze waarop verzoekster het voorkeursbeleid gestalte heeft gegeven wat betreft de streefcijfers, de selectieprocedures en de waarborgen waarmee het beleid is omkleed leidt – afgezet tegen de relatief hoge achterstand van de groepen in kwestie – tot het oordeel dat aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan.

Tenslotte ligt de vraag voor of het voorgestelde voorkeursbeleid ook daadwerkelijk tot effect zal hebben dat de achterstand in kwestie wordt verminderd of opgeheven. De Commissie verwacht dat de voorkeursbehandeling zoals deze is vormgegeven voldoende potentieel heeft wat efficiency betreft. Hieraan wordt echter afgedaan door het feit dat toepassing van het voorkeursbeleid door de betrokken selecteurs geen verplichting is, maar op vrijwillige basis geschiedt. Dit laatste acht de Commissie echter niet van doorslaggevend belang nu het voorkeursbeleid geflankeerd wordt door het in punt 3.4 beschreven diversiteitsbeleid en de in punt 3.5 genoemde procedurele waarborgen die bij de werving en selectie in het leven zijn geroepen om de kansen voor kandidaten uit de doelgroepen te vergroten. De Commissie gaat er hierbij wel van uit dat regelmatige evaluatie van het beleid plaatsvindt en dat zonodig de vrijwilligheid van toepassing wordt aangepast.

4.18 Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat het voorkeursbeleid ten aanzien van allochtonen en vrouwen van verzoekster 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 ras en geslacht.

5 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . te Haarlem bij het voeren van voorkeursbeleid ten aanzien van allochtonen en vrouwen bij de instroom en doorstroom van personeel in haar organisatie geen onderscheid maakt op grond van ras en geslacht, met dien verstande dat bij de uitvoering van het voorkeursbeleid wordt in acht genomen hetgeen de Commissie onder 4.16 heeft te kennen gegeven.

6 AANBEVELING

De beroepsbevolking in de regio Haarlem bestaat voor 43,9% uit vrouwen. Van de hoger opgeleide beroepsbevolking is 43,3% vrouw. Het streefpercentage van 30% vrouwen dat verzoekster hanteert is derhalve niet gerelateerd aan het relevante arbeidspotentieel. Voorzover het de bedoeling is van verzoekster de streefcijfers te relateren aan het relevante arbeidspotentieel, beveelt de Commissie aan het streefcijfer voor het aandeel vrouwen te verhogen.

04 | 37

1 april 2004

Artikel 7 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB

Onderscheid op grond van geslacht jegens verzoekster bij de berekening van de inkomensschade.

Verzoekster heeft in 1998 een ongeval gehad en heeft daarbij een whiplashtrauma opgelopen. Verweerster is een verzekeraar en dient uit die hoofde de schade te vergoeden die verzoekster heeft geleden ten gevolge van het ongeval. Verweerster heeft het vaststellen van de schade uitbesteed aan een schaderegelingsbureau. Het schaderegelingsbureau heeft verzoekster aangeboden haar inkomensschade tot haar 55e levensjaar te compenseren. Verzoekster stelt dat er bij de berekening van haar schade rekening is gehouden met statistische informatie over de arbeidsparticipatie van vrouwen na hun 55e jaar. Uit een brief blijkt dat het schaderegelingsbureau verzoekster heeft gewezen op statistieken waaruit de afname van de arbeidsparticipatie van vrouwen na hun 55e jaar blijkt. Op grond hiervan is het vermoeden gewekt dat verzoeksters geslacht een rol heeft

gespeeld bij de vaststelling van de schade. Verweerster dient vervolgens te bewijzen dat verzoeksters geslacht niet van invloed is geweest op de schadeberekening. Verweerster heeft aangevoerd dat de statistische informatie alleen is gebruikt als feitelijke informatie en niet als basis voor de vaststelling van de schade. Verweerster stelt dat er sprake is geweest van aftopping, hetgeen gebruikelijk is bij whiplash-schade. Dat verzoekster in 2010 de 55-jarige leeftijd zal bereiken, is in de opvatting van verweerster een toevallige samenloop van omstandigheden en houdt geen verband met de statistieken waaruit blijkt dat vrouwen na hun 55e levensjaar in mindere mate deelnemen aan het arbeidsproces. De door verweerster genoemde aftopping wordt in correspondentie tussen verzoekster, verweerster en het schaderegelingsbureau niet genoemd. Gelet op deze correspondentie heeft verzoekster er van kunnen uitgaan dat meergenoemde statistieken een rol hebben gespeeld bij de berekening van de inkomensschade. Verweerster heeft weliswaar gesteld, maar niet bewezen, dat deze statistieken geen rol hebben gespeeld bij de schadeberekening en heeft op grond daarvan jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht gemaakt. Strijd met de wet.

04 | 38

6 april 2004

Artikel 7 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB

Zaak wordt aangehouden in afwachting van informatie verzoekster.

Verzoekster is directeur van een openbare school. Verzoekster heeft de Commissie gevraagd om een oordeel eigen handelen over een concept toelatingsbeleid voor leerlingen.
De Commissie heeft de zaak aangehouden in afwachting van nadere informatie van verzoekster.
Tussenoordeel.

04 | 39

13 april 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7 WGB
Artikel 8 WGB
Artikel 9 WGB
Artikel 10 WGB

Geen onderscheid op grond van geslacht door verzoekster lager in te schalen en te belonen omdat de vergeleken functies niet van gelijke waarde zijn.

Verzoekster was bij verweerder werkzaam als applicatiebeheerder en ingeschaald in functiegroep 45. Zij beheerde van de tien applicaties er primair negen en secundair tien. De tiende applicatie (ARS) werd beheerd door een andere mannelijke collega, de maatman. De maatman vervulde een combinatiefunctie, namelijk de functie van applicatiebeheerder en staffunctionaris planbureau. Hij was voor deze combinatiefunctie ingeschaald in functiegroep 50.
Verzoekster vergelijkt zich voor de functie van applicatiebeheerder met de maatman. Zij stelt dat de maatman het grootste gedeelte van zijn tijd besteedde aan ARS en dat haar werkzaamheden hetzelfde zijn als de werkzaamheden van de maatman. Daar komt bij dat de maatman een brief aan verzoekster heeft gegeven waarin verweerder de maatman meedeelt dat hij voor de functie van applicatiebeheerder wordt ingeschaald in functiegroep 50. Voor de ongelijke beloning heeft verweerder een aantal verzwarende omstandigheden aangevoerd die ook voor verzoekster gelden, aldus verzoekster.
De Commissie oordeelt dat verzoekster feiten heeft aangedragen die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.
De Commissie heeft haar functiewaarderingsdeskundige gelast een onderzoek naar het functie- en beloningssysteem van verweerder in te stellen. Uit dit onderzoek blijkt dat de functies van verzoekster en de maatman niet van gelijke waarde zijn, de werkzaamheden behorend bij de functie van staffunctionaris planbureau moeten hoger worden gewaardeerd. Het vermoeden van onderscheid is weerlegd. Derhalve is er geen sprake van onderscheid.
Geen strijd met de wet.

04 | 40

8 april 2004

Artikel 7 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 1 Besluit gelijke behandeling
Artikel 2 Besluit gelijke behandeling
Artikel 2 lid 2 AWGB

Vergoeding eigen bijdrage kraamzorg alleen aan de vrouw uitkeren levert direct onderscheid op grond van geslacht op. Geen wettelijke uitzondering van toepassing.

Verzoeker is bij verweerder verzekerd voor onder andere kraamzorg. Verzoeker heeft een nota van € 163,20 ter zake van eigen bijdrage kraamzorg bij verweerder gedeclareerd. Verweerder heeft op de uitkeringsspecificatie van 24 juni 2003 aan verzoeker laten weten dat deze nota niet wordt vergoed omdat het gezinslid op wie de kosten betrekking hebben, niet bij verweerder is verzekerd. Nadat verzoeker zijn verzoek bij de Commissie had ingediend heeft verweerder de nota van verzoeker alsnog betaald gezien het incidentele karakter van de claim. Verweerder stelt dat kraamzorg met name aan de vrouw ten goede komt en daarom op de verzekering van de vrouw geboekt moet worden.
Allereerst heeft de Commissie geoordeeld dat de omstandigheid dat de geclaimde vergoeding alsnog is betaald, niet afdoet aan het belang van verzoeker. Voorts is in artikel 31 van de polisvoorwaarden van verweerder bepaald dat kraamzorg wordt verleend door een aan een kraamcentrum verbonden kraamverzorgende, waarbij deze ten huize van verzekerde zowel moeder en kind als de huishouding verzorgt.
Artikel 45 lid 1 van de polisvoorwaarden van verweerder bepaalt dat kraamzorg inhoudt: zorg ten huize van verzekerde waarbij zowel moeder en kind als de huishouding wordt verzorgd, alsmede de zorg voor moeder en kind die wordt verleend in een kraaminrichting.
De Commissie is van oordeel dat nu de man deel uitmaakt van de huishouding van de verzekerde en de kraamzorg mede ten goede komt aan de man. De kosten hebben daarom ook mede betrekking op de man. Het in eerste instantie weigeren om deze kosten aan de man te vergoeden levert directe discriminatie op grond van geslacht op.
Verweerder kan geen beroep doen op één van de wettelijke uitzonderingen.
Strijd met de wet.

04 | 41

22 april 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verzoekster legt haar kledingvoorschrift op scholen ter beoordeling voor aan de Commissie. Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst.

Verzoekster is een stichting voor bijzonder primair onderwijs. Zij heeft een beleidsstuk opgesteld met betrekking tot kledingvoorschriften op scholen. De Commissie heeft het beleidsstuk getoetst op drie punten:
1. *Kleding die de communicatie belemmert, wordt verboden.*
2. *Het dragen van bomberjacks en/of baseballpetjes in de school is verboden.*
3. *Hoofddoekjes worden toegestaan, mits deze de communicatie niet belemmeren.*

Deze punten zullen, na vaststelling door het bestuur, als kledingvoorschriften gelden op beide scholen van verzoekster.
Ten aanzien van het eerste punt heeft de Commissie geoordeeld dat dit kledingvoorschrift indirect onderscheid naar godsdienst oplevert, nu hierdoor in overwegende mate personen zullen worden getroffen die het moslimgeloof aanhangen en vanuit die overtuiging kledingstukken dragen die het gezicht bedekken en daardoor de communicatie zouden kunnen belemmeren. Het doel van het voorschrift, het instandhouden en bevorderen van een goede onderlinge communicatie, acht de Commissie legitiem. Dat er op een onderwijsinstelling een goede communicatie kan plaatsvinden tussen docenten en leerlingen is een belang dat inherent is aan het onderwijsleerproces. Het middel is volgens de Commissie passend en noodzakelijk ter verwezenlijking van het doel, voorzover het verbod geldt voor het schoolgebouw. Een dergelijk kledingvoorschrift dat zich uitstrekt tot het gehele schoolcomplex, dus inclusief schoolplein, wordt door de Commissie niet noodzakelijk geacht voor de verwezenlijking van het doel. Daarbij wordt aangetekend dat verzoekster aan alle betrokkenen duidelijk zal moeten maken waarom communicatie essentieel is voor het onderwijsleerproces. Tevens zal zij nadrukkelijk moeten vaststellen welke criteria worden gehanteerd en in welke gevallen sprake is van kledingstukken die de communicatie belemmeren.
Ten aanzien van het tweede punt heeft de Commissie geoordeeld dat zij niet bevoegd is te oordelen over kledingvoorschriften in het algemeen. Bovendien vallen baseballpetjes ook onder het algemene verbod op het dragen van communi-

catiebelemmerende kledingstukken en behoeven niet apart te worden genoemd.
Ten aanzien van het derde punt heeft de Commissie geoordeeld dat deze bepaling niets toevoegt aan het algemene kledingvoorschrift dat kledingstukken die de communicatie belemmeren worden verboden. Deze bepaling behoeft dan ook niet te worden opgenomen in het kledingvoorschrift. Aanbeveling.
Geen strijd met de wet.

04 | 42

29 april 2004

Artikel 8 lid 1 AWGB
Artikel 8 AWGB
Artikel 12 lid 2 AWGB
Artikel 7:646 BW

Ontslag na getuigenis bij Commissie. Victimisatie niet aannemelijk gemaakt. Ook anderszins geen onderscheid.

Verzoeker, mannelijke inkoper, verleent in 2002 medewerking aan een onderzoek van de Commissie Gelijke Behandeling naar aanleiding van een verzoek om een oordeel van zijn vrouwelijke collega. In 2003 wordt de arbeidsovereenkomst met verzoeker door de kantonrechter ontbonden. Tijdens de kantonrechterprocedure is de betrokkenheid van de verzoeker bij de eerdere procedure van de Commissie niet aan de orde geweest.
Verzoeker stelt thans dat het ontslag rechtstreeks verband houdt met zijn medewerking aan het onderzoek van de Commissie en zijn getuigenis ter zitting. Verweerster, de voormalig werkgever, ontkent dit en schrijft de ontbinding enkel toe aan het functioneren van verzoeker.
De Commissie acht zich niet bevoegd te oordelen of er sprake is van victimisatieontslag, in de zin van ontslag naar aanleiding van een klacht of medewerking aan een klachtenprocedure. De betreffende bepaling in de AWGB beschermt uitsluitend de werknemer die een beroep heeft gedaan op de wetgeving gelijke behandeling, maar niet getuigen of andere derden die medewerking hebben verleend aan zo'n procedure. Sinds 1 april 2004 is het beschermingsbereik van de wet verruimd. Nu de ontbinding dateert van voor die tijd kan de Commissie niet aan de nieuwe bepalingen toetsen. De Commissie onderzoekt voorts of de beëindiging van de arbeidsverhouding wellicht anderszins in strijd is met de wetgeving gelijke behandeling. Nu door verzoeker geen feiten zijn aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden, concludeert de Commissie dat verweerster geen onderscheid heeft gemaakt.
Geen strijd met de wet.

04 | 43

29 april 2004

Artikel 5 AWGB

Verweerster heeft geen duidelijke procedure gevolgd bij haar besluit om de arbeidsovereenkomst met verzoekster niet te verlengen. Hierdoor heeft zij niet bewezen dat de zwangerschap van verzoekster hierbij geen enkele rol heeft gespeeld.

Verzoekster was met verweerster een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. Na verloop van tijd is verzoekster wegens zwangerschapsgerelateerde klachten arbeidsongeschikt geworden. Verweerster is na afloop van de arbeidsovereenkomst geen nieuwe arbeidsverhouding met verzoekster aangegaan. Verzoekster heeft de Commissie gevraagd te oordelen of verweerster jegens haar onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.
Het is een werkgever ingevolge artikel 7:646 eerste lid, BW verboden om bij het niet aangaan van een (nieuwe) arbeidsovereenkomst onderscheid te maken naar geslacht. Onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap is een vorm van direct onderscheid op grond van geslacht. Op grond van de bewijsverdeling geldt dat, indien degene die meent dat te zijnen nadeel onderscheid is of wordt gemaakt in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, het aan de verweerder is om te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.
Op grond van het door verzoekster aangevoerde feit dat zij nimmer is aangesproken op disfunctioneren, mede bezien in het licht zij de goedkeuring kreeg om een vierjarige opleiding te volgen, waaruit zij mocht afleiden dat men een langdurige arbeidsrelatie met haar beoogde, heeft verzoekster een vermoeden van onderscheid aannemelijk gemaakt. Dit wordt versterkt door het ontbreken van functioneringsgesprekken waardoor het haar duidelijk had kunnen worden dat de verlenging van haar arbeidsovereenkomst discutabel was. Op grond van de bewijsverdeling is het nu aan verweerster om te bewijzen dat zij niet in strijd met artikel 7:646 BW heeft gehandeld.
Verweerster stelt met verzoekster gesprekken te hebben gevoerd over samenwerkingsproblemen. Dit waren informele gesprekken op ad hoc basis die niet het karakter hadden van een functione-

ringsgesprek. Van de gesprekken zijn geen verslagen gemaakt waardoor niet kan worden gecontroleerd wat er aan de orde is geweest. Voor zover verweerster de goedkeuring voor de opleiding in het licht plaatst van verzoeksters arbeidsmobiliteit spoort dit niet met het plotselinge besluit om geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan. Verweerster heeft niet bewezen dat het geslacht van verzoekster niet (mede) een rol heeft gespeeld bij haar besluit om geen nieuwe arbeidsovereenkomst met verzoekster aan te gaan. Onderscheid in de zin van artikel 7:646 BW. Strijd met de wet.

04 **44**

29 april 2004

(mr. M.M. van der Burg (voorzitter), mr. dr. A.C. Hendriks en mr. A.B. Terlouw)

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verzekeraar maakt verboden onderscheid op grond van geslacht jegens een zelfstandige door voor toekenning van een zwangerschapsuitkering een wachttijd van twee jaar te hanteren, door als voorwaarde voor een zwangerschapsuitkering te stellen dat zowel een eerstejaars als een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering zijn afgesloten en door zwangerschap uit te sluiten van de vastekostenverzekering.

Verzoekster is werkzaam als zelfstandig advocaat op een advocatenkantoor. Zij is lid van een maatschap. Verzoekster heeft drie arbeidsongeschiktheidsuitkeringen afgesloten bij verweerster, een verzekeraar, namelijk een eerstejaars en een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering en een vastekostenverzekering met betrekking tot de maatschap. Verzoekster is van mening dat verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door het hanteren van een wachttijd van twee jaar voor een zwangerschapsuitkering, door als voorwaarde voor een zwangerschapsuitkering te stellen dat zowel een eerstejaars arbeidsongeschiktheidsuitkering als een langlopende verzekering zijn afgesloten en door zwangerschap niet te verzekeren in het kader van een vastekostenverzekering.
Verweerster heeft aangevoerd dat het hanteren van een wachttijd dient ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik. De Commissie is van oordeel dat verweerster hierdoor verboden onderscheid maakt op grond van geslacht, omdat de maatregel uitsluitend is gericht op het tegengaan van misbruik door (zwangere) vrouwen en niet tegen andere mogelijke vormen van misbruik. Geoordeeld wordt dat verweerster eveneens verboden onderscheid op grond van geslacht maakt door voor het recht op een zwangerschapsuitkering het afsluiten van een extra verzekering te eisen. Deze voorwaarde wordt namelijk niet gesteld bij afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid die korter dan een jaar duurt.
Voorts is het vaste jurisprudentie van de Commissie dat een verzekeraar verboden onderscheid maakt naar geslacht, indien deze een vrije beroepsbeoefenaar een verzekering aanbiedt tegen het risico van arbeidsongeschiktheid, waarbij geen uitkering wordt aangeboden bij zwangerschap en bevalling. Verweerster heeft dan ook jegens verzoekster verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door in de vastekostenverzekering zwangerschap uit te sluiten.
Strijd met de wet.

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 verweerster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving door het hanteren van een wachttijd van twee jaar bij een zwangerschapsuitkering, door als voorwaarde voor de zwangerschapsuitkering te eisen dat zowel een eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering als een langlopende verzekering zijn afgesloten en door zwangerschap niet te verzekeren in het kader van een vastekostenverzekering met betrekking tot de maatschap.

1.2 Verzoekster heeft de Commissie verzocht de zaak met spoed te behandelen aangezien haar collega, met wie zij samen een verzoek heeft ingediend, met ingang van 30 april 2004 met zwangerschapsverlof gaat. De Commissie heeft dit verzoek ingewilligd.

1.3 In de zaak van de collega van verzoekster heeft de Commissie op 29 april 2004 een oordeel uitgesproken onder nummer 2004-45.

1.4 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren met een verweerschrift.
Op 8 april 2004 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen.

1.5 Op 15 april 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar de verzoeken gevoegd zijn behandeld en waar partijen hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster is werkzaam als zelfstandig advocaat op een advocatenkantoor. Zij is lid van een maatschap.

2.2 Verzoekster heeft in de loop van 2002 drie arbeidsongeschiktheidsverzekeringen afgesloten bij verweerster, een verzekeringsmaatschappij. Het betreft een arbeidsongeschiktheidsverzekering die het risico van arbeidsongeschiktheid dekt die een jaar of korter duurt, de zogenaamde eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering (EA) en een verzekering die dit risico dekt tijdens het tweede jaar tot het 65ste levensjaar, de zogenaamde langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering (LA). Daarnaast heeft verzoekster een verzekering afgesloten voor doorbetaling van de vaste kosten die samenhangen met het lidmaatschap van de maatschap gedurende arbeidsongeschiktheid (vastekostenverzekering).

2.3 In artikel 3.4 van de polisvoorwaarden van de LA is bepaald dat de vrouwelijke verzekerde in verband met haar bevalling recht heeft op een zwangerschapsuitkering, mits zij ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar bij verweerster is verzekerd. In de polisvoorwaarden van de EA en de LA is geen wachttijd opgenomen voor aanspraak op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Ingevolge die polisvoorwaarden is er sprake van arbeidsongeschiktheid wanneer zich, onder meer, een directe relatie tot ziekte of ongeval voordoet.

2.4 In artikel 3.4 van de polisvoorwaarden van de LA is tevens bepaald dat geen zwangerschapsuitkering wordt verstrekt aan advocaten die een LA, maar geen EA hebben.

2.5 Op de vastekostenverzekering zijn de polisvoorwaarden van de LA van toepassing, met uitzondering van de bepaling dat recht bestaat op een uitkering ingevolge zwangerschap.

2.6 De Nederlandse Orde van Advocaten heeft een mantelovereenkomst gesloten met verweerster. Hierbij is overeengekomen dat de eigenrisciotermijn van de LA wordt verhoogd tot 360 dagen, in ruil voor een lagere premie. Daarom dient de vrouwelijke advocaat die zich wil verzekeren tegen zwangerschap tevens een EA, waarvan de eigenrisicotermijn dertig dagen bedraagt, af te sluiten. Ook is overeengekomen dat de zwangerschapsuitkering voor advocaten niet wordt verminderd met de uitkering ingevolge de Wet arbeid en zorg.

2.7 Verzoekster heeft de vastekostenverzekering na enkele maanden beëindigd.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 De Commissie heeft in 1997 geoordeeld dat een verzekeringsmaatschappij verboden onderscheid maakte op grond van geslacht door in het kader van een arbeidsongeschiktheidverzekering een wachttijd van twee jaar te hanteren voor een uitkering bij zwangerschap, terwijl in alle andere gevallen geen wachttijd geldt (CGB 15 juli 1997, oordeel 1997-87). Hoewel verweerster op de hoogte is van dit oordeel, hanteert zij nog steeds een wachttijd van twee jaar bij een uitkering wegens zwangerschap. Verzoekster maakt hiertegen bezwaar.

3.2 Ook acht verzoekster het in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving dat er eerst recht bestaat op een zwangerschapsuitkering in de LA, indien tevens een EA is afgesloten. Aangezien deze voorwaarde niet geldt voor het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering maakt verweerster direct onderscheid op grond van geslacht.

3.3 Verzoekster heeft er tevens bezwaar tegen dat de vastekostenverzekering een uitkering bij zwangerschap uitsluit. Verweerster maakt hierdoor direct onderscheid op grond van geslacht. Voor dit standpunt wordt verwezen naar CGB 1 april 1996, oordeel 1996-19 en CGB 23 december 1999, oordeel 1999-104. Verzoekster heeft de vastekostenverzekering beëindigd, omdat zij ontstemd was dat deze verzekering zwangerschap uitsloot.

3.4 Er worden tal van initiatieven ontplooid om vrouwen te stimuleren een eigen onderneming te starten. Het is echter niet denkbeeldig dat vrouwen niet zullen kiezen voor het vrije ondernemerschap, wanneer de vaste kosten niet kunnen worden verzekerd tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof.

3.5 De maandelijkse bijdragen van verzoekster aan de kosten van de maatschap beslaan € 1485,89. Dit bedrag is opgebouwd uit de componenten huur (€ 681,49), kantoorkosten (€ 434,72), secretaressekosten (€ 249,35) en lunch (€ 120,29). Indien deze kosten niet worden vergoed, moet de zwangerschapsuitkering worden gebruikt om de vaste lasten te voldoen. Wanneer de vaste lasten zijn voldaan, blijft van de zwangerschapsuitkering een bedrag van ongeveer € 348,11 over. Dit is geen normaal maandelijks inkomen, dat doorgaans tussen € 2000,– en € 3000,– bruto bedraagt.

3.6 In het verleden vergoedde verweerster wel vaste kosten aan zwangere vrouwen. Naderhand heeft verweerster zwangere vrouwen uitgesloten van vergoeding van vaste kosten. Als hierover werd geklaagd, zoals in het verleden door een collega van verzoekster, was verweerster toch bereid de vaste kosten te vergoeden.

3.7 Het feit dat verweerster verzekeringen aanbiedt op basis van een mantelovereenkomst met de Nederlandse Orde van Advocaten is voor verzoekster geen reden de Commissie te verzoeken om ook de Orde als verweerder aan te merken.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERSTER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Verweerster biedt twee diensten aan onder de noemer van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. De ene dienst is het verzekeren van een uitkering bij arbeidsongeschiktheid en de andere dienst is het verstrekken van een uitkering bij zwangerschap en bevalling. Deze diensten verschillen van aard en zijn daarom onvergelijkbare grootheden. De wetgever is kennelijk dezelfde mening toegedaan, nu de uitkering in verband met zwangerschap en bevalling is overgeheveld van de Ziektewet en de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen naar de Wet arbeid en zorg.

4.2 De zwangerschapsuitkering staat los van arbeidsongeschiktheid. Zwangerschap en bevalling geven daarom geen recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Zwangerschap en bevalling zijn immers niet aan te merken als stoornissen die in directe relatie staan tot ziekte. Bij de eerstejaarsverzekering en de vastekostenverzekering is dus geen sprake van uitsluiting van 'arbeidsongeschiktheid ten gevolge van zwangerschap'. Verweerster kent geen 'arbeidsongeschiktheid die het gevolg is van zwangerschap'.

4.3 De zwangerschapsuitkering, waarin de langlopende verzekering voorziet, is een – zijdens de verzekeraar niet-verplichte – aanvulling op de uitkering die een vrouw ontvangt in verband met zwangerschap en bevalling uit hoofde van de Wet arbeid en zorg. In wezen is bedoelde zwangerschapsuitkering een verlofuitkering die een vrouw financieel in staat stelt zestien weken niet te werken rond de bevallingsdatum.

4.4 Verweerster is van mening dat het haar als verzekeringsmaatschappij volledig vrij staat al dan niet een zwangerschapsuitkering aan te bieden en dus ook om deze aan te bieden onder beperkende voorwaarden, zoals een wachttijd van twee jaar. Verweerster benadrukt dat het hier feitelijk iets extra's betreft en dat uitsluitend vrouwen voor deze uitkering in aanmerking komen. De uitkering wordt betaald uit de algemene middelen.

4.5 Verweerster hanteert bij een zwangerschapsuitkering een wachttijd van twee jaar ter voorkoming van misbruik. Zonder zo'n wachttijd zou een verzekerde vlak voor de bevalling de verzekering kunnen sluiten en onmiddellijk een uitkering kunnen ontvangen en zou zij de verzekering kunnen opzeggen na de uitkeringsperiode van zestien weken.

4.6 Anders dan verzoekster stelt, hanteert verweerster geen wachttijd voor 'arbeidsongeschiktheid ten gevolge van zwangerschap'. De verzekering kent immers geen 'arbeidsongeschiktheid ten gevolge van zwangerschap'. Wel hanteert verweerster een wachttijd voor een zwangerschapsuitkering. Overigens kan de wachttijd van twee jaar niet los worden gezien van de regeling inzake de zwangerschapsuitkering zelf. Verweerster gaat er dan ook van uit dat een eventuele nietigheid van de wachttijd, de gehele regeling van de zwangerschapsuitkering zal treffen.

4.7 Normaliter bedraagt de eigenrisicotermijn van de LA dertig dagen. Het aanbieden van een zwangerschapsuitkering in de LA zou volstrekt zinloos zijn als hiervoor ook de, in het kader van de mantelovereenkomst met de Nederlandse Orde van Advocaten afgesproken, eigenrisicotermijn van 360 dagen zou gelden. Indien zowel een EA als een LA wordt afgesloten, ontstaat een situatie die

vergelijkbaar is met een LA met een eigenrisicotermijn van dertig dagen. Verweerster biedt uitsluitend in die situatie een zwangerschapsuitkering aan. Advocaten kunnen er ook voor kiezen de juristenpolis af te sluiten. Advocaten die gebruik willen maken van de verzekeringen, zoals overeengekomen in bedoelde mantelovereenkomst, betalen een lagere premie die thans ongeveer 70% van die van de juristenpolis bedraagt.

4.8 Verzoekster plaatst de kwestie omtrent haar onder 3.6 genoemde collega in het verkeerde perspectief. Het standpunt van verzoekster, dat verweerster bedoelde collega een zwangerschapsuitkering heeft verstrekt in het kader van de vastekostenverzekering is onjuist.

5 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

5.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid maakt op grond van geslacht door:
- een wachttijd te hanteren van twee jaar voor een zwangerschapsuitkering in de LA;
- zwangerschap slechts te verzekeren, indien zowel een EA als een LA is afgesloten;
- zwangerschap niet te verzekeren in het kader van de vastekostenverzekering.

5.2 In artikel 7, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is bepaald dat het is verboden onderscheid te maken op grond van onder meer geslacht bij onder andere het aanbieden van en de toegang tot goederen of diensten in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

5.3 Verweerster is een verzekeringsmaatschappij en de verzekeringen die hier in geding zijn, kunnen worden aangemerkt als diensten als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB.

5.4 Artikel 1 AWGB verbiedt onder meer direct onderscheid op grond van geslacht. Blijkens de wetsgeschiedenis van de AWGB heeft het verbod van direct onderscheid op grond van geslacht mede betrekking op onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 13).
Anders dan in artikel 1 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en artikel 7:646, vijfde lid, Burgerlijk Wetboek (BW), waar expliciet is bepaald dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede wordt begrepen onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap, is deze uitleg in de AWGB achterwege gebleven. Met het oog op de stroomlijning van de verschillende wet- en regelgeving op het gebied van de gelijke behandeling beoogt het wetsvoorstel Evaluatiewet AWGB deze precisering alsnog op te nemen in de AWGB (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 311, nr. 1-2, p.2).

5.5 In navolging van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) is het vaste jurisprudentie van de Commissie dat afwezigheid van een werknemer tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof moet worden gezien als een direct en onlosmakelijk gevolg van de zwangerschap (HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-32/93 (*Webb*), *Jur.* 1994, p. I-3567, *JAR* 1994, 169 en bijvoorbeeld CGB 16 september 2003, oordeel 2003-124). Er is geen reden aan te nemen dat dit anders zou zijn bij zelfstandigen en vrije beroepsbeoefenaars. Hieruit volgt dat afwezigheid tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof op één lijn moet worden gesteld met de zwangerschap zelf.

5.6 De onder 5.5 bedoelde rechtspraak van het HvJ EG heeft betrekking op arbeidsverhoudingen. In deze zaak is geen sprake van een arbeidsverhouding, maar van het aanbieden van goederen of diensten in het kader van de uitoefening van een bedrijf door verweerster aan verzoekster. Het is de bedoeling geweest van de wetgever om het door het HvJ EG ontwikkelde toetsingskader met betrekking tot onderscheid op grond van geslacht, waaronder zwangerschap, bij arbeidsverhoudingen ook richtinggevend te laten zijn bij de beoordeling van onderscheid op grond van geslacht, waaronder zwangerschap, bij het aanbieden van goederen of diensten (bijvoorbeeld CGB 23 december 1999, oordeel 1999-104).
De ratio van het opnemen van een verbod op onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van en de toegang tot goederen of diensten in de AWGB is immers dezelfde als die van het, al langer geldende, verbod van onderscheid op het terrein van de arbeid, namelijk de bescherming van vrouwen tegen ondermeer de nadelige gevolgen voortvloeiend uit zwangerschap. Deze bescherming is gebaseerd op de Europese richtlijnen ter nadere uitwerking van artikel 141 EG (voorheen artikel 119 EG-verdrag) die

betrekking hebben op de bescherming van de vrouw, met name wat betreft zwangerschap en moederschap, onder meer Richtlijn nr. 86/613/EEG van de Raad van de Europese Unie van 19 december 1986 inzake vrije beroepsbeoefenaren (*PbEG* 1986, L 359/56).

5.7 Het is voorts vaste jurisprudentie van de Commissie dat het aanbieden van een arbeidsongeschiktheidsverzekering aan vrije beroepsbeoefenaren, zonder dat bij zwangerschap en bevalling tot uitkering wordt overgegaan, verboden onderscheid op grond van geslacht met zich brengt (bijvoorbeeld CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76). Dit neemt niet weg dat het verzekeraars vrijstaat om, ook in geval van zwangerschap, bepalingen in de polis op te nemen ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik, mits daarmee geen onderscheid wordt gemaakt in de zin van de AWGB.

De wachttijd van twee jaar:

5.8 De voorwaarden waaronder tot uitkering wordt overgegaan, zijn voor verzekerden in het geval van zwangerschap ongunstiger dan in het geval van arbeidsongeschiktheid. Verweerster hanteert immers voor het recht op een zwangerschapsuitkering de voorwaarde dat de vrouwelijke verzekerde tenminste twee jaar is verzekerd bij verweerster ten tijde van de vermoedelijke bevallingsdatum. Daarentegen wordt geen wachttijd gehanteerd voor het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

5.9 In tegenstelling tot het standpunt van verweerster, als vermeld in 4.4, volgt uit de norm en systematiek van het verbod van onderscheid op grond van geslacht dat een verzekeraar verboden onderscheid maakt op grond van geslacht, indien deze een verzekering aanbiedt tegen arbeidsongeschiktheid, waarbij geen uitkering wordt aangeboden bij zwangerschap en bevalling. De contractvrijheid wordt beperkt door de gelijkebehandelingswetgeving. Een dergelijke beperking geldt ook, zoals in het onderhavige geval, ten aanzien van de omvang en de samenstelling van de verzekering. Hieruit volgt dat verweerster zich niet kan beroepen op de contractvrijheid ter rechtvaardiging van het aanbieden van een zwangerschapsuitkering onder beperkende voorwaarden, zoals een wachttijd van twee jaar.

5.10 Zoals is overwogen in 5.7, staat de gelijkebehandelingswetgeving er niet aan in de weg dat verzekeraars maatregelen nemen ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik. Het hanteren van een wachttijd van twee jaar moet volgens verweerster (4.5) 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. Zoals de Commissie reeds eerder heeft geoordeeld maakt verweerster hierdoor verboden onderscheid op grond van geslacht (CGB 15 juli 1987, oordeel 1997-87 en CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76). Verweerster handelt door het hanteren van een wachttijd van twee jaar derhalve in strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB.

De voorwaarde om naast de LA een EA af te sluiten:

5.11 Thans ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoekster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door zwangerschap slechts te verzekeren indien zowel een EA als een LA is afgesloten.

5.12 De LA keert niet uit bij arbeidsongeschiktheid die korter dan een jaar duurt. Als geen bijzondere regeling zou zijn getroffen, zou de LA dus nooit uitkeren bij zwangerschap. Afwezigheid ten gevolge van zwangerschap en bevalling duurt per definitie korter dan een jaar. De zwangerschapsuitkering die ingevolge de LA wordt geboden is in die zin derhalve gunstig voor zwangere vrouwen.

5.13 Dit neemt niet weg dat niet goed is te begrijpen dat verweerster ervoor heeft gekozen om een zwangerschapsuitkering in de LA op te nemen en niet in de EA. De EA keert immers uit bij afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid die korter dan een jaar duurt. De Commissie is echter niet gevraagd te oordelen over de vraag of sprake is van ongelijke behandeling naar geslacht door uitkering bij afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling van de EA uit te sluiten. De vraag die door verzoekster aan de Commissie is voorgelegd, is of de advocatenpolis onderscheid maakt naar geslacht door te bepalen dat er slechts recht bestaat op een zwangerschapsuitkering ingevolge de LA indien tevens een EA is afgesloten.

5.14 De voorwaarden waaronder tot uitkering wordt overgegaan, zijn voor verzekerden in het geval van zwangerschap ongunstiger dan in het geval van arbeidsongeschiktheid.

Verweerster hanteert immers voor het recht op een zwangerschapsuitkering de voorwaarde dat de vrouwelijke verzekerde een extra verzekering afsluit. Deze voorwaarde wordt niet gesteld bij afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid die korter dan een jaar duurt. Afwezigheid wegens zwangerschap moet juridisch worden gelijkgesteld aan afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid die korter dan een jaar duurt (5.7). Vrouwen die het risico van afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling willen dekken, moeten echter, omdat zij gedwongen zijn twee verzekeringen af te sluiten, meer kosten maken dan personen die het risico van arbeidsongeschiktheid die minder dan een jaar duurt, willen verzekeren. Zij kunnen volstaan met het afsluiten van de EA.

5.15 Verweerster handelt door het hanteren van de voorwaarde dat behalve een LA ook een EA wordt afgesloten derhalve in strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB.

De uitsluiting van zwangerschap en bevalling ingevolge de vastekostenverzekering:

5.16 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of verweerster door in de vastekostenverzekering geen uitkering in het vooruitzicht te stellen ingeval van zwangerschap, onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht.

5.17 De vastekostenverzekering dekt het risico van het niet kunnen dragen van de vaste kosten van een bedrijf ingeval van arbeidsongeschiktheid. Dergelijke kosten vormen geen onderdeel van de uitkering op grond van de Wet arbeid en zorg of een andere uitkering van overheidswege. De Commissie heeft in 5.7 overwogen dat een verzekeraar verboden onderscheid maakt op grond van geslacht, indien deze de vrije beroepsbeoefenaar een verzekering aanbiedt tegen het financiële risico van arbeidsongeschiktheid, waarbij geen uitkering wordt aangeboden bij zwangerschap en bevalling. Op grond van het vorenstaande wordt geoordeeld dat verweerster jegens verzoekster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door in de vastekostenverzekering zwangerschap uit te sluiten. Verweerster heeft derhalve ten aanzien van dit punt in strijd gehandeld met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB.

6 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . jegens . . . . :

- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door een wachttijd van twee jaar te hanteren voor een zwangerschapsuitkering in de langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering;
- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door zwangerschap slechts te verzekeren, indien naast een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering tevens een eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering is afgesloten;
- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door zwangerschap niet te verzekeren in de vastekostenverzekering.

04 | 45

Gelijk aan oordeel 04-44.

ANNOTATIE

1 In dit oordeel spelen een aantal vragen over de toelaatbaarheid van het beperken van de verzekeringsmogelijkheden van vrije beroepsbeoefenaren door een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraar voor de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof. Vergelijkbare vragen zijn al meerdere keren aan de CGB voorgelegd en de Commissie heeft een vaste en consequente oordelenlijn kunnen ontwikkelen. Het integraal weergegeven oordeel 2004-44 (gevoegd behandeld met oordeel 2004-45) is een bevestiging van die oordelenlijn. Het standpunt dat de CGB in deze oordelen inneemt, is zeker geen verrassing. Toch is het om meerdere redenen van belang bij deze oordelen stil te staan. De verzoeksters in deze zaken hebben namelijk met het CGB-oordeel op zak de vraagpunten ook aan de Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht voorgelegd. De rechter heeft het uitgangspunt van de CGB volledig onderschreven en geoordeeld dat een beding in de polis van een arbeidsongeschiktheidsverzekering, dat voorziet in de uitsluiting van een uitkering bij zwangerschap nietig is omdat met een dergelijk

beding onderscheid naar geslacht wordt gemaakt.[1] Tegen dit vonnis is hoger beroep aangetekend door de betrokken verzekeraar. De uitkomst van die laatste procedure zal van grote betekenis zijn voor het advies dat het Verbond voor Verzekeraars aan de leden gaat uitbrengen over de inhoud van de polisvoorwaarden.
Vertegenwoordigers van de CGB en het Verbond plegen op gezette tijden overleg over de verzekerbaarheid van zwangerschap via een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. In dat overleg staat de noodzaak van een deugdelijke inkomensvoorziening voor zelfstandig werkende vrouwen gedurende de periode van zwangerschap en bevalling op zich niet meer ter discussie. Daar wordt wel gesproken over het verschil in opvatting over de juridische grondslag van een dergelijke voorziening en over de juridische toelaatbaarheid van beperkende polisvoorwaarden. Dat verschil in opvatting komt in de diverse oordelen van de CGB over deze problematiek duidelijk naar voren. Het Verbond van Verzekeraars heeft de Commissie laten weten de uitspraak in hoger beroep af te zullen wachten voordat verdere stappen worden ondernomen.

2 Een andere reden om de argumentatie van CGB en tevens van Rechtbank Utrecht extra onder de aandacht te brengen is het gegeven dat de wetgever de publieke inkomensvoorziening voor het zwangerschaps- en bevallingsverlof van zelfstandig werkende vrouwen heeft afgeschaft korte tijd na de genoemde uitspraken. De vraag dient zich aan of de wetgever die vrijheid wel heeft. In de bovengenoemde procedures stelt de betrokken verzekeraar zich op het standpunt geheel vrij te zijn in de keuze om wel of niet een zwangerschapsuitkering op te nemen in een arbeidsongeschiktheidsverzekering. CGB en rechter betwisten het bestaan van die vrijheid voor de particuliere verzekeraar wegens het verbod van onderscheid op grond van geslacht. Vergelijkbare argumenten zijn gebruikt om de vrijheid van de wetgever te betwisten tijdens de parlementaire behandeling van de *Wet einde toegang WAZ*.[2] Dat was tevergeefs. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bleef vasthouden aan het standpunt dat er geen internationale verplichtingen zijn die de wetgever dwingen een publieke voorziening voor zelfstandigen in stand te laten en tevens dat de vrouwen die niet meer onder de regeling vallen zich maar tot de particuliere verzekeraars moeten wenden.[3] In dit verband is een korte terugblik op ontstaan en afschaffing van de publieke regeling op zijn plaats. De Wet arbeidsongeschiktheidverzekering zelfstandigen (WAZ) heeft vanaf 1 januari 1998 voorzien in een inkomenscompensatie van maximaal 100 procent van het minimumloon gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof van zelfstandigen, vrije beroepsbeoefenaren, beroepsbeoefenaren op arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld alfahulpen en andere deeltijdschoonmaaksters) en van meewerkende echtgenotes. Deze regeling is vervolgens zonder inhoudelijke wijzigingen overgeheveld naar de Wet arbeid en zorg (WAZO) en wel in artikel 3:17 tot en met 3:21 WAZO. Deze wet is op 1 december 2001 in werking getreden.[4] Helaas heeft de zwangerschaps- en bevallingsregeling voor zelfstandigen daar geen veilige plek gekregen. De *Wet einde toegang WAZ* heeft niet alleen voorzien in de afschaffing van de toegang tot de publieke inkomensvoorziening voor zelfstandigen in geval van arbeidsongeschiktheid maar tevens in het grotendeels schrappen van de zwangerschaps- en bevallingsregeling voor zelfstandigen uit de WAZO. Die regeling is namelijk alleen in stand gelaten voor de beroepsbeoefenaren op arbeidsovereenkomst.[5] Tijdens de parlementaire behandeling van de *Wet einde toegang WAZ* zijn met name vanuit de Eerste Kamer diverse bezwaren geuit tegen de wet. Voor wat betreft het grotendeels afschaffen van de zwangerschaps- en bevallingsregeling voor zelfstandigen is gewezen op de strijdigheid met meerdere internationale verplichtingen. Uiteindelijk is de Eerste Kamer in meerderheid akkoord gegaan met de *Wet einde toegang WAZ* en daarmee ook met de afschaffing van de publieke zwangerschaps- en bevallingsregeling. Aan deze instemming zijn wel voorwaarden verbonden. Voor wat betreft de afschaffing van de zwangerschaps- en bevallingsregeling voor zelfstandigen, vrije beroepsbeoefenaren en meewerkende echtgenotes heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de toezegging gedaan nader advies te vragen aan de CGB en ILO.[6] Naderhand is de minister teruggekrabbeld en

1 *Rb. Utrecht 27 mei 2004, LJN AP0146.*
2 *Kamerstukken 29 497, Stb. 2004, 324.*
3 *Kamerstukken II 2003/04, 29 497, nr. 3, p. 5-6; Handelingen I 2004/05, 37, p. 2038-2041.*
4 *Stb. 2001, 567 en 569 jo. Stb. 2001, 568.*
5 *Zie: I.P. Asscher-Vonk, 'De WAZ de deur uit – en nu?', SMA 2004, p. 433-436.*
6 *Handelingen I 2004/05, 37, p. 2039.*

heeft te kennen gegeven de adviesaanvraag aan de CGB te willen beperken tot de vraag naar de toelaatbaarheid van de beperkende voorwaarden in de particuliere regeling. In april 2005 heeft de vaste Kamercommissie SZW van de Eerste Kamer de minister per brief aangemaand eindelijk werk te maken van de gedane toezeggingen. In die brief is tevens benadrukt dat de adviesaanvraag aan de CGB niet beperkt mag blijven tot de particuliere regeling. De CGB zou gevraagd moeten worden de afschaffing van de publieke regeling te toetsen aan het Europese non-discriminatierecht en andere internationale verplichtingen.

3 Terug naar de oordelen van de CGB. De vragen over de toelaatbaarheid van het beperken van de verzekeringsmogelijkheden van vrije beroepsbeoefenaren en andere zelfstandig werkende vrouwen voor het geval van zwangerschap en bevalling kan de Commissie aan de gelijkebehandelingswetgeving toetsen sinds de inwerkingtreding van de AWGB in september 1994. Artikel 7 AWGB verbiedt het maken van onderscheid onder meer op grond van geslacht bij het aanbieden van en de toegang tot goederen of diensten en het ter zake contracteren. Het aanbieden van een verzekering is een dienst die onder deze bepaling valt (vgl. overweging 5.2 oordeel 2004-44). In 1995 en 1996 sprak de CGB zich uit over de destijds gebruikelijke volledige uitsluiting van een zwangerschapsuitkering van de arbeidsongeschiktheidsverzekering (oordeel 1995-4 en 1996-19). De Commissie merkte dit aan als een door artikel 7 AWGB verboden direct sekseonderscheid. Mede onder invloed van deze oordelen zijn de polisvoorwaarden gewijzigd op advies van het Verbond van Verzekeraars en zijn verzekeraars wel een uitkering gaan toekennen mits de vermoedelijke bevallingsdatum ten minste twee jaar na de aanvang van de verzekering ligt. In oordeel 1997-87 stelde de verzekeraar dat deze voorwaarde nodig is ter voorkoming van misbruik van de uitkering. Vrouwen zouden de verzekering uitsluitend met het oog op de zwangerschapsuitkering kunnen afsluiten en op een later moment de uitkering opzeggen. Ook zouden vrouwen het verzekerde dagbedrag kunnen verhogen met het oog op de te ontvangen zwangerschapsuitkering. De CGB oordeelde dat de vrijheid van de verzekeraar om beperkende voorwaarden te stellen ter voorkoming van misbruik of oneigenlijk gebruik bestaat, maar dat deze wordt beperkt door het wettelijke verbod van sekseonderscheid. De verzekeraar handelde in strijd met dit verbod omdat er geen wachttijd wordt gehanteerd voor het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering en wel voor het recht op een zwangerschapsuitkering. Dit betekent een ongunstiger behandeling op grond van zwangerschap en dit is een vorm van verboden sekseiscriminatie. De vraag naar de toelaatbaarheid van de wachttijd van twee jaar is de CGB naderhand nog vaker voorgelegd omdat het één van de standaard-polisvoorwaarden is gebleven. In de oordelen komen ook andere kwesties aan de orde. Zo is in oordeel 2001-39 de inhouding van de WAZ-uitkering bij zwangerschap en bevalling op de uitkering van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering aan de orde. Ook dit is in strijd met artikel 7 AWGB bevonden omdat een dergelijke verrekening niet plaatsvindt bij de uitkering bij reguliere arbeidsongeschiktheid. Oordeel 2002-76 betreft een bevestiging van deze oordelenlijn en bevat het meest uitgebreide overzicht van de relevante zwangerschapsjurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG. Uit het oordeel blijkt ook het verschil in uitleg van deze jurisprudentie door de verzekeraars en de CGB. Dat oordeel is integraal opgenomen in de oordelenbundel 2002 en daar van een annotatie voorzien door Mies Westerveld.[7] In dat oordeel gaat de CGB in overweging 5.11 en 5.12 ook in op het verschil tussen artikel 2 WGB en artikel 7 AWGB voor wat betreft de mogelijkheid voor verzekeraars om maatregelen te nemen specifiek gericht op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik in verband met zwangerschap. Artikel 2, tweede lid, WGB noemt deze mogelijkheid wel en artikel 7 AWGB niet. Dat laatste betekent dat de CGB de beperkende voorwaarden zoals het hanteren van wachttijden niet inhoudelijk kan toetsen. Aangenomen mag worden dat het verschil tussen deze bepalingen een punt van aandacht zal zijn bij de evaluatie van de AWGB.

4 Oordeel 2004-44 is een logische voortzetting van de juist besproken oordelen. Verzoekster is een advocate die haar vraagpunten aan de CGB voorlegt tezamen met haar zwangere collega. Oordeel 2004-44 is hier integraal weergegeven omdat de Commissie in dat oordeel de meeste vragen heeft kunnen beantwoorden. De Commissie heeft de zaken met spoed behandeld (binnen een maand)

7 *D.J.B. de Wolff (red.), Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002, Deventer: Kluwer 2003, p. 196-206.*

vanwege de ingangsdatum van het zwangerschapsverlof van de ene advocate.
De CGB oordeelt over de vraag of de verzekeraar jegens verzoekster onderscheid maakt op grond van geslacht door:
- een wachttijd te hanteren van twee jaar voor een zwangerschapsuitkering in de langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering (LA) – een verzekering die het risico dekt van arbeidsongeschiktheid tijdens het tweede jaar tot het 65ste levensjaar;
- zwangerschap slechts te verzekeren, indien zowel een eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering (EA) als een LA is afgesloten;
- zwangerschap niet te verzekeren in het kader van de vastekostenverzekering – een verzekering voor doorbetaling van de vaste kosten die samenhangen met het lidmaatschap van de maatschap gedurende arbeidsongeschiktheid.

De CGB schetst in de overwegingen 5.2 tot en met 5.6 het juridisch kader met behulp waarvan de vragen kunnen worden beantwoord en verwijst voor de uitleg van het wettelijk kader naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG en naar eerdere eigen oordelen waarin die jurisprudentie is uitgelegd. In overwegingen 5.8 tot en met 5.10 stelt de CGB vast dat overeenkomstig de eerdere oordelen het hanteren van de beperkende voorwaarde van een wachttijd van twee jaar niet is toegestaan. De argumenten van de CGB zijn onder punt 3 al in het kort weergegeven. Overwegingen 5.11 tot en met 5.15 betreffen de beperkende voorwaarde van het verplicht afsluiten van twee verzekeringen. Dit is niet toegestaan. Afwezigheid wegens zwangerschap moet juridisch gelijkgesteld worden met afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid die korter dan een jaar duurt. Vrouwen die het risico van afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling willen dekken, leiden nadeel omdat zij meer kosten moeten maken vanwege het verplicht afsluiten van twee verzekeringen. Personen die afwezigheid wegens arbeidsongeschiktheid van korter dan een jaar willen verzekeren, hebben deze verplichting namelijk niet.
Overwegingen 5.16 en 5.17 betreffen de volledige uitsluiting van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering van de vastekostenverzekering. Deze uitsluiting is in strijd met artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB gezien het uitgangspunt van de CGB dat een verzekeraar verboden sekseonderscheid maakt als deze de vrije beroepsbeoefenaar een verzekering aanbiedt tegen het financiële risico van arbeidsongeschiktheid, waarbij geen uitkering wordt aangeboden bij zwangerschap en bevalling.
Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht heeft alleen een oordeel uitgesproken over de toelaatbaarheid van het beding dat voorziet in de uitsluiting van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering van de vastekostenverzekering. Over de overige vorderingen van verzoeksters heeft de rechter gemeend geen uitspraak te kunnen doen in het kader van een kort geding. Zoals eerder gezegd, heeft de rechter het standpunt van de CGB volledig onderschreven en om die reden geoordeeld dat het beding in de vastekostenverzekering nietig is.

5 Het is moeilijk voorspellingen te doen over de toekomst van de publieke en de particuliere inkomensvoorziening voor de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof van zelfstandig werkende vrouwen. Voor wat de particuliere regeling betreft is het duidelijk dat CGB en Rechtbank Utrecht enerzijds en het Verbond van Verzekeraars anderzijds een verschillende uitleg geven van het relevante EG-recht en op die grond tot tegengestelde opvattingen komen over de verplichtingen van de verzekeraars. Zoals besproken zal het advies van het Verbond van Verzekeraars aan de leden afhangen van de uitspraak in hoger beroep. Zelf vind ik de argumentatie van CGB en rechter het meest overtuigend. Hopelijk denkt de rechter die het vonnis in hoger beroep zal wijzen, er ook zo over. Voor wat de publieke inkomensvoorziening betreft, is het voorlopig nog de vraag of de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bereid zal zijn de CGB advies te vragen over de toelaatbaarheid van de afschaffing van deze voorziening. Leden van de Eerste Kamer zitten de minister met recht op zijn huid. De CGB kan in een uit te brengen advies over de vrijheid van de wetgever de argumentatie van de hier besproken oordelen overnemen. Het valt niet in te zien waarom particuliere verzekeraars op grond van het EG-recht verdergaande verplichtingen zouden hebben dan de wetgever. Voor een toelichting op de verplichtingen van de wetgever op grond van het EG-recht kan worden verwezen naar het eerder aangehaalde artikel van Asscher-Vonk.[8] Voor de wetgever spelen daarnaast ook nog de verplichtingen van het Vrouwenverdrag. Artikel 11, tweede lid, onderdeel b, Vrouwenverdrag verplicht de lidstaten tot de maatregel 'verlof wegens bevalling in te voeren met behoud van loon of vergelijkbare

8 *Asscher-Vonk 2004, m.n., p. 435-436 (zie noot 5).*

sociale voorzieningen, zonder dat dit leidt tot verlies van de vroegere werkkring, de behaalde anciënniteit of de hun toekomende sociale uitkeringen'. Mijns inziens is deze bepaling zo concreet geformuleerd dat de wetgever verplicht is zorg te dragen voor een inkomensvoorziening gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof. Voor een uitvoeriger argumentatie kan worden verwezen naar E. Cremers-Hartman & W.C. Monster, '(G)een Waz-bevallingsuitkering voor meewerkende echtgenote'.[9] In dat artikel worden tevens de verplichtingen voor de wetgever op grond van de EG-zelfstandigenrichtlijn (Richtlijn 86/613/EEG, *PbEG* 1986, L 359/56) besproken. Bij de opvatting dat de wetgever rechtstreekse verplichtingen heeft op grond van het Vrouwenverdrag past de kanttekening dat ook hierover verschillend wordt gedacht. Zo is de CRvB van mening dat artikel 11 Vrouwenverdrag slechts een instructienorm voor overheden betreft om beschermende maatregelen te treffen en dat de bepaling geen rechtstreekse werking toekomt.[10] Het zal de zaak ten goede komen als de minister in de adviesaanvraag de CGB ook de vraag naar de reikwijdte van artikel 11, tweede lid, onderdeel b, Vrouwenverdrag voorlegt.

Mr. E. Cremers-Hartman

04 | **46**

4 mei 2004

(mr. E.N. Brons (voorzitter), mr. M.M. van der Burg en mr. B. Romkes)

Artikel 3 WGBL
Artikel 7 lid 1 WGBL
Artikel 8 lid 2 WGBL
Artikel 8 lid 3 WGBL

Onderscheid op grond van leeftijd bij de toekenning van salarisverhogingen en de opbouw van pensioenrechten.

Verzoekster vraagt om een oordeel over de vraag of de bepaling in haar arbeidsvoorwaardenregeling om geen individuele salarisverhogingen aan werknemers van 57 jaar en ouder toe te kennen en de bepaling in haar pensioenreglement om individuele salarisverhogingen uitsluitend voor de jaren na het 57e levensjaar mee te tellen voor de opbouw van het basispensioen in overeenstemming kunnen worden geacht met de WGBL.
In de arbeidsvoorwaardenregeling wordt onderscheid gemaakt tussen werknemers van 57 jaar en ouder en werknemers die jonger zijn dan 57 jaar en daarmee wordt onderscheid gemaakt op grond van leeftijd. Dit geldt ook voor de vaststelling van de pensioengrondslag in het pensioenreglement.
De uitzondering van artikel 8 WGBL, die ziet op toetredingsleeftijden en pensioengerechtigde leeftijden en actuariële berekeningen, is hierop niet van toepassing.
Het doel van beide bepalingen is de carrièrekansen van ouderen niet te ondermijnen en tegelijkertijd de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar te houden. Verzoekster heeft verklaard dat het in de afgelopen vijf jaar slechts één keer is voorgevallen dat een werknemer na zijn 57e verjaardag nog niet het maximum van zijn schaalsalaris had bereikt en derhalve in aanmerking zou kunnen komen voor een salarisverhoging. Verzoekster heeft niet concreet onderbouwd waarom de behoefte aan toepassing van deze regeling in de toekomst zou toenemen. Het doel van de bepaling voldoet derhalve niet aan een werkelijke behoefte van de organisatie van verzoekster. Het onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd. Voorzover verzoekster zou worden geconfronteerd met hoge backserviceverplichtingen, en het doel derhalve wel zou voldoen aan een werkelijke behoefte van de organisatie, geldt dat het doel in dat geval wel als passend zou kunnen worden beschouwd. Uit de parlementaire behandeling blijkt echter dat er alternatieve mogelijkheden zijn om een dergelijk doel te bereiken.
Strijd met de wet.

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:
- de bepaling in haar interne arbeidsvoorwaardenregeling om geen individuele salarisverhogingen aan werknemers van 57 jaar en ouder toe te kennen (artikel 5.4.1.2) en
- de bepaling in haar pensioenreglement om individuele salarisverhogingen uitsluitend voor de jaren na het 57e levensjaar mee te tellen voor de opbouw van het basispensioen (artikel 5, vierde lid, eerste alinea), in overeenstemming kunnen worden geacht met Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGB l).

1.2 Verzoekster heeft na indiening van haar verzoekschrift een afschrift toegezonden van

9 *SMA 2001, p. 51- 61.*
10 *CRvB 25 april 2003, QSV 2003, 193.*

de bepalingen inzake de door haar toegepaste salarissystematiek. De Commissie heeft deze informatie op 5 februari 2004 ontvangen. Desgevraagd heeft verzoekster op 3 maart 2004 nadere informatie aan de Commissie verstrekt.

1.3 Op 23 maart 2004 heeft de Commissie een zitting gehouden waar verzoekster onder meer haar verzoekschrift mondeling heeft toegelicht.

1.4 Desgevraagd heeft verzoekster na de zitting cijfers verstrekt over het totaal aantal werknemers, de man/vrouwverdeling binnen haar personeelsbestand, het aantal werknemers per salarisschaal, met daarbij het percentage vrouwen per salarisschaal, en de gemiddelde leeftijd van de werknemers per salarisschaal, met daarbij het gemiddeld aantal dienstjaren. De Commissie heeft deze informatie op 29 maart 2004 ontvangen.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster is een accountantsbedrijf. Het verloop onder het personeel is ongeveer 10% per jaar.

2.2 Verzoekster heeft sinds 1994 in haar interne arbeidsvoorwaardenregeling (hierna: de arbeidsvoorwaardenregeling) een artikel opgenomen dat bepaalt dat het schaalsalaris van haar werknemers jaarlijks per 1 januari opnieuw kan worden vastgesteld door toekenning van delta's (artikel 5.4.1.2). Een delta is een individuele salarisverhoging en bedraagt 1% van het maximumbedrag van de loonschaal waarin de werknemer is ingeschaald. Afhankelijk van het functioneren, wordt het salaris per werknemer structureel verhoogd met één tot maximaal vijf delta's. Gemiddeld genomen wordt het salaris van de werknemer met drie delta's per jaar verhoogd. In combinatie met een promotie kan de eerste salarisverhoging oplopen tot een maximum van 8% van de nieuwe salarisschaal.

2.3 In artikel 5.4.1.2, laatste zin, van de arbeidsvoorwaardenregeling is bepaald dat aan werknemers van 57 jaar en ouder geen delta's kunnen worden toegekend.

2.4 Verzoekster kent een pensioenreglement dat is opgebouwd uit drie delen, te weten: het basispensioen (tot een jaarinkomen van € 40.473,–), een excedentpensioen (voor surplus aan jaarinkomen boven € 40.473,–) en een prepensioen. Het excedent- en het prepensioen worden opgebouwd volgens een beschikbare premieregeling, het basispensioen volgens een eindloonstelsel met dienstjarenbeginsel.
Alle onderdelen van de pensioenregeling zijn premievrij voor de werknemer.

2.5 Artikel 5.4.1.2 van de arbeidsvoorwaardenregeling staat in een directe relatie met artikel 5 van het reglement van het basispensioen (hierna: het pensioenreglement).

2.6 In artikel 5, eerste lid, van het pensioenreglement is bepaald dat de pensioengrondslag de basis vormt voor de berekening van de hoogte van de pensioenen. De pensioengrondslag voor de deelnemer wordt bij opname in de pensioenregeling en vervolgens jaarlijks per 1 januari vastgesteld.

2.7 In artikel 5, vierde lid, eerste alinea, van het pensioenreglement is bepaald dat wijzigingen van de pensioengrondslag die betrekking hebben op incidentele (dat gelijk is aan individuele) salarisverhogingen (hierna: individuele salarisverhogingen) na het bereiken van de 57-jarige leeftijd worden vastgesteld op basis van het aantal deelnemersjaren dat is gelegen tussen de datum waarop de pensioengrondslag opnieuw wordt vastgesteld en de datum waarop de deelnemer de 65-jarige leeftijd bereikt, de toekomstige deelnemersjaren. De achterliggende jaren, de zogenoemde backservice, worden niet meegenomen.

2.8 In artikel 5, vierde lid, tweede alinea, van het pensioenreglement is bepaald dat voor de deelnemer van 57 jaar en ouder de wettelijke en initiële salarisverhogingen ongekort deel uitmaken van de pensioengrondslagverhogingen. In tegenstelling tot de onder 2.7 genoemde individuele salarisverhogingen hebben deze verhogingen betrekking op alle deelnemersjaren, zowel de achterliggende als de toekomstige deelnemersjaren.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoekster heeft vanwege de invoering van de WGB l haar arbeidsvoorwaardenregeling en haar pensioenreglement opnieuw beoordeeld.

3.2 Verzoekster meent dat artikel 5.4.1.2, van de arbeidsvoorwaardenregeling in strijd is met de WGB l.

3.3 Met het oog op de beheersbaarheid en betaalbaarheid van de pensioenlasten zijn de artikelen 5.4.1.2, en artikel 5, eerste en vierde lid, eerste alinea, opgenomen in de arbeidsvoorwaardenregeling, respectievelijk in het pensioenreglement.

3.4 In de praktijk komt het slechts bij uitzondering voor dat iemand van 57 jaar of ouder niet het maximum van zijn salarisschaal heeft bereikt of nog een carrièresprong maakt. De afgelopen vijf jaar is het één keer voorgevallen dat een werknemer van 57 jaar nog niet het maximum van zijn salarisschaal had bereikt en hem vanwege het gestelde in artikel 5.4.1.2 geen salarisverhoging meer kon worden toegekend.

3.5 Hoewel verzoekster zelden uitvoering geeft aan artikel 5.4.1.2, van de arbeidsvoorwaardenregeling, wil verzoekster deze bepaling toch handhaven. De pensioenverplichtingen bepalen momenteel 13,5% van de totale loonsom. Dit percentage zal in korte tijd stijgen tot 15%. Indien eerdergenoemde bepalingen niet zouden zijn opgenomen, zou verzoekster in de toekomst kunnen worden geconfronteerd met een aanzienlijke backserviceverplichting wegens het dienstjarenbeginsel. De backserviceverplichting kan in een individueel geval oplopen tot vele tienduizenden euro's.
Verzoekster schept met genoemde bepalingen bovendien duidelijkheid tegenover haar werknemers.

3.6 Het doel van de onder 3.3 genoemde artikelen is om carrièrekansen van ouderen niet te ondermijnen en de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar te houden. Dit doel is niet in strijd met andere wetgeving en aan dit doel ontbreekt ieder oogmerk om te discrimineren.

3.7 Bovendien vormen de betreffende artikelen een passend middel om dit doel te bereiken. In het kader van de noodzakelijkheid van de genoemde artikelen merkt verzoekster op dat gelet op het feit dat deze bepalingen slechts bij hoge uitzondering (zullen) worden toegepast, het disproportioneel zou zijn om de pensioenregeling op dit punt aan te passen. Desgevraagd heeft verzoekster schriftelijk nog aangegeven het opnemen van een aftopregeling in de pensioenregeling disproportioneel te achten.

4 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

4.1 De WGB l is op 1 mei 2004 in werking getreden. Het verzoek is ingediend vóór deze datum. Het heeft echter betrekking op situaties die zich op en na 1 mei 2004 blijven voordoen. De Commissie acht zich derhalve bevoegd een oordeel te geven over de vraag of verzoekster vanaf 1 mei 2004 handelt conform de WGB l.

4.2 Ter beoordeling ligt de vraag voor of:
- het artikel 5.4.1.2, van de arbeidsvoorwaardenregeling om geen individuele salarisverhogingen aan werknemers van 57 jaar en ouder toe te kennen en
- het artikel 4, vierde lid, eerste alinea, van het pensioenreglement om individuele salarisverhogingen uitsluitend voor de jaren na het 57e levensjaar mee te tellen voor de opbouw van het basispensioen in overeenstemming zijn met Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGB l).

4.3 Nu genoemde artikelen in een directe relatie tot elkaar staan en dezelfde doelen dienen, beoordeelt de Commissie beide vragen in onderlinge samenhang.

4.4 Artikel 1, eerste lid, WGB l bepaalt dat onder onderscheid op grond van leeftijd wordt verstaan: onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGB l is onderscheid verboden bij de arbeidsvoorwaarden. Onder dit laatste begrip worden zowel de arbeidsvoorwaardenregeling, als het pensioenreglement van verzoekster begrepen.

4.5 Op grond van artikel 5.4.1.2, laatste zin, van de arbeidsvoorwaardenregeling kunnen aan werknemers van 57 jaar en ouder geen delta's (individuele salarisverhogingen) worden toegekend. Hiermee wordt onderscheid gemaakt tussen werknemers van 57 jaar en ouder en werknemers die jonger zijn dan 57 jaar. Dit leidt tot de conclusie dat in artikel 5.4.1.2 van de arbeidsvoorwaardenregeling onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt.

4.6 Op grond van artikel 5, vierde lid, eerste alinea, van het pensioenreglement worden wijzigingen van de pensioengrondslag die betrekking hebben op individuele salarisverhogingen uitsluitend voor de jaren na het

57e levensjaar meegeteld voor de opbouw van het basispensioen.

4.7 Dit betekent dat bij de vaststelling van de pensioengrondslag onderscheid wordt gemaakt tussen deelnemers van 57 jaar en ouder en deelnemers jonger dan 57 jaar. Dit leidt tot de conclusie dat in artikel 5, onderdeel 4, van het pensioenreglement onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd.

4.8 Verzoekster kent in gevolge artikel 5.4.1.2, van de arbeidsvoorwaardenregeling aan werknemers van 57 jaar en ouder geen loonsverhogingen toe in verband met de gematigde eindloonregeling, zoals opgenomen in het pensioenreglement.

4.9 Ingevolge artikel 8, tweede en derde lid, WGB l is het verbod van onderscheid op grond van leeftijd niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en pensioengerechtigde leeftijden en op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Nu in de voorliggende regeling geen sprake is van een pensioentoetredingsleeftijd noch van een actuariële berekening, is de WGB l van toepassing (vergelijk *Kamerstukken I* 2003/04, 28 170, C, p. 5).

4.10 Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGB l kan het maken van onderscheid op grond van leeftijd onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Een 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 onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

4.11 Verzoekster heeft aangevoerd dat het doel van zowel artikel 5, vierde lid, eerste alinea, van het pensioenreglement als van artikel 5.4.1.2, van de arbeidsvoorwaardenregeling is om de carrièrekansen van ouderen niet te ondermijnen en tegelijkertijd de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar te houden. Hiernaast heeft verzoekster verklaard dat het in de afgelopen vijf jaar slechts één keer is voorgevallen dat een werknemer na zijn 57e verjaardag nog niet het maximum van zijn schaalsalaris had bereikt en derhalve in aanmerking zou kunnen komen voor een individuele salarisverhoging. Verzoeker heeft gesteld te willen anticiperen op een toekomstige situatie, maar heeft niet concreet kunnen onderbouwen waarom in de toekomst de behoefte aan toepassing van deze regeling zal toenemen. Het doel van de bepaling voldoet derhalve niet aan een werkelijke behoefte van de organisatie van verzoekster, ook niet in combinatie met het, op zich legitieme doel om de carrièrekansen van ouderen niet te ondermijnen. Reeds hierom houden beide voorliggende bepalingen verboden onderscheid naar leeftijd in, dat niet objectief gerechtvaardigd is.

4.12 Hiernaast geldt dat het de Commissie ongerijmd voorkomt een arbeidsvoorwaardenregeling te gebruiken als middel tot het doel de pensioenlasten beheersbaar te houden. Het pensioenreglement zelve is hiertoe de aangewezen regeling. In die zin is het middel, de arbeidsvoorwaardenregeling, dan ook ongeschikt.

4.13 Ten overvloede overweegt de Commissie het volgende.
Voorzover verzoekster wel zou worden geconfronteerd met hoge backserviceverplichtingen, en het doel derhalve wel zou voldoen aan een werkelijke behoefte van de organisatie van verzoekster, dan rijst de vraag of het middel, artikel 5, vierde lid, eerste alinea, van het pensioenreglement, passend en noodzakelijk kan worden geacht.

Het doel om de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar te houden, zou inderdaad kunnen worden bereikt met genoemde bepaling en het middel zou in dat geval als passend kunnen worden beschouwd. De volgende vraag die dan zou moeten worden beantwoord, luidt of in dat geval het doel ook zou kunnen worden bereikt met een ander middel, waarbij geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, althans dat minder bezwaarlijk is. Hoewel verzoeker geen alternatieven heeft genoemd, blijkt

onder meer uit de parlementaire behandeling van de WGB I dat er alternatieve mogelijkheden zijn. Zo zou bijvoorbeeld in de pensioenregeling kunnen worden opgenomen dat individuele salarisverhogingen voor iedereen slechts voor een bepaald percentage meetellen voor de berekening van het pensioen (vergelijk *Kamerstukken I* 2003/04, 28 170, C, p. 5). Dit houdt in dat alleen de normale loontred meewerkt in de pensioenopbouw. In hoeverre met dit alternatief ook werkelijk het doel kan worden bereikt, kan slechts op basis van nader onderzoek worden bepaald in een concreet geval.

4.14 Ten aanzien van de passendheid van de arbeidsvoorwaardenregeling geldt ten overvloede nog het volgende.
Verzoekster stelt door middel van artikel 5.4.1.2 van de arbeidsvoorwaardenregeling de carrièrekansen van ouderen niet te willen ondermijnen, maar dit artikel bepaalt nu juist dat aan ouderen na hun 57e levensjaar geen individuele salarisverhoging kan worden toegekend. Derhalve ondergraaft de bepaling dat doel. Hoewel de doelstelling om de backserviceverplichtingen beheersbaar te houden wel met genoemde bepaling zou kunnen worden bereikt, is het middel derhalve niet geschikt. Daarnaast zou het middel niet noodzakelijk kunnen worden geacht, aangezien het beheersbaar en betaalbaar houden van de pensioenlasten ook zou kunnen worden bereikt met andere middelen, waarbij geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Ter zake gelden dezelfde overwegingen als beschreven onder 4.12.

5 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat artikel 5, vierde lid, eerste alinea, van het reglement voor het basispensioen en artikel 5.4.1.2, van de interne arbeidsvoorwaardenregeling van . . . . vanaf 1 mei 2004 verboden onderscheid naar leeftijd inhouden.

04 | 47

4 mei 2004

(mr. E.N. Brons (voorzitter), mr. drs. P.H.A. van Geel en mr. P.H. Hugenholtz)

Artikel 1a lid 1 WGB

Het Ministerie van Defensie heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door verzoekster lager in te schalen en te belonen dan een mannelijke collega. Geen onderscheid doordat verzoekster werd overgeplaatst nadat zij bij verweerder klaagde over het beloningsonderscheid.

Verzoekster werkt als 'office manager' in burgerlijke dienst voor een Nederlandse militaire attaché in het buitenland. Deze functie wordt ook door militair personeel vervuld. De functie heet in dat geval 'assistant'. Verzoekster heeft de Commissie gevraagd te oordelen of het Ministerie van Defensie jegens haar onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, door haar een lager salaris te betalen dan de militaire assistent. Verzoekster heeft een assistent van een militaire attaché in een ander land als maatman aangewezen. Uit onderzoek door de Commissie is gebleken dat beide functies nagenoeg gelijke waarde hebben terwijl verzoekster per maand € 692,– minder verdient. Deze feiten kunnen naar het oordeel van de Commissie verboden onderscheid op grond van geslacht doen vermoeden. Verweerder voerde aan dat aan een militair andere eisen kunnen worden gesteld, zoals de inzetbaarheid van militairen, het militaire imago en risico's inherent aan het vak van militair. De Commissie oordeelt dat verweerder, behalve vanuit historisch perspectief, niet heeft onderbouwd waarom het salaris van militairen in dit geval niet aan de zwaarte van de functie wordt gekoppeld maar aan hun rang. Tevens is niet onderbouwd waarom in dit geval de formatieve functie in plaats van de daadwerkelijke functie-inhoud voorop is gesteld. Verweerder is er niet in geslaagd te bewijzen dat hij niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld en heeft derhalve jegens verzoekster verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt door verzoekster voor (nagenoeg) gelijke arbeid niet volgens gelijkwaardige maatstaven als de maatman te belonen. Over de klacht van verzoekster dat zij werd overgeplaatst nadat zij bij verweerder klaagde over het beloningsonderscheid, oordeelt de Commissie dat verzoekster op dit punt geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden. Wel en geen strijd met de wet.

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 verweerder jegens haar bij de beloning in strijd handelt met de wetgeving gelijke behandeling.

1.2 Op 5 augustus 2002 heeft de Commissie het verweerschrift ontvangen.

1.3 Naar aanleiding van het verzoekschrift en de daarbij gevoegde stukken heeft de Commissie besloten om een loononderzoek te laten verrichten door S. Bisschop, functiewaarderingsdeskundige van de Commissie, hierna: de functiewaarderings-deskundige. De functiewaarderingsdeskundige heeft op 20 augustus 2003 een rapport uitgebracht. Verzoekster en verweerder hebben een reactie gegeven op dit rapport op respectievelijk 5 september 2003 en 4 december 2003.

1.4 Op 9 maart 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar verweerder zijn standpunt mondeling heeft doen toelichten. Verzoekster kon wegens verblijf in het buitenland niet op deze zitting verschijnen.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster is sinds 1974 in dienst van verweerder. Verzoekster was van 1995 tot 2000 in dienst als secretaresse van de militair attaché, hierna: 'milat', bij de Nederlandse ambassade in Canada.

2.2 In verband met een op handen zijnde reorganisatie heeft een aantal secretaresses per brief van 15 november 1999, hierna: de 'secretaressenbrief', gepleit voor handhaving van hun functies bij 'milat'posten.

2.3 Op 1 januari 2000 heeft een reorganisatie van het instituut 'milat' plaatsgevonden. Als gevolg hiervan is de functie van verzoekster hernoemd tot office manager defensie attaché, hierna: office manager. Verweerder is er bij de reorganisatie van uitgegaan dat assistenten van de 'milat' in beginsel militair moeten zijn en heeft dezelfde functie vervuld door militairen aangeduid als 'assistent defensie attaché'.

2.4 Per brief van 27 januari 2000 heeft verweerder gereageerd op de 'secretaressenbrief' van 15 november 1999 met de mededeling dat in het 'milat'bestand een aantal ondersteunende functies voor burgerpersoneel gehandhaafd zal blijven.

2.5 Voor de waardering van functies gebruikt verweerder het functiewaarderingssysteem Defensie (FUWADEF). Dit systeem kent twee modules: de module functiewaardering militairen (FUWAMIL) en de module functiewaarderingssysteem (FUWASYS) voor het waarderen van functies van burgerambtenaren.

2.6 Verweerder heeft de functie van verzoekster en een militaire assistent manager defensie attaché Boedapest (hierna: de maatman) beschreven en gewaardeerd. De waarderings-resultaten geven voor deze functies dezelfde somscore namelijk 33 FUWASYS-punten.

2.7 Tussen verzoekster en de maatman bestaat een salarisverschil van € 692,– per maand.

2.8 Per brief van 17 februari 2000 aan verweerder heeft verzoekster verzocht om opwaardering van de burgerfuncties. In een brief van 22 juni 2000 aan verweerder heeft verzoekster gevraagd om een hogere inschaling van haar functie van office manager.

2.9 Per brief van 5 oktober 2000 heeft verzoekster de defensie attaché verzocht haar plaatsing in Canada per juni 2001 te verlengen voor twee jaar. Per brief van 12 december 2000 heeft verzoekster verweerder opnieuw verzocht haar plaatsing in Canada te verlengen. Ook heeft zij verzocht om een hogere inschaling van haar functie.

2.10 Op 19 januari 2001 zijn door verweerder aantekeningen opgemaakt naar aanleiding van een functioneringsgesprek met verzoekster.

2.11 In een brief van 1 februari 2001 heeft verweerder verzoeksters verzoek om een hogere inschaling van haar functie afgewezen.

2.12 Per brief van 27 maart 2001 heeft verzoekster verweerder medegedeeld dat zij zich gediscrimineerd voelt vanwege haar inschaling en vanwege haar voorgenomen overplaatsing van Canada naar Nederland.

2.13 Verzoekster heeft per brief van 25 april 2001 bezwaar gemaakt tegen de weigering van verweerder om haar functie hoger in te schalen.
Op 5 juni 2001 is verzoekster door

verweerder gehoord naar aanleiding van haar bezwaarschrift.
Per brief van 3 augustus 2001 heeft verweerder de bezwaren van verzoekster ongegrond verklaard.
Op 6 september 2001 heeft verzoekster beroep aangetekend bij de rechtbank Den Haag. Hierbij heeft zij gesteld vergelijkbare werkzaamheden te verrichten als assistent defensie attaché te Boedapest, wiens functie hoger is ingeschaald dan die van verzoekster. Zij heeft gelijke beloning gevorderd als deze zogenoemde maatman. Zij is in haar vordering niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding.

2.14 Op 1 juli 2002 is verzoekster overgeplaatst naar Nederland, maar inmiddels is zij werkzaam voor de luchtmachtattaché in Washington.

2.15 Een door verzoekster en verweerder getekend Functie-informatieformulier (FIF) beschrijft de functie van office manager. Als hoofdbestanddelen van de functie worden genoemd:
- ondersteuning van het hoofd van de afdeling bij diens beleids- (voorbereidende) werkzaamheden;
- optreden als contactpersoon voor diverse bureaugerelateerde onderwerpen;
- beheer van administratie, correspondentie en financiële uitgaven van de afdeling;
- verrichten van secretaressewerkzaamheden voor het hoofd van de afdeling;
- vervanging van het hoofd van de afdeling bij diens afwezigheid.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verweerder maakt jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht door haar lager te belonen dan een mannelijke collega in dezelfde functie en door het voornemen van verweerder om haar over te plaatsen naar Nederland.

3.2 Bij verweerder werkt een laag percentage vrouwen. Er werken relatief veel vrouwen in lagere functies. Verzoeksters ervaringen als vrouw, kostwinner, moeder en 45-plusser met verweerder zijn slecht. Verzoekster voelt zich machteloos en geïntimideerd als vrouwelijke burgerambtenaar omdat zij niet de waardering krijgt die haar toekomt.
Verzoekster vindt dat zij aan het lijntje wordt gehouden bij haar verzoek om verlenging van haar plaatsing in Canada en bij haar verzoek om hogere inschaling.

3.3 Verzoekster werkt al twintig jaar in schaal 6. Bij een reorganisatie werd door verweerder besloten dat alle assistenten in principe militair moeten zijn of worden. Hierbij werd de burgerfunctie van secretaresse in schaal 6 in Praag omgezet in een adjudantfunctie in schaal 9. Door de reorganisatie worden vrouwelijke secretaresses getroffen die zullen worden vervangen door mannelijke militairen die drie schalen hoger worden beloond, terwijl ze hetzelfde werk doen.
Tijdens een gesprek op 5 juni 2001 is verzoekster door verweerder gehoord naar aanleiding van haar bezwaarschrift.
Verzoekster heeft in dit gesprek aangegeven dat zij ten aanzien van het functieniveau waarop zij is ingeschaald wordt gediscrimineerd.

3.4 Verzoekster houdt vast aan de functiebeschrijving zoals die is vastgelegd in het FIF. Verzoekster kon zich niet vinden in de conceptfunctiebeschrijving zoals verweerder die heeft opgemaakt volgens het FUWADEF functiewaarderingssysteem. De functie van verzoeksters was in 1975 een klassieke secretaressefunctie, terwijl zij in 2000 in veel opzichten plaatsvervanger was geworden van de 'milat' en de Nederlandse post in Canada op recepties en symposia vertegenwoordigde en inhoudelijk zwaardere werkzaamheden kreeg toebedeeld, zoals het beantwoorden van Kamervragen.
De functiebeschrijving volgens verzoekster heeft een somscore van 35 FUWASYS-punten.
Buiten het grote salarisverschil tussen verzoekster en de maatman is er ook sprake van een groot financieel verschil in secundaire arbeidsvoorwaarden; de maatman mag in een groter huis wonen, heeft een hogere partner-/kindtoelage, en dergelijke.

3.5 Omdat burgers niet wat betreft kleding kunnen worden ingeschat op hun niveau zoals militairen, hebben zij een voordeel. Een burger met een voor de buitenwereld onbekende rang kan juist wel de benodigde contacten op elk mogelijk niveau onderhouden, terwijl het in Turkije bijvoorbeeld ongebruikelijk is dat een onderofficier zich tot een officier richt.

3.6 Uit de aantekeningen ten behoeve van een functioneringsgesprek van 19 januari 2001 blijkt dat verzoekster een zeer ervaren kracht is en zeer goed functioneert. De

aantekeningen vermelden ook dat verzoekster ingrijpende gevolgen verwacht voor haar gezin van een voorgenomen overplaatsing medio 2001 naar Nederland. Tot slot wordt vermeld dat verweerder verzoekster geschikt acht voor een functie in schaal 7. Verzoeksters kinderen zitten in Canada op school, twee van hen spreken alleen Engels. Het gezin heeft geen woning in Nederland en verzoekster verdient als kostwinner te weinig om een woning in Nederland te kunnen kopen. Verzoekster is afhankelijk van een goede terugkeerregeling als zij wordt overgeplaatst naar Nederland.
Het mogelijke besluit van verweerder om verzoekster over te plaatsen naar Nederland houdt verband met haar klachten over ongelijke beloning.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERDER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Bij verweerder zijn twee categorieën personeel werkzaam, namelijk burger- en militaire ambtenaren, ieder met een eigen stelsel arbeidsvoorwaarden gebaseerd op de Ambtenarenwet en de Militaire Ambtenarenwet 1931. Hoewel er sinds de vorming van de Sector Defensie in 1993 sprake is van een streven naar harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, neemt dat niet weg dat er ter zake nog altijd wezenlijke verschillen bestaan tussen beide categorieën personeel. Zo wordt de burger in beginsel aangesteld voor een bepaalde functie terwijl de militair wordt aangesteld voor het beroep van militair. Voorts kennen burger en militair ieder een eigen bezoldigingssysteem waarbij het salaris van de burger direct is gekoppeld aan de salarisschaal gebaseerd op de zwaarte van zijn functie, terwijl dat van de militair primair is gebaseerd op zijn rang en indirect op functiezwaarte.

4.2 De militaire bezoldiging is een rangbezoldiging, stoelend op het historisch aanwijsbare egalisatieprincipe: militairen van dezelfde rang moeten, als ze dezelfde diensttijd hebben, evenveel verdienen, onafhankelijk van de daadwerkelijk verrichte taken. Het militaire bezoldigingssysteem kent aanmerkelijk langere schalen met kleinere periodieken dan het systeem voor burgers. Voor militairen is dat historisch terug te voeren op het behoeftebeginsel: de bezoldiging moet zijn afgestemd op de met het oudere worden toenemende behoefte.
De bezoldiging van militairen bevat niet alleen een beloning voor rang- en functiegebonden inconveniënten, maar ook een vergoeding voor beroepsgebonden inconveniënten als veelvuldige verplaatsingen, frequent van huis zijn, gedragsbeperkingen en fysieke risico's.
Ook het feit dat het militaire personeel voornamelijk uit mannen bestaat en het burgerpersoneel uit vrouwen is historisch bepaald.

4.3 In bepaalde landen wordt anders aangekeken tegen militairen dan tegen burgers en zijn militairen te allen tijde verplaatsbaar over de hele wereld en wordt voor deze categorie de Werk- en rusttijden wetgeving aan de kant geschoven indien nodig. Ook lopen militairen meer lichamelijke risico's in oorlogssituaties en bij oefeningen dan burgerpersoneel.

4.4 De systemen FUWAMIL en FUWASYS hebben gemeen dat de te waarderen kenmerken geen direct of indirect discriminatoire aspecten bevatten. In het FUWAMIL systeem kunnen bij eenzelfde niveauscore verschillende militaire rangen voorkomen. Bij FUWASYS is dit uitgesloten: bij een somscore behoort slechts één schaalaanduiding.
Bij een bepaalde FUWAMIL-somscore zijn drie militaire rangen mogelijk. In de situatie van de functie van verzoekster zijn dit de rangen korporaal, sergeant-majoor en adjudant. Als voor een functie een zekere levenservaring nodig is, zal de keus eerder vallen op een adjudant dan op een korporaal.

4.5 De verschillen in functiewaardering tussen burger- en militaire ambtenaren zijn terug te voeren op de verschillende rechtsposities van deze twee aparte groepen ambtenaren en niet op een van de gronden van ongelijke behandeling genoemd in de wetgeving gelijke behandeling.

4.6 Verweerder heeft in de bezwaarschriftprocedure de functie van verzoekster opnieuw willen waarderen. Omdat verzoekster dit niet nodig vond heeft verweerder zich beperkt tot beoordeling van haar bezwaarschrift zoals dit is ingediend. De stelling van verzoekster dat herwaardering van de functie niet was gewenst omdat deze een schaal 6 functie moest blijven is niet correct. Indien de functie van een individuele werknemer wijzigt, heeft dit geen gevolgen voor het herschrijven van de functie omdat verweerder uitgaat van de formatieve functie. De Directeur-Generaal van

verweerder (hierna: de DG) heeft aangegeven dat de functie van secretaresse uitsluitend in schaal 6 mag worden ingeschaald. Als men hiervan wil afwijken, is persoonlijke toestemming van de DG vereist. Indien iemand tijdelijk extra functietaken heeft verricht, bestaat de mogelijkheid om een extra beloning of een persoonlijke bevordering toe te kennen.
Het is goed mogelijk dat verzoekster taken toebedeeld heeft gekregen die het niveau van haar functie te boven gingen, maar deze behoorden niet tot de formatieve functie. Overigens komen de beschrijving volgens het FIF en volgens FUWASYS op wezenlijke punten overeen.

4.7 Een van de redenen die verweerder in de brief van 27 januari 2000 noemt om burgerfuncties om te zetten in militaire functies is de verbreding en/of verdieping van de militaire kennis en ervaring op de 'milat'posten en het verbeteren van de mogelijkheid tot (gedeeltelijke) vervanging van de defensieattaché ter plaatse bij diens afwezigheid. In tegenstelling tot wat verzoekster stelt, is het onbestaanbaar dat een office manager een functionaris op het niveau van 'milat' vervangt. Daartoe ontbreken de benodigde bagage en autoriteit. Dergelijke werkzaamheden kunnen niet worden gedelegeerd aan verzoekster, noch aan de militaire maatman. De functies van verzoekster en de maatman zijn geheel vergelijkbaar.

4.8 De verschillen in functiewaardering tussen burger- en militaire ambtenaren zijn terug te voeren op de verschillende rechtsposities van deze groepen en niet op een van de gronden van ongelijke behandeling genoemd in de gelijkebehandelingswetgeving.

4.9 De Commissie dient voorafgaand aan verdere beoordeling van het verzoek een ontvankelijkheidstoets te doen, daar verzoekster zich in eerste instantie vergeleken heeft met een vrouwelijke militair in Praag.

4.10 Verzoekster is niet overgeplaatst naar Nederland vanwege haar klacht over ongelijke beloning, maar vanwege een conflict met een collega. Verzoekster is later opnieuw in het buitenland geplaatst, te weten in de Verenigde Staten.

5 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

5.1 In geding is de vraag of verweerder jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door verzoekster lager in te schalen en te belonen dan een mannelijke collega voor arbeid van gelijke of hogere waarde en door het besluit van verweerder om haar terug te plaatsen naar Nederland.

Ontvankelijkheid verzoek

5.2 Verweerder heeft de vraag gesteld op welke grond verzoekster ontvankelijk is in haar verzoek, nu zij zich in eerste instantie heeft vergeleken met een vrouwelijke militair als maatmens.

5.3 Nadien heeft verzoekster dit verzuim echter hersteld en zich vergeleken met de office manager Militair Attaché te Boedapest, welke functie door een man werd vervuld. Derhalve kan zij in haar verzoek worden ontvangen. Ook de omstandigheid dat een vrouwelijke militair in dezelfde schaal als de maatman is ingeschaald doet niet af aan de ontvankelijkheid van het verzoek. Ingevolge de wetgeving gelijke behandeling kan een verzoeker zich vergelijken met een werknemer van de andere sekse. Voor de beoordeling van ongelijke beloning tussen een verzoeker en de maatman doet het bestaan van een andere vrouw, die mogelijk wel gelijk wordt beloond geen afbreuk. Verzoekster is derhalve ontvankelijk in haar verzoek.

De beloning

5.4 Ingevolge het bepaalde in artikel 1a, eerste lid, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en de artikelen 7 tot en met 10 WGB is het verboden voor het bevoegd gezag om onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij de beloning wanneer zij arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten.

5.5 Het is niet aan de Commissie om te beoordelen of verweerder verzoekster juist heeft ingeschaald. De Commissie is bevoegd te beoordelen of de inschaling verboden onderscheid op grond van geslacht oplevert.

5.6 Ten aanzien van de bewijslastverdeling tussen partijen bepaalt artikel 6a WGB dat degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten dient aan te

voeren die doen vermoeden dat er sprake is van onderscheid op grond van geslacht. Indien verzoekster hierin slaagt, verschuift de bewijslast naar verweerder. Deze dient dan te bewijzen dat geen onderscheid is of wordt gemaakt.

5.7 Verzoekster heeft gesteld dat verweerder militairen die hetzelfde werk verrichten als verzoekster hoger inschaalt. De functie die verzoekster verricht en vergelijkbare functies worden op grond van gewijzigd beleid van verweerder thans zoveel mogelijk vervuld door militairen. Verzoekster wijst hierbij op de hogere inschaling van de maatman met wie zij zich vergelijkt. Omdat militairen met name mannen zijn en burgerfuncties meer door vrouwen worden vervuld, maakt verweerder volgens verzoekster onderscheid op grond van geslacht. Verzoekster stelt voorts dat zij in feite arbeid van hogere waarde verricht dan de maatman.

5.8 Om te kunnen beoordelen of deze stellingen van verzoekster feiten opleveren die kunnen doen vermoeden dat sprake is van ongelijke beloning op grond van geslacht, is allereerst van belang of sprake is van arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde. Op dit punt gelden de volgende overwegingen.

5.9 Nu niet is betwist dat de functies van verzoekster en de maatman van gelijke waarde zijn en ook de functiewaarderingsdeskundige deze opmerking onderschrijft, gaat de Commissie ervan uit dat de functies van (nagenoeg) gelijke waarde zijn. De vraag of de functie van verzoekster van hogere waarde is zoals verzoekster heeft gesteld, kan buiten beschouwing worden gelaten, gezien het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG 4 februari 1988, 157/86 (*Murphy e.a./An Bord Telecom Eirean*), *Jur.* 1988, 673, p. 626). In dit arrest is immers geoordeeld dat een werknemer die arbeid verricht van hogere waarde dan de arbeid van de maatman, recht heeft op een tenminste gelijke beloning als die van de maatman. Dit houdt in dat ondanks dat verzoekster van mening is dat zij arbeid van hogere waarde verricht, zij in beginsel recht heeft op minstens gelijk loon als de maatman.

5.10 Het voorgaande in samenhang met de stellingen van verzoekster en het onderzoeksrapport van de functiewaarderingsdeskundige, leidt tot het oordeel dat verzoekster in voldoende mate feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat sprake is van ongelijke beloning voor (nagenoeg) gelijke arbeid tussen haar en de maatman en dus van onderscheid op grond van geslacht.

5.11 Het ligt thans dan ook op de weg van verweerder om het vermoeden van onderscheid te weerleggen door te bewijzen dat niet in strijd met de wetgeving gelijke behandeling is gehandeld.

5.12 Verweerder heeft aangevoerd dat hij streeft naar een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers, maar dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen militair en burgerpersoneel. Deze verschillen zijn historisch verklaarbaar. Verweerder koppelt het salaris van burgerpersoneel aan de zwaarte van de functie, terwijl bij militairen het salaris aan de rang wordt gekoppeld. Verweerder voert voorts aan dat tegen militairen anders wordt aangekeken, zij te allen tijde verplaatsbaar moeten zijn en lichamelijk risico's lopen in oorlogssituaties en oefeningen.
Als een functie inhoudelijk wijzigt, verbindt verweerder geen gevolgen aan de wijzigingen voor de formatieve functie.

5.13 Vaststaat reeds dat de functie van verzoekster en de maatman tenminste van gelijke waarde zijn en dat verzoekster € 692,– minder verdient per maand dan de maatman. Voorop moet worden gesteld dat de feitelijk verrichte werkzaamheden de maatstaf behoren te vormen voor de loonvergelijking.
Mocht er in het algemeen al een verschil bestaan tussen militair en burgerpersoneel als waarop verweerder hiervoor heeft geduid, dan is dit verschil in dit geval niet genoegzaam gebleken.
Behalve een verklaring vanuit historisch perspectief heeft verweerder geen onderbouwing kunnen geven voor het feit dat het salaris van militairen niet aan de zwaarte van de functie wordt gekoppeld maar aan hun rang, noch voor het feit dat wordt vastgehouden aan de formatieve functie in plaats van rekening te houden met een daadwerkelijke functie-inhoud.

5.14 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat (nagenoeg) gelijke arbeid niet volgens gelijkebeloningsmaatstaven is gewaardeerd, zoals is vereist ingevolge het bepaalde in artikel 9, eerste lid in samenhang met het bepaalde in artikel 7, eerste lid, WGB. De andere inschaling van verzoekster ten opzichte van de maatman is dan ook niet gerechtvaardigd.

5.15 Ingevolge de jurisprudentie van de Commissie (CGB 20 juni 2003, oordeel 2003-77) en het Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschappen (HvJ EG 17 oktober 1989, 109/88 (*Danfoss*), *Jur.* 1989, p. 3199) dienen procedures inzichtelijk, systematisch en controleerbaar te zijn, teneinde ongelijke behandeling te voorkomen omdat anders bewust of onbewust een verboden onderscheid in de zin van de wet kan plaatsvinden en geen controle over de procedure mogelijk is.
Hoewel gesteld noch gebleken is – onder verwijzing naar het onderzoeksrapport van de functiewaarderingsdeskundige – dat het FUWASYS en het FUWAMIL-systeem niet in overeenstemming zijn met de eisen die de WGB aan functiewaarderingssystemen stelt, leidt het gebruik van twee afzonderlijke systemen met verschillende resultaten bij het waarderen van een en dezelfde functie niet tot een inzichtelijke inschalings- en beloningsprocedure. Verweerder heeft immers niet kunnen verklaren waarom militair en burgerpersoneel niet onder één salarissysteem kan vallen. Bij hantering van één en hetzelfde salarissysteem zou een eventueel verschil in functie-inhoud kunnen leiden tot een verschil in functieniveau waardoor eventuele salarisverschillen wel zouden kunnen worden gerechtvaardigd.

5.16 Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat verweerder het vermoeden van onderscheid niet heeft weerlegd. Verweerder heeft derhalve jegens verzoekster verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt door verzoekster voor (nagenoeg) gelijke arbeid niet volgens gelijkwaardige maatstaven als de maatman te belonen. Dit is in strijd met het bepaalde in de artikelen 7 tot en met 11 van de WGB en levert verboden onderscheid op naar geslacht.

De overplaatsing

5.17 Verzoekster heeft aangevoerd dat zij ven mening is dat verweerder heeft besloten haar over te plaatsen naar Nederland omdat zij heeft geklaagd over haar inschaling/beloning.
Nu verzoekster deze stelling niet nader heeft onderbouwd met controleerbare feiten en verzoekster inmiddels wederom werkzaam is voor verweerder in het buitenland, moet worden geconcludeerd dat verzoekster op dit punt geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden.
Verweerder heeft op dit punt derhalve niet in strijd met de wet gehandeld.

6 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de Staatssecretaris van Defensie jegens . . . . :
verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar lager in te schalen en te belonen dan een mannelijke collega, de maatman en;
geen verboden onderscheid heeftgemaakt door verzoekster over te plaatsen nadat zij geklaagd heeft over het beloningsonderscheid.

04 | 48

7 mei 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Verweerster heeft bewezen dat bij de beslissing een tijdelijke arbeidsovereenkomst niet om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de afkomst van verzoeker niet mede een rol heeft gespeeld en dat ook overigens niet in strijd met de gelijke behandelingswetgeving is gehandeld. Geen onderscheid op grond van ras.

Verzoeker is afkomstig uit Guyana en heeft een donkere huidskleur. Hij werkt vanaf 1 december 2002 als administrateur bij verweerster op een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar. Verzoeker heeft de volgende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zijn afkomst een rol heeft gespeeld bij de beslissing hem geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden na afloop van zijn tijdelijke contract. De tijdelijke arbeidsovereenkomst van de vijf autochtone medewerkers die tegelijk met hem in dienst zijn gekomen, zijn wel allemaal omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde duur. Hij en de enige andere collega met een donkere huidskleur in deze vestiging van verzoeker hebben na afloop van de tijdelijke arbeidsovereenkomst slechts wederom een tijdelijk contract gekregen. Verzoeker heeft steeds goed gefunctioneerd. Ook zijn toenmalige leidinggevende was positief over zijn functioneren, zoals blijkt uit het verslag van het voortgangsgesprek van 18 augustus 2003. Per 1 september 2003 kreeg verzoeker een nieuwe leidinggevende die hem eind oktober 2003 heeft meegedeeld dat verzoeker geen arbeidsovereen-

komst voor onbepaalde duur kreeg omdat hij niet goed functioneerde. Voordien heeft verzoeker niet kunnen weten dat verweerster niet tevreden was over zijn functioneren. Verzoeker kreeg wel een arbeidsovereenkomst voor de duur van een half jaar aangeboden om in die tijd een andere baan te vinden. Enkele dagen na dit gesprek heeft verzoeker een klacht ingediend bij de ondernemingsraad van verweerster.
Nadat de Commissie heeft vastgesteld dat de door verzoeker aangevoerde feiten onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden, is beoordeeld of verweerster heeft bewezen dat niet in strijd met de gelijke behandelingswetgeving is gehandeld. Verweerster is hierin geslaagd, onder meer op grond van de omstandigheid dat in de betreffende vestiging van verweerster sprake was van een herstructureringsproces. Hierdoor werden meer eisen aan verzoeker gesteld, waaraan hij niet of onvoldoende kon voldoen. Ook in vergelijking tot administrateurs in andere vestigingen presteerde verzoeker beneden de maat. Al eerder kon verzoeker weten dat zijn functioneren niet louter positief werd beoordeeld. In het verslag van het voortgangsgesprek van 18 augustus 2003 zijn immers tekortkomingen in de arbeidsprestaties van verzoeker benoemd. Verweerster heeft derhalve geen onderscheid gemaakt op grond van ras bij de beslissing een tijdelijke arbeidsovereenkomst niet om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
Geen strijd met de wet.

04 | 49

10 mei 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst en ras bij de bejegening leidend tot de beëindiging van het dienstverband.

Verzoeker was bij verweerster in dienst als tuinman, later groenmedewerker 1. Verzoeker stelt dat hij sinds 1999, vanaf het moment dat hij een andere werkmeester kreeg, problemen heeft ondervonden op zijn werk. Het werd hem (in eerste instantie) niet meer toegestaan om te bidden op zijn werk en hij mocht de moskee niet meer bezoeken. Na deze incidenten rondom zijn godsdienstige verplichtingen werden de touwtjes ten aanzien van verzoeker volgens hem strakker aangetrokken en ontstond er een negatieve sfeer rondom verzoeker. Zo mocht hij niet langer gebruik maken van de bedrijfsauto voor zijn moskeebezoek en werden negatieve reacties van zijn collega's door zijn werkmeester niet de kop ingedrukt. De basis voor deze problemen is volgens verzoeker gelegd in 1996 toen hij toestemming heeft gevraagd zijn ADV-uren verspreid op te nemen. Hoewel verweerster met verzoeker een speciale ADV-regeling heeft getroffen, bestond er volgens verzoeker bij verweerster weerzin tegen deze regeling. Dit blijkt volgens verzoeker uit de notitie van verweerster waarin wordt vermeld dat verzoeker een grote hang heeft naar zijn cultuur en religie. Deze opmerking is discriminerend en omdat de notitie deel uit maakt van zijn personeelsdossier is deze opmerking een rol gaan spelen bij latere beoordelingen van verzoekers functioneren. Dat verweerster vervolgens welbewust heeft aangestuurd op zijn ontslag blijkt volgens verzoeker uit het feit dat hij verplicht werd een opleiding te volgen terwijl verweerster op voorhand wist dat verzoeker het theoretische gedeelte van deze opleiding niet zou kunnen behalen vanwege gebreken in de beheersing van de finesses van de Nederlandse taal. Daarnaast werd deze opleiding niet verplicht opgelegd aan andere collega's.
De Commissie overweegt dat het incident rondom het bidden op het werk en het moskeebezoek niet tot gevolg heeft gehad dat verzoeker zijn godsdienstige verplichtingen niet heeft kunnen voortzetten. Daarnaast heeft verweerster een speciale ADV-regeling met verzoeker getroffen. Verzoeker heeft voorts geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat aan hem andere eisen werden gesteld dan aan werknemers met een andere of geen geloofsovertuiging of een andere afkomst. De Commissie oordeelt dat verzoeker geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden en dat er derhalve geen sprake is van verboden onderscheid op grond van godsdienst en ras.
Geen strijd met de wet.

04 | 50

10 mei 2004

Artikel 1 WGBH/CZ

Publieke uitlatingen van een werkvoorzieningschap over gehandicapte werknemers niet in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.

Een gehandicapte werknemer bij een werkvoorzieningschap klaagt er over dat de directeur van dit bedrijf in de krant uitlatingen heeft gedaan over zijn werknemers (gehandicapten en chronisch zieken). Volgens de werknemer wordt in het

krantenartikel de indruk gewekt dat gehandicapten en chronisch zieken alleen aan zichzelf denken en alleen op verzorging uit zijn, wat kwetsend is voor hen. Daar komt bij dat het om het grootste bedrijf in de regio gaat. De werkgever heeft aangevoerd dat hij een aantal maatregelen heeft genomen om de bedrijfsresultaten te verbeteren.
De Commissie oordeelt dat geen sprake is van strijd met de wet. Het artikel heeft als dominerend thema de door te voeren reorganisatie. De in dit thematisch verband voorkomende, gewraakte uitlatingen van de directeur vallen niet te beschouwen als op verboden onderscheid gebaseerde vooroordelen. De uitlatingen zijn gebaseerd op de uitkomsten van een vergelijkend onderzoek bij vergelijkbare bedrijven en zijn gericht op het verbeteren van het rendement van het bedrijf van verweerder.
Geen strijd met de wet.

04 | 51

17 mei 2004

Artikel 3 WGBL
Artikel 8 lid 3 WGBL

Pensioentoezegging waarbij een naar leeftijd gedifferentieerde premie beschikbaar wordt gesteld niet in strijd met WGBL. Naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage bij beschikbare premieregeling in strijd met de WGBL.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over drie modellen van een beschikbare premieregeling. Bij een beschikbare premieregeling stelt de werkgever jaarlijks een bepaald percentage van het salaris beschikbaar als premie voor het pensioen. Op het moment van pensionering wordt met het eindkapitaal een pensioenuitkering ingekocht.
Bij model 1 wordt een beschikbare premie toegezegd die is gebaseerd op de OP-staffel uit het Staffelbesluit van het Ministerie van Financiën. Bij model 1 wordt de werknemersbijdrage vastgesteld op een bepaald percentage van die beschikbare premie. Geoordeeld wordt dat het toezeggen van de naar leeftijd gedifferentieerde beschikbare premie bij model 1 op zichzelf is toegestaan op grond van artikel 8, derde lid WGBL, omdat het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen. Dit geldt niet vanzelfsprekend voor de verdeling van de premie over werkgever en werknemer. De naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage bij model 1, valt niet onder de uitzondering van artikel 8, derde lid WGBL. De naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft tot gevolg dat werknemers die hetzelfde salaris verdienen en slechts in leeftijd verschillen, zodanig verschillende bijdragen betalen dat de oudere werknemers minder salaris overhoudt dan de jongere. De naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage is niet noodzakelijk, omdat er ook een bijdrage vastgesteld kan worden waarbij geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Omdat het onderscheid op grond van leeftijd niet objectief gerechtvaardigd kan worden is model 1 in strijd met de WGBL.
Bij model 2 wordt een bepaald percentage van de OP-staffel als premie beschikbaar gesteld. Ook hier geldt dat de naar leeftijd verschillende beschikbare premie is terug te voeren op actuariële berekeningen, hetgeen op grond van artikel 8, derde lid, WGBL is toegestaan. Bij model 2 kan de werknemer het pensioen vrijwillig aanvullen door een naar leeftijd gedifferentieerde bijdrage te betalen. Dit leidt ertoe dat de jongere werknemer die tot aanvulling besluit meer salaris overhoudt dan de oudere werknemer, die een groter bedrag aan aanvulling moet betalen. Hierdoor wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Dat deze bijdrage deel uitmaakt van een aanvullende voorziening die vrijwillig is doet hieraan niet af, nu deze voorziening een arbeidsvoorwaarde is en er bij de arbeidsvoorwaarden geen verboden onderscheid op grond van leeftijd mag worden gemaakt. Het gemaakte onderscheid is evenals in model 1 niet noodzakelijk en daardoor niet objectief gerechtvaardigd. Model 2 is in strijd met de WGBL.
Bij model 3 wordt voor iedere werknemer, ongeacht leeftijd, een gelijk percentage van de pensioengrondslag als premie beschikbaar gesteld, hetgeen geen onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Bij model 3 geldt dezelfde vrijwillige aanvullende voorziening als bij model 2. Dit is, zoals bij model 2 reeds geoordeeld, in strijd met de WGBL.
Strijd met de wet.

04 | 52

17 mei 2004

Artikel 3 WGBL
Artikel 8 lid 3 WGBL

Werknemersbijdrage bij beschikbare premieregeling als percentage van de pensioengrondslag niet in strijd met WGBL. Werknemersbijdrage bij beschikbare premieregeling als percentage van de beschikbare premie in strijd met WGBL.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of het vaststellen van de eigen bijdrage bij een beschikbare premieregeling op een bepaald percentage van de pensioengrondslag (model 1) dan wel van de beschikbare premie (model 2) vanaf 1 mei 2004 in strijd is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL). Bij een beschikbare premieregeling stelt de werkgever jaarlijks een bepaald percentage van het salaris beschikbaar als premie voor het pensioen. Op het moment van pensionering wordt met het eindkapitaal een pensioenuitkering ingekocht.
Zowel bij model 1 als bij model 2 wordt een pensioentoezegging gedaan waarbij de beschikbare premie bij het toenemen van de leeftijd cohortsgewijs toeneemt. Het hierdoor gemaakte onderscheid is op grond van artikel 8, derde lid WGBL toegestaan, omdat het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen.
Bij model 1 is de eigen bijdrage van de werknemer niet afhankelijk van diens leeftijd, waardoor er geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Model 1 is derhalve niet in strijd met de WGBL.
Bij model 2 loopt de eigen bijdrage naarmate de werknemer ouder wordt op, hetgeen onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft, omdat werknemers die hetzelfde salaris verdienen en slechts in leeftijd verschillen, zodanig verschillende premies betalen dat de oudere werknemer minder salaris overhoudt dan de jongere. Het onderscheid dat wordt gemaakt valt niet onder de reikwijdte van artikel 8, derde lid WGBL.
Onderscheid op grond van leeftijd is niet verboden indien het objectief gerechtvaardigd kan worden. Ter beoordeling van de vraag of er een objectieve rechtvaardiging is, wordt het volgende overwogen. Het doel van de eigen bijdrage is werknemers mee te laten betalen aan de pensioenvoorziening, om zo een pensioenvoorziening van een adequaat niveau te bewerkstelligen. Geoordeeld wordt dat dit doel legitiem is. Aangezien dit doel met een werknemersbijdrage als percentage van de beschikbare premie bereikt kan worden is het middel geschikt. De werknemersbijdrage als percentage van de beschikbare premie is echter niet een noodzakelijk middel, omdat de doelstelling ook kan worden bereikt met een ander middel waarbij geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, zoals het vaststellen van een eigen bijdrage als percentage van de pensioengrondslag (model 1). Het gemaakte onderscheid in model 2 is niet objectief gerechtvaardigd en is daarom in strijd met de WGBL.
Wel en geen strijd met de wet.

04 | 53

14 mei 2004

Artikel 1a lid 1 WGB
Artikel 3 lid 1 WGB
Artikel 6a WGB

Onderscheid op grond van geslacht bij de vervulling van een openstaande betrekking vanwege zwangerschap en vanwege de wens om ouderschapsverlof op te nemen.

Verzoekster heeft als herplaatsingskandidaat gesolliciteerd naar een functie van administratief medewerker. Verzoekster was ten tijde van het sollicitatiegesprek zwanger. Tijdens het gesprek is de zwangerschap van verzoekster en haar wens om gebruik te maken van de ouderschapsregeling ter sprake gekomen. Verzoekster is voor de functie afgewezen. In een rapportage aan de herplaatsingsadviseur van verzoekster is opgenomen dat verzoekster niet de meest geschikte kandidaat voor de functie was omdat zij niet volledig inzetbaar was en niet direct inzetbaar was. Onderscheid op grond van niet directe inzetbaarheid vanwege zwangerschap en bevalling is een vorm van direct onderscheid. Door verzoekster af te wijzen vanwege haar niet directe inzetbaarheid, heeft verweerder direct onderscheid gemaakt naar geslacht. De afwijzing vanwege het voornemen om ouderschapsverlof op te nemen en op termijn te bezien of werken in deeltijd mogelijk zou zijn, kan niet leiden tot onderscheid op grond van arbeidsduur. Wel is sprake van onderscheid op grond van geslacht. Hoewel ouderschapsverlof op zich een sekseneutrale arbeidsvoorwaarde betreft die nauw samenhangt met het criterium gezinsomstandigheden, volgt uit het complex van feiten dat de wens van verzoekster om als aanstaande moeder gebruik te maken van de ouderschapsverlofregeling is meegewogen in het afwijzingsbesluit. Daarmee is onderscheid gemaakt op grond van moederschap, hetgeen leidt tot direct onderscheid op grond van geslacht.
Wel en geen strijd met de wet.

04 | 54

13 mei 2004

Artikel 7:648 BW

Deeltijder uitgesloten van jubileumuitkering. Onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd is.

Verzoekster is sinds 1 april 1978 in dienst van verweerster, een notariskantoor, in de functie van notarieel medewerker voor één dag in de week. In april 2003 was verzoekster 25 jaar in dienst van verweerster. Verzoekster heeft, toen zij 25 jaar in dienst was, geen jubileumuitkering ontvangen. Twee collega's, die voltijds werken bij verweerster, hebben wel een extra maandsalaris ontvangen toen zij 25 jaar in dienst waren. Verweerster heeft aangevoerd dat de uitkering met name bedoeld is om inzet en betrokkenheid bij het kantoor te belonen en niet wordt toegekend alleen maar omdat iemand 25 jaar in dienst is.
De Commissie oordeelt dat het middel – het stimuleren van trouwe betrokkenheid bij het kantoor – dienstig zou kunnen zijn aan het doel medewerkers aan de organisatie te binden. Nu echter niet is gebleken of verweerster ook overwogen heeft andere middelen die minder onderscheid tot gevolg hebben, in te zetten, welke en waarom deze zijn verworpen, moet worden geoordeeld dat het middel de noodzakelijkheidstoets niet doorstaat. Dit klemt te meer nu de criteria aan de hand waarvan een uitkering wordt toegekend niet door verweerster zijn vastgelegd. Daarmee voldoet de toepassing van de uitkering niet aan criteria waaraan procedures in een organisatie dienen te voldoen.
Strijd met de wet.

04 | 55

18 mei 2004

(mr. E.N. Brons (voorzitter), mr. M. van den Brink en mr.dr. A.C. Hendriks)

Artikel 6 WGBH/CZ

De Commissie is niet bevoegd te oordelen over de vraag of een school voor volwasseneducatie zich houdt aan de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, wanneer geen sprake is van beroepsonderwijs.

Een gehandicapte leerling die gebruik maakt van een rolstoel volgt een verkorte VWO-opleiding voor volwassenen. Hij klaagt onder meer over de ontoegankelijkheid van de schoolgebouwen, het gebruik van parkeerplaatsen voor gehandicapten door niet-gehandicapte medewerkers en toeleveranciers van de school en het gebruik van het invalidentoilet door niet-gehandicapten. Daarnaast klaagt hij over intimidatie door het personeel van de school. Volgens de school is de Commissie niet bevoegd om over deze klachten te oordelen, omdat VWO-onderwijs geen beroepsonderwijs is in de zin van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Overigens is de school is van mening voldoende voorzieningen te hebben gerealiseerd.
De Commissie heeft de voorgeschiedenis van de WGBH/CZ onderzocht. Zodoende is duidelijk geworden dat het VWO niet valt onder het begrip beroepsonderwijs uit de WGBH/CZ. De regering heeft er voor heeft gekozen de WGBH/CZ voorlopig alleen van toepassing te laten zijn op beroepsonderwijs en niet op het algemeen voortgezet onderwijs zoals het VWO. Dat beide schooltypen in dit geval onder één bevoegd gezag vallen, waarbij zelfs niet ondenkbaar is dat ze in één gebouw zijn gehuisvest, maakt dit niet anders. Wel laat de regering onderzoek verrichten naar de consequenties van uitbreiding van de WGBH/CZ naar het primair en secundair onderwijs.
De Commissie is niet bevoegd om te oordelen over de vragen die de leerling heeft gesteld, aangezien het niet gaat om een beroepsonderwijs in de zin van de WGBH/CZ.

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 verweerster in strijd

heeft gehandeld met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) door bij het aanbieden van onderwijs na te laten doeltreffende aanpassingen te verrichten en door verzoeker te intimideren, dan wel onheus te bejegenen in verband met zijn handicap.

1.2 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Op 12 maart 2004 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen.

1.3 Op 8 april 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht. Daarbij zijn tevens drie medewerkers van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, hierna: het ministerie van OCW, en een medewerker van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, hierna: het ministerie van VWS, als informanten gehoord.

2 FEITEN

2.1 Verweerster is een stichting die beroepsonderwijs en volwasseneneducatie, hierna: de BVe-sector, aanbiedt. De afdeling beroepsonderwijs van verweerster verzorgt middelbaar beroepsonderwijs aan jongeren en volwassenen. De afdeling volwasseneneducatie van verweerster biedt voortgezet algemeen volwassenenonderwijs (VAVO), basiseducatie, waaronder nt1 en nt2, en beroepsgerichte educatie. In het kader van het VAVO verzorgt verweerster onder andere een verkorte opleiding voorbereidend wetenschappelijk onderwijs (VWO). Zij is de enige onderwijsinstelling in de regio die VWO voor volwassenen aanbiedt.

2.2 Verzoeker is gehandicapt en maakt gebruik van een rolstoel. Verzoeker is 32 jaar en heeft zich bij verweerster ingeschreven voor VWO-onderwijs voor volwassenen voor het schooljaar 2003-2004. Ook in het daaraan voorafgaande schooljaar heeft verzoeker onderwijs gevolgd bij verweerster. Verzoeker heeft verweerster in beide schooljaren meerdere malen laten weten dat hij een aantal problemen ervaart bij het volgen van het onderwijs bij verweerster. Deze problemen hangen samen met zijn handicap.

2.3 Naar aanleiding hiervan heeft verweerster in een brief van 4 maart 2003 aan verzoeker geschreven dat de klapdeuren in het gebouw waar verzoeker onderwijs volgt zullen worden voorzien van kleefmagneten, zodat ze open kunnen blijven staan en bij brand dichtvallen. Daarnaast heeft verweerster laten weten het invalidentoilet toegankelijk te willen houden voor zowel gehandicapten als niet-gehandicapten, zolang niet is gebleken dat gehandicapten er geen gebruik van kunnen maken.

2.4 Verweerster heeft verzoeker in een brief van 19 december 2003 laten weten dat op 23 december 2003 de volgende drie maatregelen zullen zijn uitgevoerd:
- er wordt voor verzoeker een aparte parkeerplaats gemarkeerd en gereserveerd naast het schoolgebouw waarin hij de lessen volgt;
- de conciërge zal daartoe instructie krijgen om bij aankomst van verzoeker de 'ketting' weg te halen om hem doorgang te verlenen;
- de deuren die een belemmering vormen voor ongestoorde toegang tot de kantine worden met voorrang aangepast, in overleg met de brandweer.

2.5 Daarnaast heeft verweerster in deze brief aangekondigd dat uiterlijk eind januari 2004 de toegang tot het hoofdgebouw (waarin het examenbureau, de administratie en de conciërges zijn gehuisvest) rolstoeltoegankelijk zal worden gemaakt. Tot slot heeft verweerster meegedeeld dat het gehele terrein in de voorjaarsvakantie 2004 kuilvrij zou worden gemaakt.

2.6 Verweerster heeft verzoeker in een brief van 4 februari 2004 laten weten dat het rolstoeltoegankelijk maken van het hoofdgebouw naar schatting ruim 30.000 euro zal kosten. Zij vermeldt hierbij dat het gebouw nog slechts twee jaar zal worden gebruikt en dat daarom in alle redelijkheid niet van verweerster kan worden gevraagd deze oplossing te realiseren. Verweerster heeft daarom toegezegd dat een medewerker van het examenbureau naar verzoeker toe komt als hij daarom vraagt. Daarnaast voldoen volgens verweerster een afgeschermde parkeerplaats en ongestoorde toegang tot het gebouw waarin verzoeker de lessen volgt, geheel aan de onder 2.5 genoemde toezegging.

2.7 Het ministerie van OCW heeft verzoeker op 24 november 2003 schriftelijk geantwoord dat de WGBH/CZ zich momenteel richt op arbeid en beroepsonderwijs, maar te zijner tijd ook voor primair en voortgezet onderwijs en vervoer gaat gelden.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verweerster maakt bij het aanbieden van onderwijs op de volgende twee onderdelen verboden onderscheid op grond van handicap zoals bedoeld in de WGBH/CZ:
- verweerster heeft nagelaten om doeltreffende aanpassingen te verrichten voor verzoeker;
- verweerster heeft nagelaten om verzoeker te beschermen tegen intimidatie door medewerkers van verweerster.

Individuele aanpassingen

3.2 Verzoeker voert aan dat:
- Hij vaak geen gebruik kan maken van het invalidentoilet doordat het wordt gebruikt door niet-gehandicapte meisjes, die het toilet graag gebruiken omdat het zo ruim is;
- de parkeerplaatsen voor gehandicapten vaak worden gebruikt door medewerkers en toeleveranciers van verweerster, zodat verzoeker de school niet goed kan bereiken;
- een voor hem gecreëerde aparte parkeerplaats op een wandelpad niet geschikt is gemaakt voor hem, aangezien het tegelpad niet vlak (kuilen, bobbels) is;
- het hoofdgebouw niet rolstoeltoegankelijk gemaakt is, in tegenstelling tot eerder gedane toezeggingen;
- de rolstoelhellingen bij de bijgebouwen niet solide en te steil zijn;
- het schoolplein voor verzoeker moeilijk begaanbaar is vanwege losliggende tegels en gevaarlijke gootjes;
- de klapdeuren te zwaar zijn, waardoor verzoeker ze niet kan openen;
- de toegezegde kleefmagneten slechts op enkele (binnen-)deuren zijn geplaatst.

3.3 Verzoeker heeft verweerster op deze problemen gewezen maar dit heeft niet tot structurele oplossingen geleid. De medewerkster van het examenbureau die naar hem toe zou komen op verzoek, weigert elke medewerking.

Intimidatie

Verzoeker voert aan dat:

- afspraken die na veel bellen en na veel gesprekken zijn gemaakt al na twee weken niet actief meer werden nageleefd door verweerster;
- conciërges weglopen of zich terugtrekken in gebouwen waar verzoeker met zijn rolstoel niet in kan komen, wanneer hij hen iets vraagt;
- medewerkers van de receptie en het examenbureau verzoeker tien minuten in de regen laten staan voordat ze hem komen helpen;
- medewerkers van het examenbureau weigeren verzoeker te laten weten welke cijfers hij heeft gekregen voor zijn tentamens;
- verzoeker op 24 november 2003 een brief aan verweerster en aan 100 andere geadresseerden heeft gestuurd met betrekking tot zijn situatie en dat iedereen heeft gereageerd, behalve verweerster;
- conciërges briefjes op de auto van verzoeker plakken waarop 'wegsleepregeling' staat.

3.4 Vanwege deze manier van bejegenen heeft verzoeker geen vertrouwen meer in degenen die tot nu toe hebben gereageerd op zijn klachten. Hij wil daarom geen gesprek meer met deze personen voeren maar wel met de directie.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERSTER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 De Commissie is niet bevoegd om het verzoek in behandeling te nemen omdat verzoeker geen beroepsonderwijs heeft gevolgd bij verweerster en de WGBH/CZ alleen ziet op beroepsonderwijs.

4.2 Verzoeker is niet ontvankelijk omdat zijn verzoek dateert van 24 november 2003 en de WGBH/CZ eerst op 1 december 2003 in werking is getreden.

4.3 De klacht is ongegrond omdat verweerster aan verzoeker adequate toegang tot het onderwijs heeft verleend door middel van de voorzieningen en acties die verweerster vanaf december 2003 heeft gerealiseerd.

4.4 Verweerster heeft een aantal voorzieningen gerealiseerd en verwijst hiervoor naar haar brief van 19 december 2003 (2.4). Daarnaast heeft verweerster verzoeker een eigen sleutel verstrekt van het invalidentoilet van het gebouw waar verzoeker de lessen volgt en van de poort die toegang geeft tot dit gebouw.

4.5 Op twee gebouwen na, dateren alle gebouwen van verweerster van vóór 1992, het jaar waarin het Bouwbesluit van kracht

werd. De twee nieuwe gebouwen voldoen aan de eisen van het – op het moment van oplevering vigerende – Bouwbesluit. Bij renovaties van oude gebouwen is rekening gehouden met de toegankelijkheid voor gehandicapten, conform het Bouwbesluit. De meeste gebouwen hebben een lift en/of invalidentoiletten met douche. Heeft een gebouw geen lift en wil een gehandicapte leerling lessen volgen, dan worden de lessen op de begane grond gehouden.

4.6 Verweerster heeft net als andere instellingen in de Bve-sector te weinig financiële middelen om aanpassingen voor gehandicapten en chronisch zieken te financieren. Verweerster verwacht dat meer leerlingen een beroep zullen doen op de WGBH/CZ, waardoor de kosten zullen stijgen. De financiële mogelijkheden zijn echter verminderd ten gevolge van maatregelen van de regering. De leerlinggebonden financiering (het 'rugzakje') is per 1 augustus 2003 ingevoerd in het voortgezet onderwijs maar niet in de Bve-sector. Tegelijkertijd is de regeling ambulante begeleiding voor Bve-deelnemers verdwenen en kan alleen nog een beroep worden gedaan op de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (Wet REA) voor deelnemers in het Bve-onderwijs met een arbeidsverleden.

5 INFORMATIE VAN DE MINISTERIES VAN OCW EN VWS

5.1 De informanten van de ministeries hebben – zakelijk weergegeven – het volgende verklaard.

5.2 Het begrip beroepsonderwijs uit de WGBH/CZ heeft dezelfde inhoud als het begrip beroepsopleiding uit Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, ook wel Kader- of Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn (Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn, *Pb. EG* 2000, L 303/16) genoemd en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

5.3 Onder dit begrip valt onderwijs dat direct opleidt voor de arbeidsmarkt. In Nederland is dat het universitair onderwijs (ook wetenschappelijk onderwijs genoemd), het hoger en middelbaar beroepsonderwijs (hbo en mbo) en het praktijkonderwijs. De vier afdelingen die onder de sector educatie vallen (VAVO, nt1, nt2 en beroepsgerichte educatie) vallen er niet onder. Educatie heeft niet als doel om mensen direct naar de arbeidsmarkt toe te leiden.

5.4 Nederland heeft er voor gekozen om in de WGBH/CZ voorlopig alleen de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn te implementeren en geen verdergaande bepalingen op te nemen. Daardoor is de WGBH/CZ wat het onderwijs betreft alleen van toepassing op beroepsonderwijs. Wel wordt onderzoek gedaan naar de consequenties van uitbreiding van de WGBH/CZ naar het primair en voortgezet onderwijs (ook wel secundair onderwijs genoemd).

5.5 Als sprake is van een onderwijsinstelling die, zoals verweerster, zowel beroepsonderwijs als educatie aanbiedt, is de onderwijsinstelling alleen met betrekking tot het beroepsonderwijs verplicht om te voldoen aan de eisen van de WGBH/CZ. Voor dergelijke onderwijsinstellingen gelden dan twee rechtsregimes. Mogelijk zijn onderwijsinstellingen, zoals verweerster, op grond van artikel 1 Grondwet (Gw) gehouden om de WGBH/CZ analoog toe te passen op educatie.

5.6 Buiten de WGBH/CZ kent alleen het Bouwbesluit regels over toegankelijkheid voor gehandicapten maar deze zijn erg beperkt.

5.7 Nederland heeft besloten de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn met betrekking tot de grond handicap in twee fasen te implementeren: via de EG-Implementatiewet AWGB en via de WGBH/CZ. De eerste wet is op 1 april 2004 in werking getreden; de WGBH/CZ op 1 december 2003. Nederland heeft geen uitstel gevraagd voor implementatie na 1 december 2003.

6 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

6.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap en/of chronische ziekte door:
- na te laten doeltreffende aanpassingen te verrichten;
- een discriminerende bejegening /intimidatie.

6.2 Ter beantwoording van de vraag of de Commissie, nu verzoeker een VWO-opleiding volgt bij het . . . . , bevoegd is de voor-

gelegde vragen te beoordelen, strekken de volgende overwegingen.

6.3 De WGBH/CZ verbiedt het maken van onderscheid vanwege handicap of chronische ziekte op de terreinen arbeid en beroepsonderwijs. De term beroepsonderwijs is in artikel 6 aanhef en onderdeel b WGBH/CZ gedefinieerd als onderwijs dat is gericht op toetreding tot en functioneren op de arbeidsmarkt.

6.4 De Commissie dient eerst vast te stellen of de VWO-opleiding die verzoeker bij verweerster volgt, valt onder het begrip beroepsonderwijs uit de WGBH/CZ.

6.5 De WGBH/CZ is ontstaan uit de combinatie van een in Nederland al langer bestaande maatschappelijke wens tot verbetering van de rechtspositie van gehandicapten en de implementatie van de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn (zie onder 5.2).

6.6 In artikel 3, eerste lid, van de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn is bepaald dat deze onder meer van toepassing is op de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring.

6.7 Volgens de regering is de WGBH/CZ van toepassing op praktijkonderwijs in het voortgezet onderwijs, het middelbaar en hoger beroepsonderwijs en het universitair onderwijs (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 37.).

6.8 De regering heeft in de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 28.) het begrip beroepsopleiding nader omschreven aan de hand van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Volgens het arrest van het Hof in de zaak Gravier (HvJ EG, 13 februari 1985, zaak 293/83, *Jur.* 1985, p. 593) valt iedere onderwijsvorm die opleidt voor een specifiek beroep, vak of betrekking, of die bijzondere bekwaamheid verleent om een dergelijk beroep, vak of betrekking uit te oefenen, onder het begrip beroepsopleiding, ongeacht de leeftijd en het opleidingsniveau van de leerlingen of studenten, en zelfs indien in het studieprogramma een aantal algemene vakken zijn opgenomen. De regering heeft uit het arrest *Humble* (HvJ EG 27 september 1988, zaak 263/86, *Jur.* 1988, p. 5365.) afgeleid dat onder deze definitie niet valt het algemeen, niet specifiek op een beroep of bekwaamheid gericht onderwijs, zoals het primair en voortgezet onderwijs. Alleen het praktijkonderwijs vormt hierop een uitzondering omdat dit onderwijs tot het speciaal voortgezet onderwijs behoort en is gericht op leerlingen die geen diploma of kwalificatie in het voortgezet onderwijs of beroepsonderwijs zullen behalen. Het praktijkonderwijs bereidt deze leerlingen onder meer voor op relatief eenvoudige werkzaamheden op de (regionale) arbeidsmarkt.

6.9 Naar aanleiding van een opmerking van de CDA-fractie dat de tweede fase van het voortgezet onderwijs onder andere is bedoeld ter oriëntatie op studie en beroep en dat het voortgezet onderwijs in de praktijk voor een groot aantal jongeren eindonderwijs is dat direct aansluit op de arbeidsmarkt, heeft de regering het volgende kenbaar gemaakt. VWO en Havo zijn respectievelijk ingericht ter voorbereiding op aansluitend wetenschappelijk onderwijs en aansluitend hoger onderwijs. Zowel op scholen voor VWO als voor Havo omvat het onderwijs aansluitend op de periode van basisvorming een periode van voorbereidend hoger onderwijs die als de tweede fase bekend staat. Deze periode van voorbereidend hoger onderwijs is ingericht volgens profielen. Elk profiel kent voorgeschreven vakken. Oriëntatie op studie en beroep maakt geen onderdeel uit van de voorgeschreven vakken. Voor wat betreft het aantal jongeren voor wie de tweede fase eindonderwijs is, kan het volgende worden vermeld. In het jaar 2000 (de laatst bekende cijfers) verliet 7% van de havo leerlingen gediplomeerd de school zonder vervolgonderwijs. Voor VWO leerlingen bedroeg dit percentage 6% (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 27-28).

6.10 De regering heeft in haar toelichting op de keuze om vooralsnog alleen het beroepsonderwijs onder de WGBH/CZ te brengen gewezen op de invoering van het leerlinggebonden budget in het primair en voortgezet onderwijs. Dit heeft onder meer tot doel de plaatsing van gehandicapte leerlingen bij het reguliere basis- en voortgezet onderwijs beter mogelijk te maken. De regering wil deze ontwikkeling afwachten voordat andere maatregelen worden genomen, zoals gelijkebehandelingswetgeving.

Daarnaast heeft de regering er op gewezen dat de Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn met zich brengt dat de WGBH/CZ in

ieder geval van toepassing moet zijn op het beroepsonderwijs (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 20-21).

6.11 Het kabinet heeft recentelijk laten weten dat uitbreiding van de gelijkebehandelingwetgeving op grond van handicap of chronische ziekte met primair en voortgezet onderwijs een meerwaarde kan hebben. Het kabinet wil echter eerst onderzoeken wat de financiële, beleidsmatige en organisatorische consequenties zijn van een dergelijke uitbreiding en de bestuurlijke verantwoordelijkheid daarbij. Het kabinet heeft toegezegd dit onderzoek in de tweede helft van dit jaar af te ronden, zodat nog dit jaar nadere besluitvorming kan plaatsvinden (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 355, nr. 2, p. 2-3).

6.12 Gelet op het bovenstaande constateert de Commissie dat het VWO niet valt onder het begrip beroepsonderwijs uit de WGBH/CZ. Dit geldt ook voor VWO dat in het kader van het VAVO wordt verzorgd. Het begrip beroepsonderwijs is duidelijk gedefinieerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. De definitie vereist dat een onderwijsvorm opleidt tot een specifiek beroep, vak of betrekking of bijzondere bekwaamheid verleent voor een specifiek beroep, vak of betrekking. Het VWO is niet gekoppeld aan een specifiek beroep, vak of betrekking. Het is een algemene opleiding die is bedoeld als voorportaal naar het wetenschappelijk onderwijs (dat wel valt onder de definitie van beroepsonderwijs).

6.13 Uit de informatie die de informanten van de ministeries van VWS en OCW op de zitting hebben verstrekt is gebleken dat een onderwijsinstelling die zowel beroepsonderwijs als educatie aanbiedt, uitsluitend met betrekking tot het beroepsonderwijs gebonden is aan de WGBH/CZ. De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen deze situatie voorlopig zo te laten voortbestaan, in afwachting van de uitkomsten van het onderzoek naar de consequenties van uitbreiding van de WGBH/CZ naar primair en voortgezet onderwijs). Gevolg hiervan is dat instellingen die zowel beroepsonderwijs als educatie aanbieden zeker tot die tijd aan twee soorten regels zijn gebonden en dat de rechten van deelnemers aan het onderwijs van elkaar verschillen naar gelang van het onderwijstype dat zij volgen.

6.14 In gelijkebehandelingszaken die het overige onderwijs betreffen kan daarom voorlopig alleen een beroep worden gedaan op de nondiscriminatiebepalingen neergelegd in internationale verdragen en artikel 1 van de Grondwet. De bevoegdheid van de Commissie is evenwel beperkt tot toetsing van de gelijkebehandelinswetgeving. Het is aan de rechter om in deze zaken de van toepassing zijnde norm te geven, omdat een in de wet uitgewerkte, meer concrete norm ontbreekt (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 21).

6.15 Nu de WGBH/CZ niet van toepassing is op de opleiding die verzoeker bij verweerster heeft gevolgd, is de Commissie niet bevoegd om over het verzoek te oordelen.

6.16 Strikt genomen kan derhalve niet meer worden toegekomen aan de overige door partijen opgeworpen vragen. Niettemin wordt ter voorlichting over de ontvankelijkheid nog het volgende overwogen.

6.17 De WGBH/CZ is op 1 december 2003 in werking getreden. Verweerster heeft opgemerkt dat verzoeker niet ontvankelijk is in zijn verzoek omdat zijn verzoek dateert van 24 november 2003.

6.18 De Commissie heeft verzoekers brief van 24 november 2003 opgevat als een verzoek dat betrekking heeft op de WGBH/CZ, die op 1 december 2003 in werking is getreden. Omdat na 1 december 2003 bleek dat de situatie die verzoeker beoordeeld wilde hebben nog bestond, heeft de Commissie het verzoek na die datum in behandeling genomen. De omstandigheid dat het verzoek vóór 1 december 2003 is verzonden, staat niet aan de ontvankelijkheid in de weg.

7 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat zij niet bevoegd is te oordelen over de vraag of . . . . jegens . . . . in strijd heeft gehandeld met de WGBH/CZ door bij het aanbieden van onderwijs na te laten doeltreffende aanpassingen te verrichten en door intimidatie.

04 | 56

24 mei 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerder maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit door verzoeker niet toe te laten tot zijn café omdat hij geen toerist is.

Verzoeker wilde samen met een vriend het hasjcafé van verweerder bezoeken. De portier zei dat ze niet naar binnen mochten omdat zij geen toeristen waren. Verzoeker is van mening dat verweerder in strijd met de wet handelt door mensen te weigeren omdat ze Nederlanders zijn.
Verweerder ontkent verboden onderscheid te maken in zijn toelatingsbeleid.
Verweerder geeft aan dat hasjcafés zich in een moeilijke positie bevinden omdat de gemeente een uitsterfbeleid ten aanzien van deze cafés voert. Dat is de reden dat verweerder een zeer streng deurbeleid voert. Zij moet oppassen voor verraders en mensen die overlast kunnen veroorzaken. De selectie bij de deur gebeurt door de portiers 'met de neus'.
Verweerder erkent dat het mogelijk is dat een portier tegen verzoeker heeft gezegd dat alleen toeristen worden toegelaten of woorden van gelijke strekking. Volgens verweerder is de werkelijke reden van de weigering waarschijnlijk dat de vriend van verzoeker geen legitimatiebewijs kon tonen.
De Commissie is zich bewust van de moeilijke situatie waarin verweerder zich als hasjcafé bevindt, maar dit mag niet leiden tot een beleid waarbij mensen niet worden toegelaten omdat zij Nederlander zijn.
De Commissie is van oordeel dat het toelatingsbeleid van verweerder niet inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is en ruimte laat voor willekeur.
Verweerder heeft jegens verzoeker verboden onderscheid naar nationaliteit gemaakt.
Strijd met de wet.

04 | 57

24 mei 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerder maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit door verzoekers niet toe te laten tot zijn café omdat zij Nederlanders zijn.

Verzoekers wilden het hasjcafé van verweerder bezoeken. De portier zei dat ze niet naar binnen mochten omdat zij Nederlands spraken en Nederlanders zijn.
Verweerder ontkent verboden onderscheid te maken in zijn toelatingsbeleid.
Verweerder geeft aan dat hasjcafés zich in een moeilijke positie bevinden omdat de gemeente een uitsterfbeleid ten aanzien van deze cafés voert. Dat is de reden dat verweerder een zeer streng deurbeleid voert. Zij moet oppassen voor verraders en mensen die overlast kunnen veroorzaken. De selectie bij de deur gebeurt door de portiers 'met de neus'.
Verweerder erkent dat het mogelijk is dat een portier tegen verzoekers heeft gezegd dat ze niet werden toegelaten omdat ze Nederlanders zijn of woorden van gelijke strekking. Verzoekers zagen er niet uit als doorsnee bezoekers van het hasj-café en wellicht was de betrokken portier bang dat zij van de politie of het stadhuis waren.
De Commissie is zich bewust van de moeilijke situatie waarin verweerder zich als hasjcafé bevindt, maar dit mag niet leiden tot een beleid waarbij mensen niet worden toegelaten omdat zij Nederlander zijn.
De Commissie is van oordeel dat het toelatingsbeleid van verweerder niet inzichtelijk, systematisch en controleerbaar is en ruimte laat voor willekeur.
Verweerder heeft jegens verzoekers verboden onderscheid naar nationaliteit gemaakt.
Strijd met de wet.

04 | 58

25 mei 2004

Artikel 7:648 lid 1 BW

Onderscheid op grond van arbeidsduur bij voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd.

Verzoekster is bij verweerster in deeltijd werkzaam geweest als Traffic Coördinator. Verweerster heeft om bedrijfseconomische redenen de arbeids-

overeenkomst met verzoekster opgezegd. De arbeidsovereenkomst met verzoeksters directe collega, een voltijder met minder dienstjaren dan verzoekster, is niet opgezegd. Volgens verzoekster heeft verweerster door de opzegging onderscheid gemaakt naar arbeidsduur.
Het begrip 'voorwaarden' in artikel 7:648 BW heeft een ruimere betekenis dan het begrip 'arbeidsvoorwaarden' in artikel 7:646 en 7:649 BW. Het begrip 'voorwaarden' heeft eveneens betrekking op de criteria op grond waarvan een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd. Verweerster heeft criteria opgesteld om te bepalen van welke werknemers de arbeidsovereenkomst in verband met de reorganisatie wordt opgezegd. Deze criteria kunnen worden opgevat als voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd, in de zin van artikel 7:648 BW. Verweerster heeft daarbij het criterium 'deeltijd' ten nadele van verzoekster gehanteerd en heeft aldus jegens verzoekster onderscheid gemaakt op grond van arbeidsduur. Verweerster heeft geen overtuigende argumenten aangevoerd waaruit de noodzaak blijkt om de voltijdwerkende volledig in dienst te houden ten koste van de arbeidsovereenkomst met verzoekster. Er is derhalve geen sprake van een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met verzoekster.
Strijd met de wet.

04 | 59

27 mei 2004

Artikel 2 WGBH/CZ
Artikel 6 WGBH/CZ

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte nu onvoldoende aannemelijk is dat de studievertraging van verzoeker te wijten is aan de niet verkregen extra tentamentijd.

Verzoeker is dyslectisch en studeert sinds september 2000 aan de universiteit van verweerster. Voor het afleggen van tentamens heeft verzoeker vanwege zijn handicap extra tijd nodig. Verzoeker heeft in zijn eerste studiejaar zijn tentamens zonder tijdverlenging afgelegd en hij heeft toen de minimaal vereiste helft van zijn studiepunten behaald. In zijn tweede studiejaar voorafgaand aan zijn eerste tentamenperiode heeft verzoeker een dyslexieverklaring overgelegd die werd geweigerd door de coördinator onderwijszaken omdat de verklaring dateerde van meer dan drie jaar geleden. Verzoeker heeft toen voor deze tentamenperiode geen tijdverlenging gekregen.
Ook voor de navolgende tentamenperiodes van augustus 2002 en januari 2003 heeft verzoeker geen tijdverlenging gekregen, terwijl hij dit wel had aangevraagd. Vanwege het feit dat verzoeker geen tijdverlenging heeft gekregen voor met name zijn tentamen Fiscale Economie heeft hij dit tentamen op 0,2 punt na niet gehaald. Hierdoor heeft hij zijn propedeuse niet voor 1 september 2003 gehaald waardoor hij moest overstappen naar de Bachelor-Masterstructuur. Hij kan zijn studie derhalve niet in oude stijl voortzetten. Daarnaast heeft verzoeker aangevoerd dat de procedure rond het verkrijgen van extra tijd onduidelijk was en pas na anderhalf jaar aan hem schriftelijk is bevestigd. Verzoeker meent dat dit ertoe heeft bijgedragen dat hij studievertraging heeft opgelopen.
Op 1 december 2003 is de WGBH/CZ in werking getreden. Nu de bestreden handelwijze van verweerster voor deze datum heeft plaatsgevonden, moet verzoeker aannemelijk maken dat hij hiervan nadeel ondervindt dat op of na 1 december 2003 bestaat dan wel voortduurt. De Commissie overweegt dat niet kan worden vastgesteld of tijdverlenging voor het vak fiscale economie zou hebben geleid tot een hoger cijfer. Dit mede gelet op het feit dat verzoeker in zijn eerste studiejaar, zonder tijdverlenging, de helft van zijn studiepunten heeft behaald. Daarnaast heeft verzoeker ongeveer 10% van zijn tentamens zonder tijdverlenging afgelegd. De Commissie oordeelt dat onvoldoende aannemelijk is dat de niet verkregen tijdverlenging voor enkele tentamenperiodes over een tijdvak van ruim drie jaar, heeft geleid tot de door verzoeker gestelde studievertraging. Derhalve is er geen sprake van verboden onderscheid.
Geen strijd met de wet.

04 | 60

4 juni 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerster, een school, maakt jegens verzoeker, een gescheiden man, onderscheid door hem niet gelijk als de moeder van zijn dochter te betrekken bij de schoolsituatie van zijn dochter, voorzover dit onderscheid niet voortvloeit uit de feitelijke woonsituatie van de dochter.

De vraag ligt voor of verweerster jegens verzoeker, in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving door hem niet te informeren over de ontwikkelingen van zijn dochter op school en hem niet bij haar schoolsituatie te betrekken, zoals dit bij de moeder van zijn dochter geschiedt.

Verweerster maakt verschil in haar informatieverstrekking tussen de ouder die de feitelijke zorg over het kind draagt en de ouder die deze zorg niet draagt.
Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) blijkt dat het aantal gescheiden vrouwen dat de feitelijke zorg draagt voor kinderen in de basisschoolleeftijd een veelvoud is van het aantal gescheiden mannen in die situatie. Dit betekent dat het beleid van verweerster leidt tot het vermoeden van indirect onderscheid jegens mannen. Gescheiden ouders die niet met de verzorging van hun kinderen zijn belast, zullen van verweerster niet alle informatie ontvangen. Deze categorie wordt dus door het beleid van verweerster getroffen, terwijl van de niet gescheiden ouders nagenoeg niemand wordt getroffen. Dit leidt tevens tot een vermoeden van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat.
De gelijkwaardigheid van beide ouders staat er niet aan in de weg dat een school de ouders verschillend mag behandelen voor zover hun situatie verschilt. Verweerster kan dan ook de ouder bij wie het kind woonachtig is als aanspreekpunt nemen voor de praktische schoolzaken. Ten aanzien van de overige informatieverstrekking geldt dit niet. Verweerster maakt jegens verzoeker onderscheid door hem voor het overige niet gelijk als de moeder van zijn dochter te betrekken bij de schoolsituatie van zijn dochter. Verzoeker heeft de zaak inmiddels voorgelegd aan de Rechtbank waar partijen tot een minnelijke schikking zijn gekomen. Het onderscheid zal niet langer bestaan indien de afspraken zoals deze zijn neergelegd in het proces-verbaal van de minnelijke schikking worden nageleefd. Verboden onderscheid.
Strijd met de wet.

04 | 61

8 juni 2004

Artikel 7 AWGB

Niet voldoende feiten aangevoerd die onderscheid op grond van burgerlijke staat dan wel geslacht kunnen doen vermoeden.

Verweerster is een landelijke organisatie die reizen, inclusief hotelaccommodaties organiseert. Verweerster biedt blijkens haar foldermateriaal onder meer verzorgde busreizen aan naar Oostenrijk. Daarbij geldt een kinderkorting met als voorwaarde, dat er twee volbetalende personen in de betreffende kamer verblijven. Verzoekster is een alleenstaande ouder. Zij wilde met haar kind een reis naar Oostenrijk maken en heeft op 8 oktober 2003 telefonisch bij verweerster geïnformeerd naar de door verweerster aangeboden tiendaagse busreis. Verweerster heeft verzoekster meegedeeld dat zij voor haar dochter het volledige bedrag zou moeten betalen omdat de kortingsregeling niet wordt geboden in het geval van één volbetalende die met een kind reist. Verzoekster is van mening dat verweerster bij het hanteren van deze kinderkortingsregeling jegens haar indirect onderscheid op grond van zowel burgerlijke staat als geslacht wordt gemaakt. De Commissie is van oordeel dat verzoekster niet voldoende feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van burgerlijke staat dan wel geslacht kunnen doen vermoeden.
Geen strijd met de wet.

04 | 62

9 juni 2004

Artikel 7 AWGB

School maakt bij de toelating van leerlingen geen onderscheid op grond van ras. De Commissie geeft verweerder wel een aanbeveling voor een inzichtelijke, controleerbare en systematische toelatingsprocedure.

Verzoeker, van Roemeense afkomst, vraagt zich af of verweerder, een school voor voortgezet onderwijs, ten opzichte van zijn zoon onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door hem niet als leerling op school te plaatsen. Verweerder heeft de zoon van verzoeker als 'zorgleerling' aangemerkt, hetgeen bepalend is geweest voor de afwijzing. 'Zorgleerling' is een neutraal aspect dat niet verwijst naar afkomst. Er zijn geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat verzoekers zoon niet op de school is geplaatst vanwege zijn Roemeense afkomst.
De door verweerder gevoerde plaatsingsprocedure is niet inzichtelijk, controleerbaar en systematisch geweest. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat door toepassing hiervan met name leerlingen van niet-Nederlandse herkomst, zoals verzoekers zoon, zijn getroffen. Volgens de regels van de bewijslastverdeling is het daarom aan verweerder om te bewijzen dat hij geen indirect onderscheid op grond van ras heeft gemaakt.
Uit de door verweerder overgelegde gegevens blijkt dat de toepassing van het criterium 'zorgleerling' niet heeft geleid tot benadeling van leerlingen van niet-Nederlandse herkomst. Zo zijn leerlingen van niet-Nederlandse herkomst niet vaker dan leerlingen van Nederlandse herkomst

als zorgleerling aangemerkt. Evenmin zijn leerlingen van niet-Nederlandse herkomst minder vaak dan leerlingen van Nederlandse herkomst op de school toegelaten. Geoordeeld wordt dat toepassing van de procedure niet heeft geleid tot indirect onderscheid op grond van ras.
Geen onderscheid op grond van ras. De Commissie beveelt verweerder wel aan een voor de ouders en verzorgers van aspirant-leerlingen, inzichtelijke, controleerbare en systematische toelatingsprocedure te voeren.
Geen strijd met de wet.

04 | 63

8 juni 2004

Artikel 7:646 BW
Artikel 7:649 BW

Onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst door geen bonus toe te kennen aan tijdelijke werknemer. Daarnaast onderscheid op grond van geslacht bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Verweerster kent een bonusregeling voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De bonus wordt vastgesteld op basis van de gemiddelde jaarwinst van de twee voorafgaande boekjaren en het betreffende boekjaar ten opzichte van de gemiddelde gerealiseerde omzet over diezelfde jaren.
Verzoekster is in november 2001 zwanger geworden van haar eerste kind. Verzoekster is vanwege zwangerschapsgerelateerde klachten alsmede zwangerschapsverlof veel afwezig geweest. De eerste arbeidsovereenkomst van verzoekster is verlengd met een arbeidsovereenkomst voor nogmaals een jaar. Het is bij verweerster gebruikelijk dat na een jaar een arbeidsovereenkomst volgt voor onbepaalde tijd.
De Commissie is van oordeel dat verweerster er niet in is geslaagd te bewijzen dat zij niet in strijd met de gelijkebehandelingwetgeving heeft gehandeld bij het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst hebben partijen de intentie gehad deze overeenkomst om te zetten in een overeenkomst voor onbepaalde duur. Verzoekster is sedert de zesde maand van haar arbeidsovereenkomst veelvuldig afwezig geweest in verband met zwangerschapsklachten en vervolgens zwangerschapsverlof. Tot die tijd werd haar functioneren als positief beoordeeld. Haar afwezigheid is mede reden geweest voor verweerster om geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur met verzoekster aan te gaan.
Strijd met de wet.

04 | 64

8 juni 2004

Artikel 7:649 BW

Het uitsluiten van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van de bonusregeling is niet objectief gerechtvaardigd.

Verweerster kent een bonusregeling voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De bonus wordt vastgesteld op basis van de gemiddelde jaarwinst van de twee voorafgaande boekjaren en het betreffende boekjaar ten opzichte van de gemiddelde gerealiseerde omzet over diezelfde jaren.
Verweerster heeft onder meer ter zitting aangevoerd dat zij de bonusregeling in het leven heeft geroepen om werknemers te werven en aan zich te binden. Hiernaast fungeert de bonusregeling als prestatiebeloning, nu de bonus de werknemer wordt onthouden ingeval van onvoldoende prestatie.
Alhoewel de Commissie betwijfelt of deze doelstelling, gezien de huidige arbeidsmarkt, voldoet aan een werkelijke behoefte van het bedrijf, overweegt de Commissie dat een bonus die ook vanaf het eerste jaar van de arbeidsverhouding in het vooruitzicht wordt gesteld, zelfs een grotere wervings- en bindingskracht kan hebben dan een bonus die slechts vanaf het tweede jaar wordt toegekend. Gesteld noch gebleken is in ieder geval dat de bonus aan wervings- of bindingskracht zou inboeten, indien iedere werknemer hiervoor in aanmerking zou komen. De bonusregeling is weliswaar een passend middel om de genoemde doelstellingen te realiseren, maar het maken van onderscheid daarbij op grond van de al dan niet tijdelijke arbeidsovereenkomst is niet noodzakelijk. Het onderscheid is daarmee niet objectief gerechtvaardigd.
Strijd met wet.

04 | 65

11 juni 2004

Artikel 7:649 BW
Artikel 7:649 lid 1 BW

Geen onderscheid in de zin van artikel 7:649 BW door de in het arbeidsvoorwaardenreglement opgenomen bepaling over functionerings- en beoordelingsgesprekken alleen van toepassing te verklaren op werknemers met een contract voor onbepaalde tijd.

Verzoeker, een opleidingsinstituut, heeft de Commissie verzocht om een oordeel omtrent eigen handelen, met betrekking tot de vraag of hij in strijd met artikel 7:649 BW handelt, als hij de in zijn arbeidsvoorwaardenreglement opgenomen bepaling over functionerings- en beoordelingsgesprekken alleen van toepassing laat zijn op werknemers met een contract voor onbepaalde tijd. In deze bepaling zijn vaste maanden aangewezen waarbinnen functionerings- en beoordelingsgesprekken dienen te worden gehouden. Naar aanleiding van een beoordelingsgesprek kan worden besloten tot een salarisaanpassing.
Met werknemers met een contract voor bepaalde tijd wordt twee maanden voor het einde van hun contract afloopt een functionerings- en beoordelingsgesprek gehouden. Indien hen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd wordt aangeboden, komt een eventuele salarisaanpassing aan de orde. De contracten voor bepaalde duur die verzoekster aanbiedt hebben maximaal de duur van één jaar.
De Commissie overweegt dat alle werknemers recht hebben op tenminste één beoordelingsgesprek per jaar. Nu er slechts sprake is van een verschil in het moment en niet in de frequentie van de beoordelingsgesprekken is er geen sprake van benadeling van werknemers met een contract voor bepaalde tijd.
Werknemers met een contract voor bepaalde tijd of met een contract voor onbepaalde tijd waar, in hetzelfde jaar, een contract voor bepaalde tijd vooraf is gegaan, kunnen vaker dan eens per jaar recht hebben op een beoordelingsgesprek, hetgeen als voordeel kan worden gezien. Echter niet de tijdelijkheid van een contract, maar het aantal contracten per jaar is bepalend voor het recht op het aantal gesprekken per jaar. De Commissie oordeelt dat geen sprake is van benadeling van werknemers op grond van de duur van hun contract, als de in het arbeidsvoorwaardenreglement opgenomen bepaling over functionerings- en beoordelingsgesprekken alleen van toepassing is op werknemers met een contract voor onbepaalde tijd.
Geen strijd met de wet.

04 | 66

8 juni 2004

Een Nederlandse politieke partij die deelneemt aan de Europese verkiezingen, verzocht de Commissie om een oordeel over de vraag of 'de pers' in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling door deze partij – uitzonderingen daargelaten – in de pers te 'negeren en moedwillig dood (te) zwijgen'. De Commissie heeft de zaak aangehouden in afwachting van nadere informatie van verzoekster.

Tussenoordeel.

04 | 67

10 juni 2004

Artikel 3 lid 1 WGBH/CZ
Artikel 4 WGBH/CZ

Direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan vanwege het recente medische verleden.

Verzoeker was gedurende een half jaar als matroos werkzaam bij verweerster op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Gedurende dit dienstverband kreeg verzoeker een hartinfarct. Als gevolg daarvan is hij twee maanden arbeidsongeschikt geweest. Nadien heeft hij zijn werk weer volledig hervat. In een gesprek voor het einde van zijn dienstverband heeft verweerster verzoeker medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst niet werd verlengd. Dit is in een brief aan verzoeker bevestigd, waarbij is gesteld dat verlenging van verzoekers arbeidsovereenkomst vanwege zijn recente medische verleden niet verantwoord was.
De Commissie oordeelt dat verzoeker feiten heeft aangedragen die direct onderscheid op grond van (vermeende) handicap of chronische ziekte kunnen doen vermoeden. Verweerster is er niet in geslaagd te bewijzen dat niet in strijd met de WGBH/CZ is gehandeld. De Commissie oordeelt voorts dat verweerster niet heeft aangetoond dat er sprake is van onderscheid noodzakelijk ter be-

scherming van de veiligheid en gezondheid in de zin van de WGBH/CZ.
Strijd met de wet.

04 | 68

10 juni 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerster maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door het aanbieden van een arbeidsongeschiktheidsverzekering waarbij geen uitkering wordt verstrekt bij arbeidsongeschiktheid die is ontstaan, bevorderd of verergerd door zwangerschap die is gevolgd uit fertiliteitsbehandeling.

Verzoekster wil als zelfstandige een arbeidsongeschiktheidverzekering bij verweerster sluiten. Verzoekster is met behulp van IVF-behandelingen zwanger geworden.
Verweerster wilde deze verzekering alleen sluiten indien verzoekster instemt met een clausule inhoudende dat bij arbeidsongeschiktheid die is ontstaan, bevorderd of verergerd door zwangerschap die is gevolgd uit fertiliteitsbehandelingen, geen uitkering geschiedt.
Verzoekster vindt dat verweerster op deze manier onrechtmatig onderscheid maakt tussen zwangerschap die op natuurlijk wijze is ontstaan en zwangerschap die met behulp van IVF is ontstaan.
De Commissie overweegt dat deze uitsluitingsclausule een beperkt en afgebakend aantal zwangere vrouwen treft. Benadeling van een specifieke groep zwangeren is een specifieke benadeling die uitsluitend vrouwen kan treffen.
De Commissie is dan ook van oordeel dat verweerster onderscheid op grond van geslacht maakt door het hanteren van de betreffende clausule.
Strijd met de wet.

04 | 69

14 juni 2004

Artikel 7:648 lid 1 BW

Geen onderscheid op grond van arbeidsduur door verhogen eigen bijdrage voor gebruik lease-auto na vermindering arbeidsduur.

Verweerster kent aan de bij haar werkzame managers en buitendienstmedewerkers een lease-auto toe. De eigen bijdrage voor de lease-auto wordt berekend naar rato van de werktijd, uitgaande van de leaseprijs per maand exclusief benzinekosten. Aan ouderschapsverlofgangers wordt een eigen bijdrage berekend naar rato van hun ouderschapsverlofaanspraken.
Volgens verzoeker, de ondernemingsraad van verweerster, is sprake van een ongelijke behandeling van deeltijders en ouderschapsverlofgangers. Voor beide categorieën werknemers is onbeperkt privé-gebruik toegestaan. Toekenning van de lease-auto kan derhalve voor beide categorieën medewerkers worden aangemerkt als beloningscomponent. Er is sprake van een naar rato toekenning van het privé-voordeel van de lease-auto, hetgeen in het onderhavige geval geen onderscheid op grond van arbeidsduur tot gevolg heeft. Het opnemen van ouderschapsverlof leidt niet tot een wijziging in de omvang van de arbeidsduur. Het inhouden van een eigen bijdrage kan daarom niet leiden tot onderscheid op grond van arbeidsduur.
Geen strijd met de wet.

04 | 70

17 juni 2004

Artikel 6 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB

Commissie niet bevoegd te oordelen over afwijzing aanvraag verklaring van vakbekwaamheid.

Verzoekster is van Peruaanse afkomst en heeft de Peruaanse nationaliteit. Zij heeft in Peru een universitaire opleiding tandheelkunde met succes afgerond. Verzoekster heeft bij verweerder, de Minister van VWS, een aanvraag ingediend ter verkrijging van een verklaring van vakbekwaamheid als tandarts. Verweerder heeft deze aanvraag afgewezen. Volgens verzoekster is zij ongelijk behandeld bij de mogelijkheid om haar beroep als

tandarts uit te oefenen. Verzoekster voelt zich hierdoor ongelijk behandeld op grond van haar nationaliteit en ras, aangezien het voor haar als niet-Nederlandse onevenredig moeilijk is om een verklaring van erkenning te verkrijgen.
Verweerder is primair van mening dat de Commissie niet bevoegd is. Subsidiair is verweerder van mening dat de klacht van verzoekster ongegrond is.
De Commissie oordeelt dat het (niet-) verlenen van een verklaring van vakbekwaamheid een bestuursrechtelijk besluit is, dat valt buiten de reikwijdte van de AWGB.
Artikel 7a AWGB geeft uitvoering aan de EG-richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming. Verzoekster komt geen beroep toe op de richtlijn, aangezien het door verzoekster bestreden besluit dateert van voor het verstrijken van de implementatietermijn. De Commissie is derhalve niet bevoegd het handelen van verweerder te toetsen aan de richtlijn. Ook wanneer de richtlijn wel van toepassing zou zijn geweest, is geen sprake van een vorm van sociale bescherming, als bedoeld in de richtlijn of artikel 7a AWGB.
Geen strijd met de wet.

04 | 71

15 juni 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 8 BW

Geen onderscheid op grond van geslacht bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst. Beleid met betrekking tot eisen aan diploma's en opleiding levert weerlegging van het vermoeden op.

Verzoekster was in dienst van verweerster voor bepaalde tijd op de afdeling omhullingen in de functie van operator. Verzoekster functioneerde goed, ondanks dat zij niet de juiste diploma's bezat. In het najaar van 2003 kregen drie mannelijke collega's van verzoekster, die ook een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hadden, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden. Verzoekster vroeg zich af waarom zij geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kreeg en zij had de indruk dat dit te maken had met het feit dat zij vrouw was.
Verweerster heeft de Commissie ervan kunnen overtuigen dat het beleid is bij verweerster om alleen die werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, die in het bezit zijn van de juiste diploma's en opleiding. Verweerster wil graag werknemers in vaste dienst die kunnen doorgroeien naar hogere functies. Verzoekster voldeed niet aan deze eis en daarom werd uiteindelijk haar arbeidsovereenkomst niet verlengd.
Geen strijd met de wet.

04 | 72

17 juni 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

De Commissie acht zich niet bevoegd om te oordelen over de weigering een pruik en een eigen bijdrage voor die pruik te vergoeden op grond van respectievelijk de Zfw en de aanvullende verzekering.

Verzoeker is bij verweerster verzekerd voor ziektekosten op basis van de Ziekenfondswet (Zfw). Verzoeker heeft bij verweerster tevens een aanvullende verzekering afgesloten die uitgebreidere kostenvergoedingen kent. Verzoeker is transseksueel (van man naar vrouw). Verzoeker is gestart met de 'real life'-test, waarbij hem wordt gevraagd te leven overeenkomstig de nieuwe geslachtsrol.
Verzoeker heeft verweerster verzocht om vergoeding van de kosten van een pruik in verband met kaalhoofdigheid.
Verweerster heeft geweigerd verzoeker de kosten van een pruik te vergoeden, omdat verzoeker niet voldoet aan het criterium van artikel 17 van de op de Zfw gebaseerde Regeling hulpmiddelen 1996. Ingevolge dat criterium dient er sprake te zijn van zodanige psychische klachten dat het gebruik van een pruik redelijkerwijs is aangewezen. Tevens heeft verweerster geweigerd om in het kader van de aanvullende verzekering de eigen bijdrage voor een pruik te vergoeden. Hiertoe heeft verweerster overwogen dat de eigen bijdrage eerst wordt vergoed, wanneer er een vergoeding ingevolge de hoofdverzekering heeft plaatsgevonden.
Eenzijdig overheidshandelen valt buiten de reikwijdte van artikel 7 AWGB. Een besluit ter uitvoering van de Zfw dient te worden aangemerkt als eenzijdig overheidshandelen. De Commissie acht zich derhalve niet bevoegd te beoordelen of verweerder onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door verzoeker de vergoeding van de kosten van een pruik te weigeren. De Commissie acht zich evenmin bevoegd te oordelen over de weigering de eigen bijdrage te vergoeden. Hiertoe heeft de Commissie overwogen dat de betreffende bepaling uit de aanvullende verzekering zo nauw is verbonden met de voorziening waarop de Zfw recht geeft,

dat geen sprake is van een zelfstandig te beoordelen recht.
Niet bevoegd.

04 | 73

17 juni 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 1 Besluit gelijke behandeling

De Commissie acht zich niet bevoegd om te oordelen over de intrekking van een subsidie voor de kosten van epilatie, gebaseerd op de Zfw. Verweerster maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door in de aanvullende verzekering te bepalen dat slechts een vergoeding wordt verstrekt aan als vrouw geboren verzekerden.

Verzoeker is bij verweerster verzekerd voor ziektekosten op basis van de Ziekenfondswet (Zfw). Verzoeker heeft bij verweerster tevens een aanvullende verzekering afgesloten die uitgebreidere kostenvergoedingen kent. Verzoeker is transseksueel (van man naar vrouw) en wordt behandeld door het genderteam van het VU-ziekenhuis. Verweerster heeft de verzoeker toegekende vergoeding van de kosten voor epilatie op grond van de Subsidieregeling Epilatie Transseksuelen ingetrokken, omdat de overheid de subsidieregeling heeft ingetrokken. In plaats daarvan heeft verweerster verzoeker op basis van de aanvullende verzekering een tegemoetkoming voor epilatie verstrekt. In de aanvullende verzekering is bepaald dat de kosten voor epilatie slechts worden vergoed aan als vrouw geboren verzekerden.
Het besluit tot intrekking van de vergoeding op grond van de subsidieregeling is gebaseerd op de Zfw. Eenzijdig overheidshandelen valt buiten de reikwijdte van artikel 7 AWGB. Een besluit ter uitvoering van de Zfw dient te worden aangemerkt als eenzijdig overheidshandelen. De Commissie acht zich derhalve niet bevoegd te beoordelen of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de vergoeding op grond van de subsidieregeling in te trekken.
De Commissie is wel bevoegd te oordelen over de aanvullende verzekering.
Door in de aanvullende verzekering te bepalen dat epilatie slechts wordt vergoed aan als vrouw geboren verzekerden, maakt verweerster jegens verzoeker direct onderscheid op grond van geslacht door direct onderscheid te maken op grond van transseksualiteit. Het verbod van onderscheid op grond van geslacht geldt niet in die gevallen waarin het geslacht bepalend is, als genoemd in het Besluit gelijke behandeling. De Commissie oordeelt dat artikel 1, onderdeel b, van dit Besluit, dat bepaalt dat er sprake is van geslachtsbepaaldheid indien als gevolg van lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen, onderscheid op grond van geslacht bij geneeskundige behandeling of verzorging nodig is niet van toepassing is op deze zaak. Aan de orde is immers onderscheid op grond van transseksualiteit, terwijl dit artikelonderdeel betrekking heeft op de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen.
Niet bevoegd. Strijd met de wet.

04 | 74

17 juni 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 7:649 BW
Artikel 7:649 lid 1 BW

Commissie niet bevoegd een oordeel te geven over ongelijke behandeling op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst en de bejegening. Geen onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden. Verboden onderscheid op grond van ras bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst.

Verzoekster is van Oekraïense afkomst. Zij heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster, een instelling voor geestelijke gezondheidszorg, jegens haar onderscheid op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst en/of ras heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden en het aangaan van de arbeidsovereenkomst.
Sinds 22 november 2002 is het maken van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden vanwege de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:649 BW verboden. Het besluit om het dienstverband van verzoekster niet te verlengen, betreft geen arbeidsvoorwaarde en valt daarom niet onder de reikwijdte van dit artikel, waardoor de Commissie niet bevoegd is hierover te oordelen. Aangezien de door verzoekster gestelde discriminatoire bejegening door een collega voor de inwerkingtreding van artikel 7:649 BW heeft plaatsgevonden, is de Commissie evenmin bevoegd hierover te oordelen.
Verzoekster stelt dat een collega, haar leidinggevende en de algemeen manager van haar afdeling opmerkingen hebben gemaakt die samenhangen met haar afkomst. De Commissie oordeelt dat zij

deze stellingen niet nader heeft onderbouwd, waardoor zij geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden bij de bejegening.
Verweerster heeft gesteld dat de beslissing om verzoeksters dienstverband niet te verlengen, is gebaseerd op het onvoldoende functioneren van verzoekster. Een aspect van dit onvoldoende functioneren was gelegen in het onvoldoende beheersen van de Nederlandse taal. Daarmee heeft verweerster indirect onderscheid op grond van ras jegens verzoekster gemaakt. Het niet verlengen van verzoeksters dienstverband, om daarmee de communicatie ten behoeve van de veiligheid van collega's en patiënten te bevorderen, acht de Commissie niet noodzakelijk. Enerzijds, omdat het bevorderen van de communicatie ook bereikt had kunnen worden met een ander middel, zoals het aanbieden van een taalcursus of een functie binnen een andere afdeling. Anderzijds, staat het middel niet in evenredige verhouding tot het doel. Het niet verlengen van het dienstverband van verzoekster, zonder dat daaraan een functioneringsgesprek is voorafgegaan, is een te zwaar middel om het doel te bereiken. Het indirecte onderscheid is op grond hiervan niet objectief gerechtvaardigd.
Niet bevoegd. Wel en geen strijd met de wet.

04 | 75

17 juni 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 1 Besluit gelijke behandeling

Verweerster maakt geen onderscheid op grond van geslacht jegens verzoeker door de sauna één dag per week uitsluitend open te stellen voor vrouwen.

Verzoeker is vaste gast van een sauna die door verweerster wordt geëxploiteerd. Eén dag per week (maandag) is de toegang gereserveerd voor vrouwen. Verzoeker voelt zich hierdoor gediscrimineerd op grond van zijn geslacht.
Verweerster heeft de vrouwendag ingesteld omdat hieraan behoefte bestaat. Bezoeksters hebben daarvoor verschillende redenen, waaronder hun geloofsovertuiging en het zich gemakkelijker voelen onder seksegenoten.
De Commissie oordeelt dat verweerster direct onderscheid maakt op grond van geslacht jegens verzoeker bij het aanbieden van diensten. Het verbod van onderscheid op grond van geslacht geldt niet in die gevallen waarin het geslacht bepalend is. Artikel 1, onderdeel d, van het Besluit gelijke behandeling bepaalt dat het geslacht bepalend kan zijn bij het gebruik van onder meer sauna's die zijn bestemd voor gebruik door twee of meer personen, mits voor mannen en vrouwen gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn. Gegeven de door verweerster aangevoerde redenen voor de voorkeur van bezoeksters voor de vrouwendag, is aannemelijk dat, althans op dit moment, sprake is van een geslachtsbepaalde situatie als bedoeld in het Besluit. De Commissie overweegt dat gelijkwaardigheid in dit verband niet per se identiek betekent. Nu uit de door verweerster overgelegde gegevens blijkt dat het eindresultaat is dat ongeveer evenveel mannen als vrouwen de sauna bezoeken, is voldaan aan het vereiste van een gelijkwaardige voorziening. Hierbij is van belang dat mannen geen behoefte hebben aan een mannendag en dat het niet mogelijk is mannen en vrouwen, tegelijkertijd, gescheiden van elkaar, gebruik te laten maken van de sauna.
Omdat de uitzonderingsgrond van artikel 1, onderdeel d, van het Besluit van toepassing is, heeft verweerster geen verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht.
Geen strijd met de wet.

04 | 76

21 juni 2004

Artikel 7:649 BW
Artikel 7:649 lid 1 BW

Het voor alle werknemers opnemen van een wacht- of drempeltijd van 6 maanden in pensioenregeling en het expliciet uitsluiten van de pensioenregeling van seizoenarbeiders leiden in het specifieke geval van verzoeksters niet tot onderscheid op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst.

Een onderneming die rozenstruiken verpakt en distribueert en een pensioenverzekeraar, hebben de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of het opnemen van een wacht- of drempeltijd in de pensioenregeling of het expliciet uitsluiten van de pensioenregeling van Nederlandse en buitenlandse seizoenarbeiders in strijd is met artikel 7:649 BW.
In het hoogseizoen worden Nederlandse en buitenlandse seizoenarbeiders voor maximaal 4,5 maand ingeschakeld om de piek in de werkzaamheden op te vangen. De onderneming biedt al haar werknemers een pensioenregeling aan in de vorm van een beschikbare premieregeling, die door de pensioenverzekeraar wordt uitgevoerd. De beschikbare premie bedraagt 10% van de pen-

sioengrondslag. De verschuldigde premie komt geheel voor rekening van de werknemers.
Door het opnemen van een wacht- of drempeltijd in de pensioenregeling wordt indirect onderscheid op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst gemaakt, aangezien met name werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hiervan nadeel zullen ondervinden. Door het expliciet uitsluiten van de seizoenarbeiders wordt direct onderscheid op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst gemaakt. Het doel dat verzoeksters met deze regelingen willen bereiken is het voorkomen dat de seizoenarbeiders met de door henzelf te betalen premie uiteindelijk niet of nauwelijks pensioenaanspraken opbouwen, alsmede het voorkomen van een onevenredig zware administratieve en financiële belasting voor verzoeksters. De Commissie oordeelt dat het opnemen van een wachttijd noodzakelijk is om dit legitieme doel te bereiken. De regelingen staan in evenredige verhouding tot het doel en het doel kan niet worden bereikt met een alternatief middel dat niet leidt tot onderscheid. Het onderscheid op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst dat wordt gemaakt is derhalve objectief gerechtvaardigd.
Geen strijd met de wet.

04 | 77

24 juni 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Direct onderscheid op grond van ras door werknemer onvoldoende te beschermen tegen discriminerend gedrag van patiënt. Geen onderscheid op grond van ras bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Een man met een donkere huidskleur is als verpleegkundige werkzaam geweest in een woonvoorziening voor chronische psychiatrische patiënten. Deze woonvoorziening wordt beheerd door verweerster, een stichting. Verzoeker heeft bij de locatiemanager geklaagd over discriminerende uitlatingen van een patiënt. Naar aanleiding van deze klacht heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de locatiemanager, verzoeker en de patiënt. Laatstgenoemde weigerde te praten en is weggelopen. Volgens verzoeker heeft de locatiemanager niets ondernomen en volhardde de patiënt in het maken van discriminerende opmerkingen.
Verzoeker heeft vanwege deze incidenten uiteindelijk ontslag genomen. Volgens verweerster heeft verzoeker aanleiding gegeven tot het creëren van conflictueuze situaties en niet de patiënt. Tussen partijen is niet in geschil dat de patiënt zich discriminerend heeft uitgelaten jegens verzoeker, dat verzoeker over het discriminerend gedrag van de patiënt bij verweerster heeft geklaagd en dat het discriminerend gedrag van de patiënt is blijven voortduren. Verzoeker heeft geen gespreksverslag gehad van de bespreking en is ook anderszins niet geïnformeerd over de door verweerster genomen stappen naar aanleiding van zijn klachten. Deze feiten kunnen doen vermoeden dat verweerster onderscheid heeft gemaakt. Verweerster is er niet in geslaagd te bewijzen dat hij verzoeker afdoende bescherming heeft geboden tegen discriminatie op grond van ras. Verzoeker heeft zelf verzocht om een beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder daarbij aan te geven dat zijn verzoek was ingegeven door een handelen of nalaten van verweerster dat onderscheid tot gevolg had. Verzoeker heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat sprake is geweest van onderscheid bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.
Geen strijd met de wet.

04 | 78

25 juni 2004

Artikel 5 AWGB

Geen onderscheid bij de beloning op grond van geslacht. De salarisgarantieregeling is niet significant nadelig voor vrouwen.

Verzoekster stelt dat verweerder, een hogeschool, jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar lager te belonen dan de door haar aangewezen maatmannen
In het tussenoordeel 2003-56 heeft de Commissie haar functiewaarderingsdeskundige gevraagd onderzoek te doen. Naar aanleiding daarvan is tussen partijen consensus ontstaan over de gelijkwaardigheid van de door verzoekster en de maatmannen vervulde functies.
Verweerder heeft op verzoekster en de maatmannen verschillende beloningsmaatstaven toegepast. Dit verschil is terug te voeren op salarisgaranties die verweerder aan werknemers heeft verstrekt die voor de invoering van functiedifferentiatie in 1993 dienst waren. De maatmannen zijn voor de functiedifferentiatie in dienst getreden en verzoekster daarna. Niet alleen verzoekster maar alle (hogeschool)docenten die na de functiedifferentiatie in dienst zijn getreden konden niet profiteren van de salarisgaranties. Het verschil in beloning ontstijgt dan ook aan individuele vergelijking tussen verzoekster en de maatmannen. Uit

de overgelegde gegevens blijkt dat geen sprake is van een (significante) samenhang tussen de verstrekte salarisgaranties en de mate waarin mannelijke en vrouwelijke docenten verschillend zijn beloond. Er is dan ook geen vermoeden van indirect onderscheid op grond van geslacht.
Geen strijd met de wet.

04 | 79

28 juni 2004

Artikel 5 AWGB

Verzoeker heeft geen feiten aangedragen die kunnen doen vermoeden dat de beëindiging van de arbeidsverhouding verband houdt met zijn godsdienst.

Verzoeker stelt dat verweerster jegens hem onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt bij de beëindiging van de arbeidsverhouding.
Verzoeker had een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze was door de eertijdse leiding van verweerster omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De nieuwe leiding van verweerster heeft vervolgens een procedure opgestart bij de kantonrechter ter ontbinding van de arbeidsovereenkomst met verzoeker.
Tijdens de kantongerechtprocedure heeft verweerster opgemerkt dat verzoeker zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mogelijk te danken heeft gehad aan zijn godsdienstige overtuiging, die hetzelfde zou zijn als de voormalig directeur. Dit duidt erop dat verweerster verzoeker bij het aangaan van de arbeidsverhouding heeft bevoordeeld, hetgeen verzoeker op basis van zijn functioneren kennelijk niet verdiende. Dit laat de mogelijkheid open dat verweerster de ontbinding uitsluitend wilde vanwege disfunctioneren van verzoeker. Om een vermoeden van onderscheid op grond van godsdienst aannemelijk te maken dient verzoeker derhalve andere feiten aan te dragen dan eerdergenoemde verwijzing door verweerster naar zijn godsdienst.
Verzoeker heeft geen concrete voorbeelden kunnen geven waaruit kan worden afgeleid dat hij op grond van zijn godsdienst anders is behandeld dan zijn collega's. Slechts concreet aangevoerde feiten kunnen onderscheid doen vermoeden. Noch in de stukken die verzoeker heeft overgelegd noch in het verhandelde ter zitting zijn dergelijke feiten gebleken.
Geen strijd met de wet.

04 | 80

29 juni 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Direct onderscheid op grond van godsdienst door het afwijzen van een stageplaats in een artsenpraktijk aan een stagiaire met hoofddoek. De klacht aangaande taaleis kan niet worden onderzocht.

Verzoekster volgt een opleiding tot doktersassistente. Zij is moslim en draagt een hoofddoek. In het kader van haar opleiding is zij verplicht stage te lopen. Verzoekster krijgt de artsenpraktijk van verweerder toegewezen door haar school. In een gesprek met verweerder zijn de hoofddoek en godsdienst van verzoekster ter sprake gekomen. Verweerder heeft aan verzoekster meegedeeld dat het dragen van een hoofddoek als uiting van een religie in zijn praktijk niet is toegestaan. Verweerder heeft hiermee direct onderscheid gemaakt jegens verzoekster en in strijd gehandeld met de wet.
Verweerder heeft gesteld dat hij een neutrale seculiere praktijk heeft, die voor eenieder toegankelijk moet zijn. Het dragen van religieuze kleding is in zijn praktijk niet toegestaan. Dit kan duiden op een neutraal criterium, dat personen met een bepaalde godsdienst, waaronder moslimvrouwen met een hoofddoek, in overwegende mate treft. Het door verweerder gehanteerde criterium inzake kledingeisen brengt aldus indirect onderscheid op grond van godsdienst met zich. Er kan een objectieve rechtvaardiging voor indirect onderscheid zijn. Nu de Commissie al tot de conclusie is gekomen dat er sprake is van direct onderscheid op grond van godsdienst ziet zij geen reden om de objectieve rechtvaardiging voor het indirect onderscheid te toetsen. De vraag of er onderscheid is gemaakt op grond van de beheersing van de Nederlandse taal kan niet worden beoordeeld, nu verzoekster dit niet nader heeft onderbouwd.
Strijd met de wet.

04 | 81

1 juli 2004

(mr. M. van den Brink (voorzitter), mr. A.B. Terlouw en mr. M. Greebe)

Artikel 7:649 lid 1 BW

Uitsluiten van tijdelijke, buitenlandse werknemers van deelname aan de pensioenregeling niet objectief gerechtvaardigd.

Verzoekster heeft verzocht om een oordeel omtrent eigen handelen, omdat zij graag wilde weten of het uitsluiten van tijdelijke buitenlandse werknemers van deelname aan de pensioenregeling, objectief gerechtvaardigd was. Verzoekster werft deze buitenlandse, met name uit Polen afkomstige werknemers, via een specifiek werving- en selectiebureau. Verzoekster rechtvaardigt de uitsluiting van Poolse werknemers van deelneming aan de pensioenregeling in de eerste plaats met de stelling dat een uiterst klein pensioen op de lange duur niets oplevert voor de werknemer die premie betaalt. In de tweede plaats wil verzoekster administratieve rompslomp en kosten voorkomen. Met name het voorkomen dat premie wordt betaald die op termijn niets oplevert, beschouwt de Commissie als een gerechtvaardigd en niet discriminerend doel dat zelfs in het belang kan worden geacht van de Poolse werknemers. Verzoekster betaalt aan deze groep werknemers een compensatie die is verwerkt in het uurloon. Deze compensatie is gebaseerd op het werkgeversdeel van de pensioenpremie. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen echter de volledige pensioenpremie van de werkgever, dus ook het werknemersdeel, over de eerste drie maanden van het dienstverband. De compensatie voor de tijdelijke, Poolse werknemers is daarmee onvoldoende en daarmee is uitsluiting van deelname aan de pensioenregeling in combinatie met de compensatie geen geschikt middel.
Strijd met de wet.

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 verzoekster in strijd handelt met de wetgeving gelijke behandeling door Poolse werknemers, die verzoekster via een werving- en selectiebureau specifiek voor de piekperiodes werft, uit te sluiten van haar pensioenregeling.

1.2 Verzoekster heeft schriftelijk een aantal door de Commissie gestelde vragen beantwoord. Op 26 februari 2004 zijn deze antwoorden bij de Commissie ontvangen.

1.3 Op 25 mei 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar verzoekster haar verzoekschrift mondeling heeft toegelicht.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster is een onderneming die zich bezighoudt met logistieke dienstverlening. Bij verzoekster werken ongeveer 170 werknemers. Het grootste gedeelte van de werknemers is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

2.2 Verzoekster heeft een collectieve pensioenregeling ondergebracht bij Zwitserleven. De pensioenregeling bestaat uit een ouderdomspensioen, een nabestaandenpensioen en een overlevingspensioen. Iedere werknemer vanaf de leeftijd van 25 jaar is deelnemer. Verzoekster betaalt tweederde van de pensioenpremie, de werknemer betaalt eenderde.

2.3 Voor alle werknemers geldt een administratieve wachttijd van drie maanden voordat ze worden opgenomen in de pensioenregeling. Na afloop van de wachttijd vindt opname in de regeling plaats met terugwerkende kracht tot de datum van indiensttreding. De over de drie verstreken maanden verschuldigde pensioenpremie wordt geheel door verzoekster betaald. Werknemers die uit dienst zijn getreden voordat de wachttijd is verstreken, worden niet opgenomen.

2.4 De wachttijd van drie maanden is nog niet vastgelegd in het pensioenreglement, maar wordt al wel gehanteerd sinds 1 juli 2003. De pensioenverzekeraar en de werknemers zijn hiervan op de hoogte. De nieuwe tekst voor het reglement ligt klaar, maar er gaat enige tijd overheen voordat de wijzigingen zijn verwerkt door de verzekeraar.

2.5 Verzoekster heeft twee groepen werknemers voor bepaalde tijd in dienst. De eerste groep bestaat uit werknemers die verzoekster zelf werft. Met iedere werknemer die bij verzoekster in dienst treedt, wordt eerst een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. In de regel is dat een arbeids-

overeenkomst voor de duur van zes maanden. Het komt echter ook voor dat een arbeidsovereenkomst met een kortere duur, bijvoorbeeld twee of drie maanden wordt overeengekomen. Vakantie- en oproepkrachten krijgen een arbeidsovereenkomst voor een korte periode van enkele weken.

2.6 De tweede groep werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, bestaat uit de werknemers die verzoekster door een werving- en selectiebureau laat werven om piekperiodes op te vangen. Dit bureau werft tijdelijke werknemers in het buitenland, met name in Polen. Deze vooral uit Polen afkomstige werknemers met een Duits paspoort verblijven slechts tijdelijk, voor één of meer korte periodes, in Nederland. Met deze werknemers wordt in het algemeen een arbeidsovereenkomst voor de duur van twee maanden overeengekomen. Soms wordt een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer eerder beëindigd. Een enkele maal – afhankelijk van de tijd van het jaar – wordt een arbeidsovereenkomst met enkele weken verlengd.

2.7 De Poolse werknemers worden niet opgenomen in de pensioenregeling. In het uurloon dat deze werknemers ontvangen, is hiervoor een compensatie verwerkt. De compensatie is gebaseerd op het werkgeversdeel van de pensioenpremie. Buitenlandse werknemers die zich wel in Nederland vestigen en langer in Nederland verblijven, worden wel opgenomen in de pensioenregeling.

3 TOELICHTING EN MOTIVERING VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoekster neemt de Poolse werknemers niet op in de pensioenregeling, omdat deze werknemers niet de intentie hebben om langere tijd in Nederland te blijven.

3.2 Het is voor deze werknemers daarom niet gunstig om te worden opgenomen in de pensioenregeling. Zij bouwen immers maar over een paar, hooguit drie, maanden pensioen op. Op de lange termijn levert dat niets op. De beheerskosten van een dergelijk klein pensioen zullen hoger zijn dan de uiteindelijke uitkering. Het is voor deze groep werknemers gunstiger om geen pensioenpremie te betalen, maar een compensatie te ontvangen.

3.3 Verzoekster wil graag weten of het uitsluiten van deelname aan de pensioenregeling van de Poolse werknemers, die verzoekster laat werven om piekperiodes op te vangen, in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.

4 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

4.1 In geding is de vraag of verzoekster onderscheid maakt op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving door de Poolse werknemers die verzoekster laat werven om piekperiodes op te vangen, uit te sluiten van de pensioenregeling.

4.2 Allereerst merkt de Commissie op dat verzoekster tijdens de zitting uitdrukkelijk heeft aangegeven geen oordeel te wensen over de vraag of er mogelijk onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit. De Commissie zal daarom alleen een uitspraak doen over de vraagstelling onder punt 4.1.

4.3 Artikel 7:649, eerste lid, Burgerlijk Wetboek verbiedt werkgevers onderscheid te maken bij de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is.

4.4 Verzoekster heeft betoogd dat de Poolse werknemers niet worden benadeeld omdat deelname aan de pensioenregeling voor deze groep werknemers ongunstig is. De kans is groot dat de Poolse werknemers bij deelname aan de pensioenregeling geen uitkering zullen ontvangen op het moment dat zij de pensioengerechtigde leeftijd bereiken omdat het ingelegde kapitaal volledig is opgegaan aan beheerkosten. Zij ontvangen bovendien een compensatie.

4.5 Uit de feiten die naar voren zijn gekomen blijkt echter dat de compensatie die de werkgever deze werknemers verschaft, wordt gerelateerd aan het werkgeversdeel van de pensioenpremie. De Commissie stelt vast dat de Poolse werknemers het nadeel dat ontstaat door het niet-deelnemen aan de pensioenregeling niet volledig krijgen gecompenseerd. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden na drie maanden met terugwerkende kracht opgenomen in de pensioenregeling. Verzoekster heeft gesteld dat zij over

die drie maanden de volledige pensioenpremie betaalt en van de werknemers niet alsnog een bijdrage verlangt. Daarom hebben vaste werknemers een voordeel dat de Poolse werknemers, bij compensatie van alleen het werkgeversdeel van de pensioenpremie, wordt onthouden.

4.6 Nu de compensatie voor de Poolse werknemers niet volledig is, is er sprake van benadeling. Door de Poolse werknemers die voor piekperiodes op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkzaam zijn, uit te sluiten van deelneming aan de pensioenregeling maakt verzoekster derhalve onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.

4.7 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van onderscheid onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

4.8 Verzoekster rechtvaardigt de uitsluiting van Poolse werknemers van deelneming aan de pensioenregeling met de stelling dat een uiterst klein pensioen op de lange duur niets oplevert voor de werknemer die premie betaalt. In de tweede plaats wil verzoekster administratieve rompslomp en kosten voorkomen. Met name het voorkomen dat premie wordt betaald die op termijn niets oplevert, beschouwt de Commissie als een gerechtvaardigd en niet discriminerend doel dat zelfs in het belang kan worden geacht van de Poolse werknemers.

4.9 Het middel – het uitsluiten van Poolse werknemers van deelname aan de pensioenregeling en het bieden van een compensatie die is gebaseerd op het werkgeversdeel van de premie – acht de Commissie echter niet geschikt. De geboden compensatie is onvoldoende omdat hij slechts is gebaseerd op het werkgeversdeel. Werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met verzoekster zijn aangegaan, krijgen met terugwerkende kracht voor de eerste drie maanden ook het werknemersdeel vergoed. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd.

4.10 Nu het hier een verzoek om een oordeel omtrent eigen handelen betreft, zal de Commissie tevens ingaan op de noodzakelijkheid van het middel die aan de orde zou zijn gekomen als de compensatie wel voldoende zou zijn geweest. In dat kader bekijkt de Commissie of er mogelijke alternatieven zijn voor uitsluiting die minder onderscheid tot gevolg hebben.

4.11 Verzoekster heeft ter zitting betoogd dat een zogenaamde afstandsverklaring, waarin expliciet afstand wordt gedaan van het recht op deelname aan de pensioenregeling, praktisch niet haalbaar is. Een afstandsverklaring moet mede worden ondertekend door de eventuele partner van de werknemer. Deze eventuele partners van de groep Poolse werknemers zullen in de meeste gevallen niet in Nederland verblijven, waardoor het lastig is om de afstandverklaring te laten ondertekenen, mede gelet op de korte periode dat de Poolse werknemer zich in Nederland zal bevinden.

4.12 De Commissie acht dit alternatief inderdaad niet haalbaar en onpraktisch. Nu er geen andere alternatieven voor de hand liggen, acht de Commissie het voldoende aannemelijk dat uitsluiting van de Poolse werknemers in combinatie met een compensatie noodzakelijk is om het doel te bereiken.

4.13 Ten overvloede merkt de Commissie ten aanzien van de ter zitting besproken gevolgen van de wachttijd die verzoekster hanteert nog het volgende op.

4.14 De wachttijd van drie maanden die geldt voor alle werknemers die niet behoren tot de groep van uitgesloten Poolse werknemers, kan leiden tot indirect onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De werknemer die een arbeidsovereenkomst voor drie maanden of

minder heeft, zoals bijvoorbeeld de vakantie- of oproepkracht, ondervindt nadeel van de wachttijd. Deze werknemer bouwt geen pensioen op gedurende zijn arbeidsovereenkomst. Werknemers met een arbeidsovereenkomst van een dergelijke korte duur worden door het hanteren van de wachttijd onevenredig meer getroffen dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

4.15 Verzoekster heeft aangegeven dat zij met de wachttijd onnodige administratieve rompslomp en kosten tracht te voorkomen. Daarnaast heeft verzoekster de wachttijd gemotiveerd met de stelling dat een zeer klein pensioen op de lange duur niets oplevert voor de deelnemer. Het werknemersdeel van de premie dat de werknemer betaalt, wordt op de lange duur opgesoupeerd door de beheerkosten. Het is voor de werknemer gunstiger om niet deel te nemen aan de pensioenregeling. De Commissie overweegt dat deze doelen in beginsel legitiem zijn en voldoen aan een werkelijke behoefte. Tevens is het hanteren van een wachttijd een passend middel omdat het geschikt is om deze doelen te bereiken.

4.16 Verzoekster heeft niet nader onderbouwd waarom is gekozen voor een wachttijd van drie maanden. Het is aannemelijk dat er onnodig hoge kosten zijn verbonden aan het slechts gedurende korte tijd deelnemen aan de pensioenregeling en dat een zeer klein pensioen op de lange duur niets oplevert. Verzoekster heeft echter niet inzichtelijk kunnen maken welke kosten met het opnemen van werknemers in de pensioenregeling zijn gemoeid. Niet is uitgesloten dat een wachttijd van twee maanden, of wellicht juist vier maanden, ook het gewenste doel zou kunnen dienen. Dat een wachttijd van drie maanden noodzakelijk is, is derhalve niet aangetoond. Het is daarom de vraag of het maken van indirect onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst objectief gerechtvaardigd is.

4.17 De Commissie merkt tenslotte nog op dat zij – als verzoekster haar had gevraagd het uitsluiten van de Poolse werknemers van deelname aan de pensioenregeling te toetsen aan het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit zoals neergelegd in artikel 1, onderdeel b, Algemene wet gelijke behandeling – naar alle waarschijnlijkheid had geoordeeld dat verzoekster met het uitsluiten van de Poolse werknemers, afhankelijk van de formulering, direct of indirect onderscheid maakt op grond van nationaliteit.

5 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . verboden onderscheid maakt op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst door Poolse werknemers, die verzoekster werft via een werving- en selectiebureau om piekperiodes op te vangen, uit te sluiten van de pensioenregeling.

04 | 82

30 juni 2004

Artikel 5 AWGB

Verzoeksters klacht over seksuele intimidatie is niet zorgvuldig behandeld. Verweerster heeft het wel of niet verlengen van de arbeidsovereenkomst niet voldoende gescheiden gehouden van verzoeksters klacht over seksuele intimidatie.

Verzoekster vraagt de Commissie met spoed te beoordelen of verweerster onderscheid naar geslacht heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden en bij het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst. Verzoekster heeft gesteld seksueel intimiderend te zijn bejegend door de directeur. Verweerster heeft besloten haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verlengen. Aangezien de zaak met spoed is behandeld, kan de Commissie niet vaststellen of sprake is geweest van seksueel intimiderend gedrag. Het onderzoek spitst zich met name toe op de klachtenbehandeling. Artikel 7:646, eerste lid, BW bepaalt dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden en bij het (niet) aangaan van een arbeidsovereenkomst. Vaststaat dat verzoekster de directeur kenbaar heeft gemaakt last te hebben van zijn (seksueel intimiderend) gedrag. De directeur heeft dit opgevat als een 'impliciete beschuldiging naar ongewenste intimiteiten'. De directeur heeft weliswaar geprobeerd met verzoekster te spreken, maar heeft niet gehandeld overeenkomstig een zorgvuldige klachtenprocedure. Verweerster is derhalve haar zorgverplichting als werkgever niet nagekomen. Verweerster heeft de wel of niet verlenging van verzoeksters arbeidsovereenkomst daarnaast niet voldoende gescheiden van verzoek-

sters klacht over seksuele intimidatie. Geoordeeld wordt dat verweerster jegens verzoekster zowel bij de arbeidsvoorwaarden als bij het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. De Commissie beveelt verweerster aan een nieuw besluit te nemen over verzoeksters functioneren, waarbij het beoordelingstraject en de klachtenprocedure strikt van elkaar gescheiden worden gehouden.
Strijd met de wet.

04 | 83

5 juli 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

Direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Werkgever kan niet bewijzen dat het WAO-verleden van sollicitante geen rol heeft gespeeld bij de afwijzing voor de functie.

Verzoekster heeft bij verweerster gesolliciteerd naar een functie. Aangezien verweerster in de vacature vraagt om een voltijder heeft verzoekster expliciet aangegeven dat zij slechts in deeltijd wil werken. Verzoekster is niettemin uitgenodigd voor een tweede gesprek en uiteindelijk een arbeidsvoorwaardengesprek. Tijdens het arbeidsvoorwaardengesprek heeft verzoekster met verweerster haar werkdagen vastgelegd en is een afspraak gemaakt voor de eerste werkdag. Tevens hebben er tijdens dit gesprek salarisonderhandelingen plaatsgevonden waarover, met een voorbehoud van verzoekster, overeenstemming werd bereikt. Vervolgens heeft verzoekster verweerster meegedeeld dat zij drie maanden zwanger was en gedeeltelijk arbeidsongeschikt, maar dat dit laatste geen invloed zou hebben op het werk. De volgende dag werd verzoekster alsnog afgewezen voor de functie. Verzoekster meent dat verweerster haar heeft afgewezen vanwege haar WAO-verleden. Verweerster stelt dat zij verzoekster enkel en alleen heeft afgewezen omdat zij niet voltijds beschikbaar was.
Nu verweerster gedurende de sollicitatieprocedure op de hoogte was van het feit dat verzoekster slechts de functie in deeltijd wilde vervullen en pas na de mededeling van verzoekster over haar WAO-verleden heeft vastgehouden aan de voltijdseis, acht de Commissie niet bewezen dat het WAO-verleden van verzoekster geen rol heeft gespeeld bij de afwijzing voor de functie.
Strijd met de wet.

04 | 84

5 juli 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Geen onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden als gevolg van een in 1985 ingevoerde salarisgarantieregeling in de gezondheidszorg.

Verzoeksters zijn verpleeghuisarts en werkzaam geweest in het verpleeg- en revalidatiecentrum van verweerder. Verzoeksters startten hun werkzaamheden in de gezondheidszorg na 1 januari 1985. Met ingang van die datum is het FWG-functiewaarderingssyteem ingevoerd in de gezondheidszorg. Op basis van de waarderingsresultaten van dit systeem werden verpleeghuisartsen met ingang van 1 januari 1985 lager ingeschaald dan voor die datum. Werknemers van wie de functie lager werd ingeschaald, konden een beroep doen op een salarisgarantieregeling.
Verzoeksters voeren aan dat door de functiewaardering de vanaf 1985 in dienst getreden verpleeghuisartsen – in toenemende mate vrouwen – lager worden gesalarieerd dan de voor de bezuinigingsmaatregel aangestelde verpleeghuisartsen (merendeels mannen), die op basis van de salarisgarantieregeling nog steeds een aanvulling ontvangen op hun salaris.
De Commissie stelt vast dat verzoeksters deze stelling niet hebben kunnen onderbouwen met concrete gegevens. De Commissie acht dergelijke gegevens nodig omdat de toename van het aantal vrouwelijke verpleeghuisartsen in de loop der jaren niet noodzakelijkerwijze tot de conclusie leidt dat meer mannelijke dan vrouwelijke werknemers in aanmerking komen voor de salarisgarantieregeling. Ook de Commissie is er – via haar functiewaarderingsdeskundige – niet in geslaagd gegevens te verkrijgen. De conclusie luidt dat er sinds het mogelijke onderscheid kennelijk een dusdanige termijn is verstreken dat in redelijkheid geen (verder) onderzoek kan plaatsvinden.
Geen strijd met de wet.

04 | 85

5 juli 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden als gevolg van een in de CAO voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen neergelegde salarisgarantieregeling.

Verweerders zijn de partijen bij de CAO voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen.
Verzoeksters zijn verpleeghuisarts en werkzaam geweest in het verpleeg- en revalidatiecentrum van verweerder in de gevoegde zaak. Verzoeksters startten hun werkzaamheden in de gezondheidszorg na 1 januari 1985.
Met ingang van die datum is het FWG-functiewaarderingssyteem ingevoerd in de gezondheidszorg. Op basis van de waarderingsresultaten van dit systeem werden verpleeghuisartsen met ingang van 1 januari 1985 lager ingeschaald dan voor die datum. Werknemers van wie de functie lager werd ingeschaald, konden een beroep doen op een salarisgarantieregeling.
Verzoeksters voeren aan dat door de functiewaardering de vanaf 1985 in dienst getreden verpleeghuisartsen – in toenemende mate vrouwen – lager worden gesalarieerd dan de voor de bezuinigingsmaatregel aangestelde verpleeghuisartsen (merendeels mannen), die op basis van de in de CAO getroffen salarisgarantieregeling nog steeds een aanvulling ontvangen op hun salaris.
De Commissie stelt vast dat verzoeksters deze stelling niet hebben kunnen onderbouwen met concrete gegevens. De Commissie acht dergelijke gegevens nodig omdat de toename van het aantal vrouwelijke verpleeghuisartsen in de loop der jaren niet noodzakelijkerwijze tot de conclusie leidt dat meer mannelijke dan vrouwelijke werknemers in aanmerking komen voor de salarisgarantieregeling. Ook de Commissie is er – via haar functiewaarderingsdeskundige – niet in geslaagd gegevens te verkrijgen. De conclusie luidt dat er sinds het mogelijke onderscheid kennelijk een dusdanige termijn is verstreken dat in redelijkheid geen (verder) onderzoek kan plaatsvinden.
Geen strijd met de wet.

04 | 86

6 juli 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 5 BW
Artikel 7:646 lid 8 BW

Onderscheid op grond van geslacht doordat verweerder verzoekster onvoldoende heeft beschermd tegen discriminatie op de werkvloer.

Verzoekster is sinds augustus 2001 in dienst bij verweerder als planner. Verzoekster is de enige op haar afdeling met kleine kinderen. Zij werkt in deeltijd. Verzoekster heeft aangevoerd dat een collega discriminerende opmerkingen jegens haar heeft gemaakt die verband houden met haar moederschap en haar arbeidsduur en dat verweerder haar daartegen onvoldoende heeft beschermd. Verweerder heeft niet betwist dat de collega dergelijke opmerkingen heeft gemaakt, maar heeft zich vooral gericht op de wijze waarop hij met de klachten van verzoekster is omgegaan. Voorts staat vast dat de collega bekend staat als iemand die frequent en gemakkelijk moppert en dat andere collega's hierover ook hebben geklaagd. Uit verschillende mails blijkt dat verweerder de collega op haar onvriendelijke gedrag heeft aangesproken, dat de verhoudingen tussen verzoekster en de collega zijn verhard, dat verzoekster ook in een gesprek met een personeelsmedewerker de problemen met de collega heeft aangekaart en dat verzoekster per mail een klacht heeft ingediend bij haar direct leidinggevende. De klacht is niet behandeld conform de toen geldende klachtenregeling. Naar het oordeel van de Commissie is niet gebleken van een zorgvuldige klachtenbehandeling. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat verzoekster voldoende feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.
Verweerder heeft zich niet voldoende ingespannen om een oplossing te vinden voor het probleem. Hoewel de leidinggevende van verzoekster heeft begrepen dat verzoekster zich door het gewraakte gedrag van haar collega aangesproken heeft gevoeld op haar moederschap, heeft noch eerstgenoemde noch de personeelsmedewerker de klacht geduid als een klacht over verboden onderscheid. De klacht is bijgevolg niet als zodanig behandeld. De klacht van verzoekster was van zodanig gewicht dat in ieder geval een zorgvuldige klachtenbehandeling en follow-up op zijn plaats was geweest. Verweerder heeft niet bewezen dat geen verboden onderscheid naar geslacht is gemaakt.
Onderscheid op grond van geslacht.

Nu is vastgesteld dat verweerder verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van moederschap en slechts in subsidiaire zin is verzocht om een oordeel over de vraag of sprake was van onderscheid op grond van arbeidsduur, behoeft deze vraag niet meer te worden beantwoord.
Strijd met de wet.

04 | 87

6 juli 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 10 AWGB

Geen onderscheid op grond van godsdienst bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst en bij de bejegening.

Verweerster is een stichting voor het algemeen bijzonder onderwijs. Verzoekster draagt sinds 14 april 2002 een hoofddoek. Verzoekster was van 1 februari 2002 tot 1 februari 2003 via een uitzendbureau in dienst bij verweerster als docent. Per 1 februari 2003 is verzoekster bij verweerster in dienst getreden voor bepaalde tijd tot 1 augustus 2003. De arbeidsovereenkomst met verzoekster is niet verlengd. Tijdens een vergadering begin april 2003 werd aan verzoekster en een aantal collega's meegedeeld dat wegens bezuinigingen de tijdelijke krachten moesten vertrekken. Verzoekster is van mening dat bij de beslissing van verweerster de arbeidsovereenkomst niet te verlengen een doorslaggevende rol heeft gespeeld dat zij tijdens het dienstverband een hoofddoek is gaan dragen. Het staat vast dat verzoekster bij haar aanstelling al negen maanden een hoofddoek droeg. Op het moment dat werd aangezegd dat de tijdelijke contracten niet zouden worden verlengd, was nog geen sprake van een conflict tussen verzoekster en verweerster. De Commissie concludeert dat de feiten die verzoekster heeft aangevoerd geen onderscheid op grond van godsdienst bij het niet verlengen van haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen doen vermoeden.
Verzoekster legt de Commissie ook de vraag voor of verweerster haar voldoende heeft beschermd tegen discriminatoire bejegening.
Het staat vast dat de hoofddoek van verzoekster heeft geleid tot spanningen binnen het team. Verweerster heeft niet betwist dat er vervelende opmerkingen zijn gemaakt met betrekking tot de hoofddoek van verzoekster en dat zij hierover bij haar leidinggevende heeft geklaagd. Hetgeen tussen partijen vaststaat kan in onderling verband doen vermoeden dat verzoekster op grond van haar godsdienst discriminatoir is bejegend op de werkvloer en dat verweerster haar daartegen onvoldoende heeft beschermd.
Verweerster heeft naar aanleiding van de klacht van verzoekster zelfstandig en zorgvuldig onderzoek op de werkvloer ingesteld. De leidinggevenden van verzoekster hebben met de desbetreffende collega's en met verzoekster naar behoren regelmatig gecommuniceerd over de bejegening van verzoekster door collega's. Verzoekster is een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden, ondanks de spanningen op de werkvloer. Verweerster heeft een deugdelijke klachtenregeling. De Commissie oordeelt dat verweerster heeft bewezen dat zij niet in strijd met de AWGB heeft gehandeld.
Geen strijd met de wet.

04 | 88

8 juli 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Indirect onderscheid op grond van nationaliteit. De aangedragen objectieve rechtvaardigingsgrond kan niet door de Commissie worden beoordeeld zonder nadere informatie van de opdrachtgever over de functie van grondstewardess. Zaak wordt aangehouden tot nader te bepalen zitting waarbij de opdrachtgever als getuige zal worden gehoord.

Verzoekster heeft de Italiaanse nationaliteit. Verweerster is een arbeidsbemiddelaar met 100 vestigingen verspreid over Nederland. Voor een opdrachtgever die wereldwijd diensten verzorgt voor een dertigtal vliegtuigmaatschappijen heeft verweerster een vacature uitgezet voor grondstewardess. Voor het vervullen van deze functie treden werknemers op basis van een uitzendovereenkomst bij verweerster in dienst. In de vacature is als functie-eis onder meer opgenomen 'een uitstekende beheersing van de Nederlandse en Engelse taal'. Voorts is in het functieprofiel aangegeven dat de beheersing van een andere vreemde taal (Turks, Marokkaans, Frans of Italiaans) een pre is voor de functie. Naar aanleiding van haar sollicitatiebrief is verzoekster telefonisch benaderd door een senior consultant van verweerster. Bij deze telefonische intake is verzoekster medegedeeld dat zij niet voor de functie in aanmerking komt vanwege haar Italiaanse accent. Tijdens de zitting gaf verweerder aan dat het accent de reden was voor het afwijzen van verzoekster. Verweerster stelde dat de opdrachtgever schade, veroorzaakt door de mogelijke verwarring bij passagiers, wilde voorkomen.

De CGB heeft nadere informatie nodig over de concrete bedrijfsvoering van de opdrachtgever van verweerster. Ter zitting is gebleken dat verweerster niet over de vereiste informatie beschikt. Derhalve moet de behandeling van de zaak worden aangehouden.
Tussenoordeel.

04 | 89

13 juli 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Het kledingvoorschrift voor de lessen lichamelijke opvoeding kan in situaties die niet door de daarbij voorgestelde uitzonderingsbepaling worden bestreken in bepaalde gevallen onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg hebben.

Verzoekster beheert dertien scholen. Namens een van deze scholen heeft zij de Commissie gevraagd te beoordelen of het door deze school opgestelde kledingvoorschrift voor de lessen lichamelijke opvoeding en de daarin opgenomen uitzonderingsbepaling, dat ook alleen voor deze school zal gelden, in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving.
De voorgeschreven sportkleding bestaat uit een T-shirt en een korte broek. Om tegemoet te komen aan bezwaren van leerlingen, die vanwege hun geloofsovertuiging niet willen deelnemen in de voorgeschreven sportkleding aan de lessen lichamelijke opvoeding, heeft de school een uitzonderingsbepaling op het kledingvoorschrift geformuleerd waardoor het mogelijk is in een legging en sporthoofddoek aan de lessen deel te nemen.
De Commissie oordeelt dat door toepassing van het kledingvoorschrift indirect onderscheid op grond van godsdienst wordt gemaakt omdat hierdoor leerlingen die vanwege hun geloofsovertuiging bepaalde lichaamsdelen willen bedekken, worden getroffen. Door de voorgestelde uitzonderingsbepaling wordt in veel gevallen het indirecte onderscheid opgeheven. Doordat de uitzonderingsbepaling limitatief is geformuleerd, is het echter denkbaar dat er leerlingen zijn voor wie de mogelijkheden die de uitzonderingsbepaling biedt, onvoldoende tegemoetkomen aan de eisen die hun geloofsovertuiging stelt. In bepaalde situaties kan er derhalve sprake zijn van indirect onderscheid.
Het doel van het kledingvoorschrift is het waarborgen van veiligheid, hygiëne en herkenbaarheid tijdens de lessen lichamelijke opvoeding. De Commissie oordeelt dat het kledingvoorschrift niet noodzakelijk is omdat er andere mogelijkheden zijn om sportkleding voor te schrijven die voldoen aan de eisen van veiligheid, hygiëne en herkenbaarheid en die tevens tegemoet komen aan de religieuze bezwaren van sommige leerlingen tegen de voorgeschreven sportkleding. Verzoekster zal dan ook in de situaties die niet door de uitzonderingsbepaling worden bestreken steeds moeten afwegen of er andere mogelijkheden zijn om aan de religieuze bezwaren tegen het kledingvoorschrift te voldoen, zonder dat de veiligheid, hygiëne en herkenbaarheid in gevaar zijn.
De Commissie oordeelt derhalve dat toepassing van het kledingvoorschrift in specifieke situaties niet objectief gerechtvaardigd is, zodat bij toepassing van het kledingvoorschrift sprake kan zijn van verboden onderscheid.
Strijd met de wet.

04 | 90

12 juli 2004

(mr. H.F. van den Haak (voorzitter), mr. A.B. Terlouw en mr. dr. A.C. Hendriks)

artikel 4 WGBH/CZ

Een verzekeringsmaatschappij handelt in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte door de tandheelkundige behandeling van gehandicapten anders te vergoeden dan de tandheelkundige behandeling van niet-gehandicapten.

De vader van een minderjarige gehandicapte jongen klaagt over een bepaling in zijn particuliere ziektekostenverzekering. Hij is op grond van zijn arbeidsovereenkomst verplicht verzekerd door middel van een collectieve ziektekostenverzekering. Ook zijn gezinsleden verplicht verzekerd. De verzekeringsmaatschappij heeft in de polisvoorwaarden opgenomen dat verzekerden met een lichamelijke of verstandelijke handicap tandheelkundige hulp op basis van 75% vergoed krijgen als door die handicap een langere dan de gebruikelijke tijdsduur voor de behandeling nodig is.
Volgens de verzekeringsmaatschappij is de Commissie niet bevoegd over deze zaak te oordelen omdat zij geen werkgever is. Daarnaast acht zij de regeling niet benadelend voor gehandicapten.
De Commissie verklaart zichzelf bevoegd nu het in dit geval gaat om een arbeidsvoorwaarde. Omdat de regeling nadelig is voor gehandicapten, is sprake van onderscheid.
Strijd met de wet.

1 PROCESVERLOOP

1.1 Bij verzoekschrift met bijlagen heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster in strijd heeft gehandeld met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) door de tandheelkundige kosten van de gehandicapte zoon van verzoeker niet volledig te vergoeden.

1.2 Verzoeker heeft bij brief met bijlagen, door de Commissie ontvangen op 4 mei 2004, gereageerd op schriftelijk door de Commissie gestelde vragen.

1.3 Op 17 mei 2004 heeft verweerster een van bijlagen voorzien verweerschrift ingediend.

1.4 Op 10 juni 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

2 FEITEN

2.1 Verzoeker is particulier verzekerd voor ziektekosten door middel van de collectieve ziektekostenverzekering die zijn werkgever heeft afgesloten met verweerster. De verzekering is van toepassing op verzoeker en zijn gezin.

2.2 Verzoeker heeft een minderjarige gehandicapte zoon, geboren op 22 augustus 1995. Deze zoon is meeverzekerd op de ziektekostenpolis van verzoeker.

2.3 De zoon van verzoeker heeft ter voorbereiding op een grotere ingreep, een tandheelkundige behandeling ondergaan bij . . . . , hierna: de stichting. Dit is een centrum voor bijzondere tandheelkunde voor onder andere mensen met een handicap. Verweerster heeft de tandheelkundige behandeling voor 75% vergoed en beroept zich hierbij op artikel 3, tweede lid, onderdeel b, polisvoorwaarden.

2.4 Artikel 3, tweede lid, onderdeel b, polisvoorwaarden luidt als volgt:

'voor verzekerden met een lichamelijke of verstandelijke handicap:

Als door een lichamelijke of verstandelijke handicap een langere dan de gebruikelijke tijdsduur voor de behandeling nodig is, hebben deze verzekerden bij behandeling door een tandarts of mondhygiënist recht op een vergoeding op basis van 75% van het uurtarief dat het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG) voor de behandeling heeft vastgesteld;
Voorwaarden:
- OHRA moet vooraf schriftelijk toestemming verlenen voor de behandeling;
- deze vergoeding geldt alleen als de betreffende verzekerde geen recht heeft op tandheelkundige verstrekkingen ingevolge de AWBZ.'

2.5 Artikel 3, tweede lid, onderdeel c, polisvoorwaarden, waarvoor verzoeker de aandacht van de Commissie heeft gevraagd, luidt als volgt:

'voor verzekerden met een tandheelkundige afwijking:

De verzekerde heeft recht op een vergoeding van kosten van tandheelkundige hulp in bijzondere gevallen. Hiervan is sprake als een lichamelijke aandoening of een aangeboren of verworven tandheelkundige afwijking heeft geleid tot een ernstige functiestoornis van het kauwstelsel.

Voorwaarden:
- OHRA moet vooraf schriftelijk toestemming geven voor de behandeling;
- om in aanmerking te komen voor tandheelkundige hulp in bijzondere gevallen moet voldaan worden aan de voorwaarden zoals die zijn opgenomen in de brochure over tandheelkundige hulp in bijzondere gevallen. Deze brochure is op aanvraag verkrijgbaar bij het Teleservice Team;
- de behandeling moet plaatsvinden in een centrum voor tandheelkundige hulp;
- de behandeling moet een benadering in teamverband vereisen en/of een bijzondere deskundigheid.'

2.6 De echtgenote van verzoeker heeft zich bij verweerster beklaagd over de vergoedingen die verweerster uitkeert ten behoeve van haar zoon en over de wijze waarop zij telefonisch te woord is gestaan door verweerster.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoeker heeft via zijn werkgever een ziektekostenverzekering bij verweerster afgesloten. Het betreft een verplichte collectieve verzekering. Zowel verzoeker als zijn kinderen zijn verplicht verzekerd bij

verweerster. Alleen als sprake is van een verplichte ziekenfondsverzekering kan een gezinslid zich elders verzekeren.

3.2 Verzoeker heeft vijf kinderen, van wie er twee een handicap hebben. Zijn werkgever is al meerdere malen van ziektekostenverzekeraar veranderd. Verzoeker heeft geregeld problemen gehad met ziektekostenverzekeraars over de ziektekosten van zijn gehandicapte kinderen.

3.3 Verzoeker heeft bij zijn werkgever geïnformeerd of het mogelijk was de verzekering individueel op te zeggen. Nadat de afdeling personeelszaken van de werkgever navraag had gedaan bij verweerster, heeft verzoeker vernomen dat opzegging alleen mogelijk is als hij ontslag neemt.

3.4 De zoon van verzoeker wordt tandheelkundig behandeld bij de stichting omdat zijn gezicht aan één kant is vervormd (syndroom van Goldenhar), hij een subtotale spleet in zijn gehemelte heeft en een hartstilstand heeft gehad na een injectie. Daarnaast is hij autistisch. De stichting behandelt hem niet in de eigen polikliniek maar in een ziekenhuis.

3.5 Verzoeker meent dat artikel 3, tweede lid, onderdeel b, polisvoorwaarden in strijd is met de WGBH/CZ. De stichting biedt een voorziening ten behoeve van mensen met een handicap of chronische ziekte aan, zoals bedoeld in artikel 3, eerste lid, onderdeel b, WGBH/CZ.

3.6 In de wet staat niet dat personen/verzekerden die zijn aangewezen op een dergelijke voorziening, de kosten daarvan geheel of gedeeltelijk zelf moeten dragen. Wie gebruik maakt van deze voorziening, kan nergens anders terecht en heeft geen mogelijkheid de hogere kosten die de voorziening vraagt voor haar werk elders te declareren. Doordat verweerster de kosten gedeeltelijk afwentelt op de patiënten, betalen de patiënten voor het in stand houden van de voorziening en draagt verweerster alleen de reguliere kosten.

3.7 Gehandicapten moeten voortdurend eigen bijdragen betalen. Niet-gehandicapten hoeven dat niet. Een reguliere tandarts die een niet-gehandicapte behandelt, krijgt per verrichting betaald. Een bijzondere tandarts die een gehandicapte behandelt, krijgt per uur betaald. Als een reguliere tandarts bijvoorbeeld zes patiënten behandelt in een uur, kost dat evenveel als een bijzondere tandarts die een uur bezig is met een gehandicapte.

3.8 Bij verzoekers zoon is sprake van een aangeboren tandheelkundige afwijking in de zin van artikel 3, tweede lid, onderdeel c, polisvoorwaarden.

3.9 Verweerster heeft in haar schriftelijk verweer laten weten dat zij alsnog tot vergoeding over zal gaan, maar het is onduidelijk hoeveel zij gaat vergoeden.

3.10 Verweerster is onzorgvuldig geweest bij de behandeling van de klacht. Aan de telefoon is gezegd dat verzoeker blij moet zijn dat er nog iets wordt vergoed. Schriftelijke klachten worden steeds door dezelfde medewerkers van verweerster behandeld.

3.11 Niet de werkgever, maar de verzekeraar maakt onderscheid. Verzoeker wil daarom geen klacht indienen tegen de werkgever.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERSTER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 De WGBH/CZ is niet van toepassing omdat verweerster geen werkgever is maar een ziektekostenverzekeraar. Mocht de Commissie menen dat de WGBH/CZ wel van toepassing is, dan geldt het volgende.

4.2 Verweerster heeft een collectief contract afgesloten met de werkgever van verzoeker.

4.3 In het algemeen geldt bij collectieve contracten het volgende. Verweerster spreekt met een werkgever af hoe de acceptatie plaatsvindt en hoe de polisvoorwaarden luiden. Een werkgever heeft in principe een inspanningsverplichting om er voor te zorgen dat zoveel mogelijk werknemers deelnemen aan de verzekering. Verweerster kan niet afdwingen dat 100% van de werknemers deelneemt. De polisvoorwaarden laten de mogelijkheid voor de werknemer open om de verzekering bij verweerster op te zeggen. Daar staat tegenover dat verweerster het contract met de werkgever kan beëindigen of wijzigen als te weinig werknemers deelnemen.

4.4 De vergoeding van kosten voor tandheelkundige behandeling is in de particuliere ziektekostenverzekering van verweerster opgesplitst in vier rubrieken:
1) kaakchirurgische hulp van specialistische aard;

2) orthodontische hulp;
3) tandheelkundige hulp voor volwassenen;
4) tandheelkundige hulp voor jeugdigen beneden de leeftijd van 18 jaar.

4.5 Verweerster sluit hiermee aan bij de Ziekenfondswet en de daarvan afgeleide Regeling tandheelkundige hulp ziekenfondsverzekerden (RTHZ) en de door de overheid vastgestelde voorwaarden van de Standaardpakketpolis (SPP).

4.6 Categorie 1 wordt volledig vergoed, behoudens enkele kleine uitzonderingen. Categorie 2 wordt vergoed tot een bepaald bedrag of een bepaald percentage. Categorie 3 wordt noch volgens de SPP, noch volgens de RTHZ, noch volgens particuliere polissen vergoed. Tandheelkundige zorg voor volwassenen kan alleen worden verzekerd door middel van apart daarvoor afgesloten aanvullende verzekeringen. Met betrekkking tot categorie 4 geldt het volgende. In de RTHZ en de SPP wordt de zorg voor jeugdigen beperkt tot een limitatief opgesomd aantal behandelingen. Verweerster hanteert een onbeperkte indicatie en een maximum bedrag van € 500,– per jaar.

4.7 Omdat verweerster meent dat door deze vierdeling een aantal categorieën patiënten tekort wordt gedaan, heeft zij, analoog aan de ziekenfondsregeling en de regeling in de SPP, de artikelen 3, tweede lid, onderdelen b en c in de polisvoorwaarden opgenomen.

4.8 Artikel 3, tweede lid, onderdeel c, polisvoorwaarden geldt voor een limitatieve groep tandheelkundige afwijkingen die staan vermeld in de regeling tandheelkundige hulp in bijzondere gevallen. Uit het advies van de tandheelkundig adviseur van verweerster is gebleken dat de zoon van verzoeker geen tandheelkundige afwijking heeft als hier bedoeld. Verzoeker komt daarom niet in aanmerking voor een vergoeding op basis van deze bepaling.

4.9 In artikel 3, tweede lid, onderdeel b, polisvoorwaarden wordt extra zorg geregeld voor patiënten met een geestelijke en/of lichamelijke (niet-tandheelkundige) afwijking waarbij reguliere zorg – naar omvang of uitvoering – niet toereikend is. Het gaat om een extra vergoeding van de hogere kosten die een patiënt maakt ten gevolge van een geestelijke en/of lichamelijke (niet-tandheelkundige) afwijking.

4.10 Indien een huistandarts er niet in slaagt een patiënt met een geestelijke of lichamelijke afwijking de tandheelkundige verzorging te geven die deze patiënt nodig heeft, verwijst hij deze patiënt naar een tandarts met bijzondere deskundigheid of naar een centrum voor bijzondere tandheelkunde.

4.11 De tandheelkundige behandeling van deze categorie patiënten wordt – in tegenstelling tot de behandeling van niet-gehandicapten – niet op verrichtingenbasis vergoed. Het CTG heeft een tijdstarief vastgesteld omdat de behandelaars anders tekort zouden komen vanwege de langere duur van de verrichtingen die zij doen. De stichting heeft van het CTG een speciaal op haar situatie toegesneden tariefcode ontvangen van € 244,60 per behandeluur.

4.12 Verweerster heeft zelf mogen bepalen dat behandelingen van kinderen jonger dan 18 jaar tot maximaal € 500,– per jaar worden vergoed en dat bijzondere tandheelkundige verrichtingen voor 75% worden vergoed, ongeacht de leeftijd van patiënt. Het CTG schrijft dit niet voor. Verweerster heeft voor haar voorwaarden inzake verzekerden jonger dan 18 jaar aangesloten bij de regels die gelden voor de ziekenfondsverzekering.

4.13 Een gehandicapte die jonger is dan 18 jaar, krijgt een behandeling van € 500,– euro voor 75% vergoed. Meestal zijn de kosten van een behandeling van een gehandicapte hoger en zullen zij boven dit bedrag uitkomen. Ook dan geldt dat de kosten voor 75% worden vergoed.

4.14 Er is sprake van een handicap als een verzekerderde door bepaalde persoonlijke omstandigheden, waaronder angst, niet kan worden behandeld door een reguliere tandarts. Verweerster bepaalt of de verzekerde gehandicapt is na advies van haar tandheelkundig adviseur.

4.15 De adviseur van verweerster heeft verweerster laten weten dat de zoon van verzoeker vanwege autisme naar de stichting gaat en niet vanwege een gebitsafwijking. De adviseur heeft deze conclusie getrokken op basis van schriftelijke informatie zonder de zoon van verzoeker te zien.

4.16 Omdat de onderhavige kosten op grond van de standaardpakketpolis wel voor vergoeding in aanmerking zouden zijn gekomen, is verweerster – hoewel daartoe niet verplicht – bereid de behandeling van de zoon van

verzoeker te vergoeden. Het gaat om een volledige vergoeding die structureel geldt voor behandelingen van dezelfde aard voor dit kind.

4.17 Verweerster neemt in overweging de polisvoorwaarden per de eerst volgende gelegenheid op dit punt aan te passen. Zij kan nog niet aangeven hoe de eventuele aanpassing zal luiden en of deze doorgang zal vinden.

5 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

Bevoegdheid

5.1 Verweerster betwist de bevoegdheid van de Commissie om de voorgelegde vragen te beoordelen, nu verzoeker zijn klacht heeft gericht tegen de ziektekostenverzekeraar en niet tegen zijn werkgever. Ter beantwoording van de bevoegdheidsvraag strekken de volgende overwegingen.

5.2 De WGBH/CZ verbiedt het maken van onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte onder meer bij de arbeidsvoorwaarden.

5.3 Het begrip arbeidsvoorwaarden is bij de totstandkoming van de WGBH/CZ niet gedefinieerd. Andere wetgeving geeft evenmin uitsluitsel over de manier waarop het begrip arbeidsvoorwaarden in de WGBH/CZ moet worden uitgelegd. Dit begrip ziet vanouds op afspraken en regelingen die tussen de werkgever en werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen of die hier gedurende het dienstverband (al dan niet feitelijk) aan zijn toegevoegd.

5.4 De WGBH/CZ is van toepassing op eenieder die actief is op een van de in de wet genoemde terreinen. Wat de arbeid betreft gaat het niet alleen om werkgevers maar ook om anderen voorzover zij activiteiten ontplooien die in artikel 4 WGBH/CZ zijn genoemd. In de wetsgeschiedenis zijn de publieke arbeidsvoorziening, uitvoeringsinstanties van de socialezekerheidswetgeving en CAO-partijen (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 34.) als voorbeelden hiervan genoemd.

5.5 Artikel 4 WGBH/CZ kan van toepassing zijn op een ziektekostenverzekeraar die is betrokken bij de totstandkoming en uitvoering van bepaalde arbeidsvoorwaarden. De Commissie gaat derhalve na of de ziektekostenverzekering deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden van verzoeker. Daarbij is van belang of verzoeker – zoals hij zelf heeft gesteld – uit hoofde van zijn dienstverband verplicht is zichzelf en zijn gezin tegen ziektekosten te verzekeren bij verweerster.

5.6 Tussen partijen is niet in geschil dat de werkgever van verzoeker ten behoeve van zijn werknemers een collectieve ziektekostenverzekering heeft afgesloten bij verweerster.

5.7 Verweerster heeft te kennen gegeven dat bij de collectieve ziektekostenverzekeringen die zij afsluit in het algemeen een inspanningsverplichting geldt voor de werkgever om zoveel mogelijk werknemers hieraan te laten deelnemen en dat de werknemer de mogelijkheid heeft de ziektekostenverzekering op te zeggen.

5.8 Op basis van de door verweerster overgelegde stukken en ter zitting verstrekte informatie valt niet eenduidig vast te stellen hoe de inspanningsverplichting van de werkgever en de opzeggingsmogelijkheid van de werknemer is geregeld in het contract dat verweerster heeft afgesloten met de werkgever van verzoeker.

5.9 Nu verweerster het contract zelf niet heeft overgelegd, moet op basis van de overige stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht worden aangenomen dat de collectieve ziektekostenverzekering in dit geval een dermate verplicht karakter heeft dat verzoeker, hoewel mogelijk formeel bevoegd om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen, feitelijk verplicht is de verzekeringsovereenkomst aan te gaan en voort te zetten. Nu de werkgever naar aanleiding van het contract met verweerster een dermate verplichtend karakter heeft verbonden aan de collectieve ziektekostenverzekering, moet deze geacht worden deel uit te maken van de arbeidsvoorwaarden van verzoeker.

5.10 Gelet op bovenstaande vallen de polisvoorwaarden in de voorliggende situatie onder het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 4 WGBH/CZ. Dit brengt met zich dat de WGBH/CZ van toepassing is op de polisvoorwaarden die verweerster hanteert. De Commissie is derhalve bevoegd hierover te oordelen. Nu artikel 4 WGBH/CZ zich niet alleen richt tot de werkgever maar tot een ieder die actief is op de in de wet genoemde terreinen, is verweerster, als ziekte-

kostenverzekeraar invloed hebbend op de invulling van de onderhavige arbeidsvoorwaarden, verplicht om bij het opstellen van de betrokken polisvoorwaarden te handelen overeenkomstig de WGBH/CZ. Het feit dat verzoeker alleen verweerster in deze procedure heeft betrokken en niet (ook) zijn werkgever, maakt dit niet anders.

5.11 De Commissie sluit met deze uitleg van de normadressaat aan bij haar eigen jurisprudentie en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) over de eigen verantwoordelijkheid die beheerders van pensioenregelingen hebben om het gelijkheidsbeginsel na te leven. De Commissie verantwoordt deze aansluiting hierna onder 5.12 tot en met 5.16.

5.12 De Commissie ziet een verband tussen deze jurisprudentie en de onderhavige problematiek, aangezien de rol en verantwoordelijkheden van de ziektekostenverzekeraar bij de uitvoering van een verplichte collectieve ziektekostenverzekering lijken op die van een pensioenfonds of pensioenverzekeringsmaatschappij bij de uitvoering van een bedrijfspensioenregeling.

5.13 Het HvJ EG heeft in het arrest *Fisscher* bepaald dat beheerders van een bedrijfspensioenregeling, hoewel zij buiten de arbeidsverhouding staan, alles moeten doen wat binnen hun bevoegdheden valt om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te verzekeren. De deelnemers aan de pensioenregeling moeten zich tegenover hen daarop kunnen beroepen (HvJ EG 28 september 1994, zaak C-128/93 (*Fisscher*), *Jur.* 1994, p. I-4583).

5.14 Het HvJ EG heeft in het arrest *Menauer* bepaald dat pensioenuitvoerders een eigen verplichting hebben om het gelijkheidsbeginsel na te leven, ongeacht hun rechtsvorm of de wijze waarop zij met het beheer van de pensioenregeling zijn belast zodat niet van belang is of zij juridisch zelfstandig zijn of de hoedanigheid van verzekeringsorgaan hebben.

5.15 Het HvJ EG heeft daarbij tevens bepaald dat pensioenuitvoerders hier zelf rechtstreeks op kunnen worden aangesproken door de deelnemers aan de regeling. Het HvJ EG heeft daarbij onder meer overwogen dat de rechtsbescherming, die een daadwerkelijke gelijkheid vereist, ernstig zou worden geschaad, indien een deelnemer alleen zijn werkgever kan aanspreken en niet degenen die uitdrukkelijk zijn belast met de uitvoering van de verplichtingen van de werkgever (HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-379/90 (*Menauer*), *Jur.* 2001, p. I-7275).

5.16 De Commissie Gelijke Behandeling heeft sinds 1996 als vaste jurisprudentie dat beheerders van pensioenregelingen rechtstreeks onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving vallen en hierop kunnen worden aangesproken (CGB 15 oktober 1996, tussenoordeel 1996-86 en meer recent CGB 30 maart 2004, oordelen 2004-31, 32 en 34). Deze oordelenlijn is in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJ EG.

Belang

5.19 Verweerster heeft toegezegd dat de behandeling van verzoekers zoon volledig wordt vergoed en dat dit ook zal gelden voor toekomstige behandelingen van dezelfde aard voor hetzelfde kind. Het is echter niet duidelijk of dit ook zal gelden voor *alle* behandelingen bij hetzelfde kind. Daarnaast heeft verweerster laten weten dat zij in overweging neemt de polisvoorwaarden per de eerst volgende gelegenheid op dit punt aan te passen. Thans is evenwel niet duidelijk óf de polisvoorwaarden zullen worden aangepast en hoe deze wijziging er uit zal komen te zien. De Commissie concludeert hieruit dat verzoeker belang heeft bij een oordeel van de Commissie.

Vergoeding tandheelkundige hulp

5.20 In geding is de vraag of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van de WGBH/CZ door te bepalen dat verzekerden met een lichamelijke of verstandelijke handicap tandheelkundige hulp op basis van 75% van de kosten vergoed krijgen als zij door een lichamelijke of verstandelijke handicap een langere dan de gebruikelijke tijdsduur voor de behandeling nodig hebben.

5.21 Uit het in zoverre onbestreden verweer is gebleken dat voor bijzondere tandheelkunde een andere vergoedingssystematiek geldt dan voor tandheelkunde aan niet-gehandicapten. Het CTG schrijft aan verzekeraars voor dat behandelingen van niet-gehandicapten per verrichting worden vergoed aan de behandelaars. Voorts schrijft hij voor dat behandelingen in het kader van bijzondere tandheelkunde aan gehandicapten per behande-

luur worden vergoed aan de verzekeraars. Verweerster vergoedt behandelaars volgens de regels van het CTG.

5.22 Het CTG schrijft niet voor hoe verweerster de behandelingen moet vergoeden aan de verzekerden. Verweerster heeft hiervoor zelf een systeem ontworpen en dit in de polisvoorwaarden opgenomen.

5.23 Verweerster vergoedt de tandheelkundige behandelingen van niet-gehandicapten jonger dan 18 jaar per verrichting en hanteert daarbij een maximum bedrag van € 500,– per jaar. Voor niet-gehandicapten onder de 18 jaar behoeven ouders of andere voor hen verantwoordelijke verzorgers geen kosten te maken zolang even bedoeld normbedrag niet wordt overschreden.

5.24 Echter voor wel gehandicapten beneden de leeftijd van 18 jaar, zoals in casu verzoekers zoon, is dat wèl het geval, en ongeacht of het normbedrag wordt overschreden. Verweerster vergoedt de bijzondere tandheelkundige behandeling van verzoekers zoon als gehandicapte derhalve voor niet meer dan 75%, ook als hij een behandeling ondergaat die over een heel jaar minder kost dan € 500,–. Ook in het laatste geval komt, anders dan met betrekking tot een niet-gehandicapte jonger dan 18 jaar, 25% van de kosten voor rekening van verzoeker als ouder.

5.25 Hierbij moet worden aangetekend dat een niet-gehandicapte voor het bedrag van € 500,–, naar aannemelijk is, niet te verwaarloosbaar meer behandelingen kan laten verrichten dan een gehandicapte die bijzondere tandheelkunde nodig heeft. Laatstgenoemde heeft behandelingen nodig die vanwege de lange behandelduur doorgaans aanzienlijk meer kosten.

5.26 De Commissie concludeert dan ook dat de regeling van verweerster nadelig is voor gehandicapten die bijzondere tandheelkunde nodig hebben. Aangezien artikel 3, tweede lid, onderdeel b, polisvoorwaarden expliciet betrekking heeft op mensen met een lichamelijke of verstandelijke handicap, is er sprake van direct onderscheid. Het is de Commissie niet gebleken dat een wettelijke uitzondering van toepassing is.

5.27 Met betrekking tot de stelling van verzoeker dat verweerster onzorgvuldig is geweest bij de behandeling van zijn klacht, geeft de Commissie te kennen dat beoordeling van deze klacht, nu deze, gelet op de aard van de door verzoeker daarvoor aangevoerde feiten, niet valt te herleiden tot een mogelijke inbreuk van verweerster op de WGBH/CZ, de bevoegdheid van de Commissie te buiten gaat. Hetzelfde geldt voor de stelling van verzoeker dat artikel 3, tweede lid, onderdeel c, polisvoorwaarden van toepassing is.

6 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte jegens . . . . door te bepalen dat verzekerden met een lichamelijke of verstandelijke handicap tandheelkundige hulp op basis van 75% van de kosten vergoed krijgen als zij door een lichamelijke of verstandelijke handicap een langere dan de gebruikelijke tijdsduur voor de behandeling nodig hebben.

04 | 91

15 juli 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verzoekster heeft geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid op grond van ras bij het weigeren van toegang tot een sportcentrum.

Verzoekster is van Marokkaanse afkomst en heeft de Marokkaanse nationaliteit. Verweerster beheert een sportcentrum. Verzoekster is in maart 2003 lid geworden bij verweerster. Verzoekster heeft een machtiging afgegeven voor automatische incasso van de maandcontributie. De contributie voor de periode van de maand mei is, om redenen gelegen bij verzoekster, niet automatisch betaald. Na een betalingsherinnering is de automatische incasso door verweerster stopgezet. Verzoekster heeft in juni 2003 contant betaald voor de maand mei 2003. In mei 2003 moest verzoekster plotseling naar Marokko en heeft zij niet gesport. Zij verkeerde in de veronderstelling dat zij met verweerster had afgesproken dat haar lidmaatschap een maand zou worden opgeschort. Verweerster ontkent dat deze afspraak is gemaakt, aangezien er geen opschortingsformulier is ingevuld. Na haar terugkomst wilde verzoekster eind juni 2003 weer sporten. Zij werd niet toegelaten omdat er naar het oordeel van verweerster sprake was van een betalingsachterstand. Daarbij heeft

een woordenwisseling plaatsgevonden met de directeur van verweerster.
Verzoekster stelt dat zij discriminerend is bejegend door de directeur. Zij stelt daartoe dat de directeur haar op onbehoorlijke wijze en ten overstaan van andere leden te verstaan heeft gegeven dat zij niet had betaald. Voorts stelt zij dat de directeur een opmerking heeft gemaakt over haar slechte beheersing van de Nederlandse taal. Verweerster stelt dat verzoekster niet is toegelaten omdat zij een betalingsachterstand had en dat hij zich niet discriminerend heeft uitgelaten jegens verzoekster.
De Commissie oordeelt dat het onbetwist is dat er een woordenwisseling heeft plaatsgevonden tussen verzoekster en de directeur. Over de exacte toedracht verschillen verzoekster en verweerster echter van mening. In het onderhavige geval was het niet mogelijk om getuigen te horen teneinde te kunnen vaststellen wat zich precies heeft voorgedaan en of de directeur opmerkingen heeft gemaakt over het taalgebruik van verzoekster. Het staat vast dat verweerster duidelijke procedures heeft ten aanzien van betaling van het lidmaatschap en eventuele opschorting daarvan. Deze procedures zijn vastgelegd in het reglement van verweerster. Verzoekster heeft zelf geconstateerd dat het probleem met betrekking tot de betaling van het lidmaatschap mogelijk berust op een misverstand.
Op grond hiervan concludeert de Commissie dat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden.
Geen strijd met de wet.

04 | 92

19 juli 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 6 AWGB
Artikel 7 AWGB

De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of verzoekster onderscheid op grond van godsdienst maakt nu het doen van een bindende voordracht van leden van de Raad van Commissarissen niet onder de wetgeving gelijke behandeling valt.

Verzoekster is een huurdersorganisatie die de belangen behartigt van de huurders van een woningstichting. Verzoekster heeft het recht om een bindende voordracht te doen van twee van de leden van de Raad van Commissarissen van de woningstichting. Verzoekster heeft de Commissie de vraag voorgelegd of zij onderscheid op grond van godsdienst maakt bij het selecteren van kandidaten voor de Raad van Commissarissen.
De Commissie oordeelt dat het lidmaatschap van de Raad van Commissarissen niet onder het begrip betrekking uit artikel 5 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) of vrij beroep uit artikel 6 AWGB valt.
Nu verzoekster ook niet als aanbieder van goederen of diensten in de zin van artikel 7 AWGB kan worden aangemerkt en het doen van een bindende voordracht van twee van de leden van de Raad van Commissarissen niet kan worden gezien als goed of dienst dat de huurders of een ander wordt aangeboden, oordeelt de Commissie dat zij niet bevoegd is te beoordelen of verzoekster onderscheid maakt.
Niet bevoegd.

04 | 93

20 juli 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid op grond van ras bij bejegening op werkvloer door collega's en leidinggevenden en bij toebedeling van werk. Strijd met wetgeving gelijke behandeling omdat verweerster klachten van verzoeker over discriminatie onvoldoende zorgvuldig heeft onderzocht.

Verzoeker heeft een vijftal incidenten aangedragen die op de werkvloer van verweerster hebben plaatsgevonden. Verzoeker meent dat hij discriminatoir is bejegend door collega's en zijn leidinggevenden en bij de toebedeling van werk. De klachten worden door verweerster betwist. De Commissie is van oordeel dat verzoeker geen feiten heeft aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden.
Verweerster was al lang op de hoogte van gevoelens van discriminatie van verzoeker. Verweerster heeft afgewacht of verzoeker een officiële klacht zou indienen. Een dergelijke afwachtende houding kan niet als actieve inspanning worden beschouwd. De Commissie is van oordeel dat verweerster zich onvoldoende actief heeft ingespannen bij de gebleken gevoelens van discriminatie van verzoeker, en daarmee in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling.
Wel en geen strijd met de wet.

04 | 94

20 juli 2004

Artikel 6 WGBH/CZ

MBO-school laat licht autistische student niet deelnemen aan toelatingsprocedure en aan het onderwijs. Strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte.

Een student van 20 jaar wil een opleiding volgen bij een MBO-school. Hij is licht autistisch en heeft door problemen in het verleden de middelbare school niet af kunnen ronden. Wel heeft hij een overgangsbewijs van Havo 2 naar Havo 3, een diploma eerstelijns PC-technicus en een getuigschrift technisch systeembeheer. Hij heeft in een oriënterend gesprek met de directeur van de school aangegeven dat hij een positieve stimulans en mogelijk kleine roosterwijzigingen nodig heeft. De school wil deze man niet deel laten nemen aan de toelatingsprocedure en aan het onderwijs omdat de slagingskans van deze man erg laag wordt ingeschat.
De Commissie oordeelt dat de school onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap door de slagingskans van verzoeker, buiten de reguliere procedure om, in te schatten op basis van onvoldoende en niet geobjectiveerde informatie.
Strijd met de wet.

04 | 95

23 juli 2004

(mr. A.G. Castermans (voorzitter), mr. drs. P.H.A. van Geel en mr. A.B. Terlouw)

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verboden onderscheid op grond van godsdienst doordat de directeur van een basisschool weigerde te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt.

Een directeur van een basisschool heeft de Commissie verzocht om een oordeel eigen handelen. Hij heeft geweigerd om te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt, waardoor haar zoon niet is ingeschreven op de school. Hij wil van de Commissie vernemen of deze handelwijze in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving.

De Commissie gaat er op grond van hetgeen de directeur hieromtrent heeft verklaard vanuit dat de gezichtsbedekkende sluier van de moeder een uiting is van het door haar beleden geloof.
Vastgesteld is dat de onmogelijkheid om te communiceren en niet het geloof van de moeder de reden is dat verzoeker de moeder niet in de gelegenheid heeft gesteld haar kind in te schrijven. Op grond hiervan heeft de Commissie geoordeeld dat verzoeker geen direct onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst.
Verzoeker heeft wel indirect onderscheid gemaakt op grond van godsdienst, omdat de weigering in overwegende mate personen treft die vanwege hun geloofsovertuiging een gezichtsbedekkende sluier dragen.
Verzoeker heeft aangegeven dat zijn weigering een tweeledig doel dient, te weten een goede communicatie met de ouders bij de toelating van het kind tot school en nadat het kind is toegelaten in het kader van het onderwijsleerproces. De Commissie is niet over-tuigd van de geschiktheid en noodzakelijkheid van het middel bij de toelating van het kind tot de school. De voor inschrijving van het kind benodigde informatie hoeft voor een goed verstaander niet verborgen te blijven, ook niet als het gelaat van de gespreksgenoot is bedekt.
Voor wat betreft de communicatie nadat het kind is toegelaten tot de school is de Commissie van oordeel dat onontkoombaar is dat per activiteit wordt nagegaan of het passend en noodzakelijk is om te weigeren een moeder met een gezichtsbedekkende sluier in te schakelen dan wel toe te laten bij bepaalde schooltaken.
Het indirecte onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.
Strijd met de wet.

1 PROCESVERLOOP

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of hij onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving door de weigering te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt, waardoor haar zoon niet is ingeschreven op de school van verzoeker.

1.2 Op 15 juli 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar verzoeker zijn standpunt mondeling heeft toegelicht.

1.3 Verzoeker heeft gesteld dat hij gemachtigd is om zelf het toelatingsbeleid tot zijn school te bepalen en heeft desgevraagd ter zitting toegezegd dat hij een verklaring zal toe-

zenden, waaruit blijkt dat hij het verzoek om een oordeel heeft gedaan als directeur van de school en niet namens de stichting die de school bestuurt. De Commissie heeft deze verklaring ontvangen op 16 juli 2004.

2 FEITEN

2.1 Verzoeker is de directeur van een roomskatholieke basisschool (hierna: de school).

2.2 Een groot gedeelte van de leerlingen van de school (ongeveer 62%) is van buitenlandse afkomst. Er zijn meer dan twintig nationaliteiten vertegenwoordigd op de school. Een aanzienlijk aantal leerlingen heeft een islamitische geloofsovertuiging.

2.3 In het voorjaar van 2004 wilde een vrouw haar zoon, die in april 2004 vier jaar is geworden, inschrijven op de school. Het kind bezocht tot dan toe de peuterspeelzaal, gevestigd in hetzelfde gebouw als de school. De vrouw draagt gesloten kledij met een sluier die alleen haar ogen vrijlaat. Zij kijkt mannen niet aan en geeft hen ook geen hand.

2.4 Verzoeker heeft de moeder meegedeeld dat hij vanwege het dragen van de gezichtssluier weigert met haar te communiceren. Als gevolg hiervan is haar zoon niet ingeschreven op de school.

2.5 Inmiddels heeft de vrouw haar zoon ingeschreven op een islamitische basisschool.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoeker beroept zich uitdrukkelijk niet op de in artikel 7, tweede lid, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) opgenomen uitzondering voor instellingen van bijzonder onderwijs. Bij de beoordeling van een inschrijving speelt het geloof van de leerlingen namelijk geen rol. De school staat open voor alle culturen. Op de school zitten ook meisjes die vanwege hun godsdienst een hoofddoek dragen. Dit is geen enkel probleem. Ook besteedt de school aandacht aan islamitische feestdagen.

3.2 Slechts in incidentele gevallen wijst de school een kind af, bijvoorbeeld als het kind een indicatie heeft voor het speciaal onderwijs. Hierbij gaat het telkens om factoren die het kind zelf betreffen in relatie tot de mogelijkheden van de school. Er is nog nooit een kind afgewezen vanwege redenen die te maken hebben met zijn ouders. De aanmelding vindt plaats door het kenbaar maken van de wens hiertoe en door in een gesprek met de school enkele vragen te beantwoorden.

3.3 Verzoeker is sedert 1973 werkzaam op de school. Hij heeft de samenstelling van het leerlingenbestand geleidelijk zien wijzigen. Er kwamen steeds meer kinderen van allochtone afkomst naar de school. Verzoeker heeft er nooit een probleem van gemaakt als ouders de Nederlandse taal onvoldoende machtig waren. Dan schakelde hij de hulp in van een tolk. Ook als ouders hem niet wilden aankijken of hem geen hand wilden geven, vond verzoeker dat niet onoverkomelijk.

3.4 Verzoeker weigert evenwel te communiceren met een ouder die zijn of haar gelaat bedekt, ook als dit uiteindelijk in het nadeel is van het kind.

3.5 Ouders of verzorgers dienen bij te dragen aan goede communicatie met de school. Goede communicatie is belangrijk omdat een kind pas vier jaar oud is als het bij de school wordt aangemeld. De school behoeft daarom niet te tolereren dat een gesprekspartner dronken is, achter een krant gaat zitten of het gezicht bedekt achter een sluier.

3.6 Verzoeker is van mening dat goede communicatie niet mogelijk is met een persoon die een gezichtsbedekkende sluier draagt, omdat het non-verbale gedeelte van de communicatie ontbreekt. Een ander – minder belangrijk – bezwaar tegen een ouder met een gezichtsbedekkende sluier is dat haar deelname aan activiteiten op de school lastig is. Andere ouders zullen haar niet accepteren. Verzoeker moet rekening houden met reacties van andere betrokkenen op de school op het dragen van een gezichts-bedekkende sluier.

3.7 Toen de moeder het kind kwam aanmelden heeft verzoeker haar uit beleefdheid te woord gestaan. Een gesprek was wel mogelijk. Verzoeker heeft de moeder meegedeeld dat hij niet met haar wil spreken vanwege haar gezichtsbedekkende sluier, maar wel met de vader of een andere vertegenwoordiger van het kind of de familie.

3.8 Verzoeker erkent dat zijn opstelling ertoe leidt dat een vrouw die een gezichtsbedek-

kende sluier draagt en de enige vertegenwoordiger is van een kind, haar kind niet kan inschrijven.

3.9 Verzoeker wil van de Commissie vernemen of de beschreven handeling in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.

4 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

4.1 In geding is of verzoeker onderscheid maakt op grond van godsdienst door zijn weigering te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt.

4.2 In artikel 7, eerste lid, onderdeel c, in samenhang met artikel 1 AWGB is, voor zover van belang, bepaald dat onderscheid is verboden bij het aanbieden van 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 onderwijs.

4.3 De school kan worden aangemerkt als een instelling op het gebied van onderwijs die goederen of diensten aanbiedt, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB.

4.4 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt verstaan.

4.5 Het begrip godsdienst dient overeenkomstig het door de Grondwet en internationale 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 godsdienst-vrijheid, 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 de godsdienstige over-tuiging.

4.6 Met betrekking tot de vraag of het dragen van een gezichtsbedekkende sluier een uiting is van het door de moeder beleden geloof en aldus onder de reikwijdte valt van het door de AWGB beschermde begrip godsdienst, overweegt de Commissie het volgende.

4.7 Het verzoek betreft een oordeel eigen handelen van de directeur van de school. Daarom is de moeder niet in deze procedure betrokken. De Commissie dient zich dan ook te baseren op de verklaring van verzoeker voor de vaststelling of de gezichtsbedekkende sluier een uiting is van haar geloof. Op grond van hetgeen verzoeker hieromtrent heeft verklaard, gaat de Commissie ervan uit dat de gezichtsbedekkende sluier van de moeder een uiting is van het door haar beleden geloof. Daarmee valt het dragen van een gezichtsbedekkende sluier binnen het bereik van het begrip godsdienst, zoals beschermd door de AWGB.

4.8 Verzoeker eist van elke gespreksgenoot dat hij of zij bijdraagt aan een goede communicatie, waarbij het mogelijk is kennis te nemen van zowel verbale als non-verbale uitingen. De onmogelijkheid om te communiceren en niet het geloof van de moeder is de reden dat verzoeker de moeder niet in de gelegenheid heeft gesteld haar kind in te schrijven.

4.9 Op grond hiervan concludeert de Commissie dat verzoeker geen direct onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door de weigering met de moeder te communiceren en haar kind in te schrijven.

4.10 Vervolgens is ter beoordeling de vraag of de weigering te communiceren met een persoon die het gelaat bedekt, indirect onderscheid op grond van godsdienst oplevert. Er is sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst indien een op het eerste gezicht neutraal criterium personen met een bepaalde geloofsovertuiging in overwegende mate treft.

4.11 De door verzoeker gehanteerde weigering treft in overwegende mate personen die vanwege hun geloofsovertuiging een gezichtsbedekkende sluier dragen. De weigering leidt derhalve tot indirect onderscheid naar godsdienst.

4.12 Overigens zijn de beperkingen in de communicatie door het dragen van een gezichts-bedenkende sluier van een andere aard dan beperkingen die voortvloeien uit dronken-schap of onbeleefdheden zoals het

lezen van een krant tijdens een gesprek. Alleen in het eerste geval is immers de vrijheid van godsdienst in het geding.

4.13 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 voor het bereiken van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van vol-doende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

4.14 Verzoeker heeft aangegeven dat zijn weigering om te spreken met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt een tweeledig doel dient, te weten een goede communicatie met de ouders in het belang van het kind bij de toelating van het kind tot de school en een goede communicatie met de ouders in het belang van het kind in het kader van het onderwijsleerproces nadat het kind is toegelaten tot de school.
Deze met elkaar samenhangende doelstellingen acht de Commissie zwaarwegend en legitiem. Goede communicatie zal ertoe bijdragen dat het kind op de juiste school wordt ingeschreven en dat met zijn belangen gedurende zijn schooltijd optimaal kan worden rekening gehouden.

4.15 Vervolgens moet worden beoordeeld of het middel, te weten de weigering om te spreken met een persoon die het gelaat bedekt, passend en noodzakelijk is.

4.16 De Commissie spitst deze vraag eerst toe op de communicatie met het oog op de toelating.

4.17 Met betrekking tot de passendheid van het middel geldt het volgende.

4.18 Het staat vast dat verzoeker geen toelatingsbeleid voert. Alle kinderen worden toegelaten tot de school, behalve kinderen die een indicatie hebben dat zij beter thuis zijn binnen een ander schooltype. De aanmeldingsprocedure bestaat uit het kenbaar maken van de wens om het kind aan te melden en het beantwoorden van een aantal vragen. Vastgesteld wordt derhalve dat in de aanmeldingsprocedure de benodigde communi-catie tussen ouders en school van andere aard en intensiteit is dan de communicatie tussen school en leerling in het dagelijkse schoolleven. In eerdere oordelen (zoals in CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, overweging 5.12), heeft de Commissie aangenomen dat het verbieden van een gezichtssluier op een school een passend en noodzakelijk middel kan zijn in het belang van een goede communicatie ten behoeve van het onder-wijsleerproces. In het kader van de communicatie tussen ouder en school ter gelegen-heid van de aanmelding moet worden betwijfeld of de weigering van verzoeker om te spreken met een persoon die het gelaat bedekt, geschikt is om het gestelde doel te bereiken. Hoewel non-verbale communicatie nuttig kan zijn om informatie over een kind te verkrijgen die relevant is voor een juiste beoordeling van de geschiktheid van de school voor het kind en een beperking van de non-verbale communicatie derhalve daaraan in de weg kan staan, staat de weigering van de school om te communiceren met een ouder die een kind wil aanmelden, evenzeer daaraan in de weg. De voor inschrijving van het kind benodigde informatie hoeft voor een goed verstaander niet verborgen te blijven, ook niet als het gelaat van de gespreksgenoot bedekt is. Om deze reden is de Commissie niet overtuigd van de geschiktheid van het middel om het doel te bereiken.

4.19 Voorts moet worden vastgesteld dat het gemis aan non-verbaal-contact voor een belangrijk gedeelte had kunnen worden opgeheven, indien een vrouwelijk teamlid bij het gesprek was betrokken, met wie oogcontact mogelijk was geweest. Zo deze infor-matie nog onvoldoende was, had verzoeker de moeder kunnen vragen of aanvullende informatie mocht worden ingewonnen bij de peuterspeelzaal, louter met het oog op de juistheid van het schooltype. Er was derhalve een minder bezwaarlijk middel voor handen.

4.20 Vervolgens rijst de vraag of het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. De weigering om te communiceren met een persoon die het gelaat bedekt, kan als effect hebben dat een kind niet kan worden ingeschreven op de school, althans niet door de wettelijk vertegenwoordiger die daartoe bevoegd is. Dit gevolg is dermate ernstig, dat niet elke kans op een onjuiste schoolkeuze als gevolg van het feit dat de moeder haar gezicht bij het intakegesprek bedekt hield, voldoende is om de proportionaliteitstoets te doorstaan. Mede gelet op de stelling van verzoeker dat bijna alle aangemelde kinderen worden toegelaten en de toegevoegde waarde van de weigering om met de moeder die haar gelaat bedekt te communiceren dus gering is, moet het erop worden gehouden dat het middel niet in evenredige verhouding staat tot het doel. De Commissie acht het hierbij niet relevant of de moeder in kwestie goede redenen had af te zien van de inschakeling van een intermediair die wel in staat zou zijn geweest rechtstreeks te communiceren met verzoeker.

4.21 Op grond van het vorenstaande luidt de conclusie dat het middel, te weten de weigering om te spreken met een persoon die het gelaat bedekt, niet passend en niet noodzakelijk is.

4.22 Uit het vorenstaande volgt dat het door verzoeker gemaakte indirecte onderscheid bij de toelating van het kind niet objectief is gerechtvaardigd. Verzoeker heeft dan ook in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 7, eerste lid, onderdeel c, AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB.

4.23 Tenslotte dient te worden beoordeeld of het middel wel passend en noodzakelijk is als het gaat om het tweede doel van verzoeker een goede communicatie met de ouders in het belang van het kind, nadat het kind is toegelaten tot de school in het kader van het onderwijsleerproces.

4.24 Ouders kunnen verschillende rollen in het onderwijsleerproces vervullen. Ouders kunnen worden ingeschakeld bij het ontwikkelen van de leesvaardigheid, bij expressieve vakken en schoolreisjes en excursies. De Commissie is van oordeel dat het onontkoombaar is om per activiteit na te gaan of het passend en noodzakelijk is om te weigeren een moeder met een gezichtsbedekkende sluier in te schakelen, dan wel toe te laten bij bepaalde schooltaken. Daartoe zal steeds moeten worden overwogen hoe het belang van een goede non-verbale communicatie zich verhoudt tot het belang van de moeder om bij activiteiten van de school van haar kind te zijn betrokken. Als het gaat om contact met de moeder in het kader van een gesprek over het kind, dan ligt het in de rede dat – indien dit in het belang van een optimale communicatie onontbeerlijk is – een gesprek zonodig mogelijk te maken door inschakeling van een derde, hetzij een vrouwelijk teamlid, hetzij de vader of een vertrouwenspersoon van de moeder.

4.25 De Commissie kan niet in zijn algemeenheid beoordelen of het de weigering van verzoeker om met personen die hun gelaat bedekken te communiceren objectief is gerechtvaardigd.

5 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de directeur van . . . . verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door de weigering te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt, waardoor zij haar kind niet kon inschrijven op de school.

6 AANBEVELING

De Commissie Gelijke Behandeling beveelt de directeur van . . . . aan per schoolactiviteit te onderzoeken of de weigering een moeder met een gezichtsbedekkende sluier te betrekken bij schoolactiviteiten, objectief is gerechtvaardigd.

04 | 96

30 juli 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7 WGB
Artikel 8 WGB
Artikel 9 WGB
Artikel 10 WGB

Onderscheid op grond van geslacht bij de beloning door verzoekster lager te belonen dan haar mannelijke collega, terwijl de functies gelijkwaardig zijn.

Verweerster is een stichting die een manege in stand houdt. Verzoekster werkte als instructreur/stalmedewerkster bij verweerster.
Verzoekster stelt dat verweerster haar lager beloont dan een mannelijke collega, hierna: de maatman, terwijl zij dezelfde werkzaamheden verricht als de maatman. De maatman is, in tegenstelling tot verzoekster, een gediplomeerd instructeur. Verzoekster stelt dat de mogelijke meerwaarde hiervan op geen enkele manier tot uitdrukking komt in de werkzaamheden. Verzoekster heeft 20 jaar werkervaring in het manegebedrijf. Verweerster betwist dat de functies van gelijke waarde zijn. Verzoekster vervult een functie op het laagste niveau en de maatman een functie op het middenniveau. Volgens verweerster is de maatman breder inzetbaar doordat hij een gediplomeerd instructeur/bedrijfsleider is. Daarnaast is de maatman aangetrokken om lessen op gevorderd niveau te geven en is het niveau van lesgeven van de maatman hoger dan dat van verzoekster.
De Commissie overweegt dat uit de gewisselde stukken en ter zitting is gebleken dat zowel verzoekster als de maatman verschillende soorten lessen gaven. Het is voor de Commissie niet mogelijk om exact te bepalen of de lessen voor gevorderden wel of niet in de praktijk door verzoekster en de maatman regulier zijn uitgevoerd, nu partijen hierover van mening verschillen. Het is onbetwist dat zowel verzoekster als de maatman op papier de functie van instructeur/stalmeester vervullen. Nu functiebeschrijvingen ontbreken en partijen niet tot een eenduidige beschrijving van de functie kunnen komen, acht de Commissie de functiebenaming doorslaggevend en gaat zij ervan uit dat sprake is van functies van (nagenoeg) gelijke waarde. Het ontbreken van duidelijkheid komt voor rekening van verweerster vanwege de verplichting van goed werkgeverschap.
Uit het loontechnisch onderzoek door de functiewaarderingsdeskundige is gebleken dat sprake is van een verschil in aanvangssalaris. Daarnaast is een verschil in salarisgroei geconstateerd. Dat de oorzaak hiervan volgens verweerster in de ingevoerde vrijwillige premiespaarregeling ligt, doet daar niet aan af, nu ook een spaarregeling onderdeel vormt van het salaris.
Verboden onderscheid op grond van geslacht bij de beloning.
De Commissie beveelt verweerster aan zo spoedig mogelijk functiebeschrijvingen op te stellen.
Strijd met de wet.

04 | 97

3 augustus 2004

Artikel 5 AWGB

In de periode 1985-1997 heeft verweerster jegens verzoekster onderscheid gemaakt op grond van geslacht bij de beloning. Dit geldt evenwel niet voor de periodes 1978-1985 en 1997-2003.

In geding is of de (voormalig) werkgever van verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht bij de beloning. Dit oordeel hangt samen met oordeel 2003-123, dat op 16 september 2003 is vastgesteld.
De Commissie onderscheidt drie periodes. De jaren 1978 tot 1985, gedurende welke verzoekster werkzaam was op de Financiële Administratie. De periode 1985-1997, toen verzoekster op het Bedrijfsbureau van de Technische Dienst werkte en de periode 1997 tot 1 september 2003, gedurende welke tijdvak verzoekster op de Financiële Administratie werkzaam was.
De voorgangster van de Commissie heeft in 1984 geoordeeld dat verweerster geen onderscheid naar geslacht had gemaakt bij de beloning. Verzoekster heeft geen nieuwe feiten kunnen aandragen op grond waarvan thans anders geconcludeerd zou moeten worden. Geoordeeld wordt dat verweerster in eerstgenoemde periode geen onderscheid naar geslacht heeft gemaakt bij de beloning. Vaststaat dat verzoekster in de periode 1985-1997 een functie heeft verricht die vergelijkbaar is met die van 3 maatmannen, waarvoor zij lager is ingeschaald. Verweerster heeft als rechtvaardiging gegeven dat de 3 maatmannen hun hogere inschaling te danken hadden aan hun voorheen bekleedde leidinggevende functies. De Commissie stelt vast dat verweerster een deugdelijk functiewaarderingssysteem heeft maar dat zij dit systeem niet deugdelijk heeft toegepast. Niet duidelijk is hoe de bijzondere positie van de maatmannen is vastgesteld. De maatmannen konden bovendien doorgroeien in hun hogere functiegroep waardoor het beloningsverschil tussen hen en verzoekster

steeds groter werd. De Commissie oordeelt dat verweerster verboden onderscheid heeft gemaakt bij de beloning.
Partijen spreken elkaar tegen wat betreft verzoeksters feitelijke functie-invulling tussen 1997 en 2003. Verzoekster heeft geen feiten aangevoerd die het wettelijk vermoeden kunnen vestigen dat zij een functie van gelijke waarde als de maatmannen heeft vervuld.
Verweerster heeft in de periode 1985 en 1997 jegens verzoekster onderscheid gemaakt op grond van geslacht bij de beloning. Dit geldt evenwel niet voor de periodes 1978 en 1985 en 1997 en 2003.
Wel en geen strijd met de wet.

04 | 98

9 augustus 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Verweerster heeft niet bewezen dat de zwangerschap van verzoekster geen rol heeft gespeeld bij het opzeggen van verzoeksters arbeidsovereenkomst tijdens haar proeftijd. Onderscheid op grond van geslacht.

Verzoekster is op 1 maart 2004 als secretaresse in dienst getreden bij verweerster. Verzoekster en verweerster zijn een arbeidsovereenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd met een proeftijd van 1 maart 2004 tot en met 30 april 2004. Verzoekster heeft verweerster op woensdagmiddag 21 april 2004 medegedeeld dat zij zwanger is.
Op 27 april 2004 heeft verweerster verzoekster mondeling kenbaar gemaakt, dat zij de arbeidsovereenkomst met verzoekster, gebruikmakend van het in de arbeidsovereenkomst opgenomen proeftijdbeding, wilde opzeggen. In geding is de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de arbeidsovereenkomst met verzoekster tijdens de proeftijd op te zeggen om redenen verband houdende met haar zwangerschap. De Commissie overweegt dat verzoekster voldoende feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden. Verweerster heeft aangevoerd dat de reden van opzegging van de arbeidsovereenkomst van verzoekster tijdens haar proeftijd is gelegen in het slechte functioneren van verzoekster en dat de zwangerschap van verzoekster daarbij geen rol heeft gespeeld. De Commissie concludeert dat de argumenten die verweerster hiertoe heeft aangevoerd onvoldoende zijn om te bewijzen dat de zwangerschap geen rol heeft gespeeld bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van verzoekster tijdens haar proeftijd. Verweerster heeft derhalve onderscheid gemaakt op grond van geslacht.
Strijd met de wet.

04 | 99

10 augustus 2004

Artikel 3 lid 1 WGB

Een werving- en selectiebureau heeft verboden onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen door een opdrachtgever te informeren over de zwangerschap van een kandidaat.

Verzoekster staat ingeschreven bij verweerster, een werving- en selectiebureau. Verweerster heeft verzoekster uitgenodigd voor een selectiegesprek op haar kantoor voor een baan als redacteur van een televisieprogramma bij de opdrachtgever, met wie zij aansluitend een gesprek zou hebben. Tijdens dat gesprek gaf verzoekster aan dat zij zwanger was. Verweerster heeft vervolgens verslag uitgebracht aan de opdrachtgever. Hierbij heeft verweerster meegedeeld dat zij verzoekster geschikt achtte voor de functie en ook dat verzoekster zwanger was. De opdrachtgever heeft daarop aangegeven geen prijs meer te stellen op een gesprek met verzoekster.
Verzoekster is van mening dat verweerster jegens haar verboden onderscheid heeft gemaakt vanwege geslacht.
De Commissie heeft overwogen dat voor verzoekster in het kader van een sollicitatieprocedure geen verplichting geldt om een potentiële werkgever te informeren over haar zwangerschap. Deze verplichting geldt derhalve evenmin voor een werving- en selectiebureau als verweerster. Geoordeeld wordt dat verweerster jegens verzoekster verboden onderscheid heeft gemaakt tussen mannen en vrouwen door de opdrachtgever zonder de toestemming van verzoekster te informeren over de zwangerschap van verzoekster.
Strijd met de wet.

04 | 100

10 augustus 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 5 BW

Verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen door verzoekster af te wijzen voor een functie mede omdat zij zwanger was.

Verzoekster staat ingeschreven bij een werving- en selectiebureau. Dit bureau heeft verzoekster uitgenodigd voor een selectiegesprek op haar kantoor voor een baan als redacteur van een televisieprogramma bij verweerster, met wie zij aansluitend een gesprek zou hebben. Tijdens dat gesprek gaf verzoekster aan dat zij zwanger was. Het werving- en selectiebureau heeft vervolgens verslag uitgebracht aan verweerster. Hierbij heeft het werving- en selectiebureau meegedeeld dat hij verzoekster geschikt achtte voor de functie en ook dat verzoekster zwanger was. Verweerster heeft daarop aangegeven geen prijs meer te stellen op een gesprek met verzoekster.
Verzoekster heeft aangevoerd dat zij is afgewezen voor de functie omdat zij zwanger is. Verzoekster is derhalve van mening dat verweerster jegens haar verboden onderscheid heeft gemaakt vanwege geslacht.
Verweerster heeft ter zitting aangevoerd dat bij de afwijzing van verzoekster haar woonplaats, vakantieplannen, zwangerschap en de beschikbaarheid van een andere kandidaat een rol hebben gespeeld. Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat er eveneens sprake is van onderscheid tussen mannen en vrouwen, wanneer de zwangerschap van verzoekster mede een rol heeft gespeeld bij haar afwijzing. Nu hiervan in dit geval sprake is, oordeelt de Commissie dat verweerster jegens verzoekster verboden onderscheid heeft gemaakt tussen mannen en vrouwen.
Strijd met de wet.

04 | 101

12 augustus 2004

Artikel III lid 1 WOA

Onderscheid op grond van arbeidsduur bij de vaststelling van de hoogte van de ziektekostenpremie na afloop van de aanstelling.

Verzoekster werkte in deeltijd bij een gemeente. Na afloop van haar aanstelling heeft zij haar ziektekostenverzekering bij de ziektekostenverzekeraar van gemeenten in Nederland laten doorlopen. Zij moest echter een hogere premie betalen dan tijdens haar dienstverband. Tijdens haar dienstverband was de premie gebaseerd op haar deeltijd inkomen, ná haar dienstverband werd haar premie gebaseerd op een fictief voltijd inkomen. Verzoekster diende een klacht in bij de Commissie.
De Commissie oordeelt dat er sprake is van een arbeidsvoorwaarde en dat verzoekster nadeel ondervindt van de regeling. Verweerster is gevraagd een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid aan te dragen. Daartoe beriep verweerster zich op de solidariteitsgedachte, maar kon zij niet motiveren waarom een bepaalde solidariteit die wel werd gehanteerd tijdens de aanstelling, niet meer gehanteerd werd na afloop daarvan.
Strijd met de wet.

04 | 102

13 augustus 2004

Artikel 7 lid 1 WGBL
Artikel 8 lid 3 WGBL

Vrijwillige beschikbare premieregeling, waarbij werknemers de beschikbare premie tot een afgetopte staffel kunnen aanvullen, is in strijd met de WGBL. Beschikbare premieregeling, waarbij een premie beschikbaar wordt gesteld die 4% van de pensioengrondslag bedraagt, is niet in strijd met WGBL.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of de vier door haar voorgelegde beschikbare premieregelingen in strijd zijn met de WGBL. Bij de eerste regeling wordt de oude afgetopte staffel vervangen door een staffel die wordt vastgesteld op 48% van de OP/NP-staffel uit het Staffelbesluit. Daarnaast wordt aan de werknemers de mogelijkheid geboden om hun beschikbare premie aan te vullen tot het niveau van de oude regeling met behulp van een eenmalig vastgestelde en jaarlijks uit te keren salarisverhoging. De Commissie oordeelt dat deze regeling in zijn geheel in strijd is met de WGBL. Het beschikbaar stellen van een premie, die is vastgesteld op 48% van de staffel uit het Staffelbesluit, valt onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL, waardoor het verbod van onderscheid op grond van leeftijd hierop niet van toepassing is. Bij de vrijwillige aanvullende regeling en de salarisverhoging wordt echter onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Het doel hiervan is werknemers de mogelijkheid te

geven hun beschikbare premie aan te vullen tot het niveau van de afgetopte staffel, waarbij onderscheid op grond van leeftijd werd gemaakt. De Commissie oordeelt dat dit doel een discriminerend oogmerk heeft en dat het gemaakte onderscheid daarom niet objectief is gerechtvaardigd. De tweede regeling, waarbij aan alle werknemers een premie beschikbaar wordt gesteld die 4% van de pensioengrondslag, is niet in strijd met de WGBL. De Commissie heeft besloten haar oordeel over de derde en vierde regeling aan te houden en een nader onderzoek in te stellen. Deze beslissing is opgenomen in Tussenoordeel 2004-103.
Strijd met de wet.

04 | 103

13 augustus 2004

Artikel 7 lid 1 WGBL

Oordeel over de vraag of een naar leeftijd gedifferentieerde eigen bijdrage bij een beschikbare premieregeling in strijd is met de WGBL aangehouden.
Oordeel over de vraag of een vrijwillige beschikbare premieregeling, waarbij werknemers hun beschikbare premie kunnen aanvullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel in strijd is met de WGBL aangehouden.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of de vier door haar voorgelegde beschikbare premieregelingen in strijd zijn met de WGBL. Ten aanzien van de vraag of de eerste twee regelingen in strijd zijn met de WGBL, heeft de Commissie haar oordeel gegeven in oordeel 2004-102.
Bij de derde regeling is de eigen bijdrage van de werknemers aan de beschikbare premie een bepaald percentage van die beschikbare premie. Bij deze eigen bijdrage, zo oordeelt de Commissie, wordt onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. De Commissie heeft besloten haar oordeel omtrent de objectieve rechtvaardiging van dit onderscheid aan te houden en een nader onderzoek in te stellen.
De vierde regeling betreft een vrijwillige aanvullende regeling in de vorm van een beschikbare premieregeling, waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de premie aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel. De Commissie heeft besloten het oordeel, over de vraag of dit in strijd is met de WGBL, eveneens aan te houden en een nader onderzoek in te stellen. Tussenoordeel.

04 | 104

17 augustus 2004

(mr. H.F. van den Haak (voorzitter) mr. M. van den Brink en mr. drs. P.H.A. van Geel)

Artikel 6 AWGB
Artikel 5 AWGB

Verweerster heeft niet kunnen bewijzen dat de seksuele gerichtheid van verzoeker geen rol heeft gespeeld bij het afbreken van de onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsovereenkomst.

Verzoeker is eigenaar van een architectenbureau. Verweerster exploiteert eveneens een architectenbureau. Verweerster heeft een advertentie geplaatst waarin een collega-architect wordt gevraagd om de continuïteit van haar bedrijf te waarborgen. Verzoeker heeft op deze advertentie gereageerd. Verzoeker en verweerster hebben in totaal zes gesprekken gevoerd. Verzoeker heeft eenmaal een brief en eenmaal een fax ontvangen waarin de besproken punten voor een te maken samenwerkingsovereenkomst schriftelijk stonden vastgelegd. Op de dag van de ontvangst van voornoemde fax, heeft de adviseur van verweerster tijdens een gearrangeerd gesprek aan verzoeker gevraagd of hij samenwoonde met een man met wie hij een homoseksuele relatie heeft. Verzoeker heeft bevestigend geantwoord. Drie dagen later, na het weekeinde, heeft verzoeker een fax ontvangen van verweerster waarin stond dat verweerster wenste af te zien van verdere onderhandelingen omdat er van de kant van verweerster geen voldoende vertrouwensbasis meer was voor de zeer ingrijpende verdere ontwikkelingen. In geding is de vraag of verweerster jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door de onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsverband af te breken. De Commissie concludeert allereerst dat de beoogde samenwerkingsvormen tussen verzoeker en verweerster te herleiden zijn tot artikel 5 dan wel 6 AWGB en dat zij derhalve bevoegd is het bestreden handelen van verweerster te toetsen. Wat de zaak zelf betreft oordeelt de Commissie dat verzoeker voldoende feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van seksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden vanwege de korte tijdspanne tussen de bevestiging van verzoeker dat hij een homoseksuele relatie heeft en het afbreken van de onderhandelingen, alsmede de omstandigheid dat verzoeker er vanuit mocht gaan dat verweerster positief stond tegenover het aangaan van een samenwerkingsverband. De Commissie is voorts

van oordeel dat er geen, door verweerster aangevoerd, verband kan bestaan tussen de zakelijke (on)geschiktheid van verzoeker en de al dan niet gegeven openheid over zijn seksuele gerichtheid. Verweerster heeft haar kritiek op de persoon dan wel capaciteiten van verzoeker niet onderbouwd. Verweerster heeft derhalve niet kunnen bewijzen dat de seksuele gerichtheid van verzoeker geen rol heeft gespeeld bij het afbreken van de onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsverband met hem.
Strijd met de wet.

1 PROCESVERLOOP

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift met bijlagen heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsverband met verzoeker af te breken.

1.2 Op 12 mei 2004 heeft de Commissie aan verzoeker aanvullende informatie gevraagd. Deze heeft de Commissie op 18 mei 2004 ontvangen. Op 29 juni 2004 heeft verzoeker de uitspraak van het College van Toezicht van de Bond van Nederlandse Architecten (hierna: BNA) naar de Commissie gefaxt en heeft de Commissie deze dezelfde dag ontvangen. Op 30 juni 2004 heeft de Commissie voornoemde uitspraak per post ontvangen.

1.3 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Op 26 mei 2004 is de reactie van verweerster bij de Commissie ontvangen.

1.4 Op 5 juli 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen en hun raadslieden onder meer hun standpunten mondeling nader hebben toegelicht.

1.5 De Commissie heeft bij die gelegenheid . . . ., adviseur van verweerster (hierna: getuige), als getuige gehoord.

2 FEITEN

2.1 Verzoeker is eigenaar van een architectenbureau. Verweerster exploiteert eveneens een architectenbureau. In een architectentijdschrift van april 2003 heeft verweerster een advertentie geplaatst waarin een collega-architect wordt gevraagd om de continuïteit van haar bedrijf te waarborgen. Verzoeker heeft op deze advertentie gereageerd.

2.2 Op 9 april 2003 heeft, naar aanleiding van de advertentie, een eerste gesprek tussen verzoeker en verweerster plaatsgevonden waarna nog vijf gesprekken zijn gevolgd, te weten op 5 mei 2003, 28 mei 2003, 16 juni 2003, 20 juni 2003 en 27 juni 2003.

2.3 Naar aanleiding van het gesprek van 28 mei 2003 en ter voorbereiding op het gesprek van 16 juni 2003, heeft verweerster verzoeker op 12 juni 2003 een brief gestuurd.

2.4 Op 27 juni 2003 heeft verweerster verzoeker per fax een 'praatstuk' onder het kopje 'concept voor een overeenkomst' gestuurd. Voorts hebben verzoeker en getuige op dezelfde dag een gesprek gehad waarin de getuige heeft gevraagd of verzoeker samenwoonde met een man met wie hij een homoseksuele relatie heeft.

2.5 Op 30 juni 2003 heeft verweerster verzoeker per fax bericht af te zien van verdere onderhandelingen met betrekking tot een samenwerkingsverband omdat er van de kant van verweerster 'geen voldoende vertrouwensbasis is' voor de zeer ingrijpende verdere ontwikkelingen.

2.6 Verzoeker heeft tegen deze gang van zaken een klacht ingediend bij het College van Toezicht van de BNA. Voornoemd college heeft in eerste aanleg geconcludeerd dat verweerster jegens verzoeker onderscheid op grond van seksuele gerichtheid heeft gemaakt en de klacht van verzoeker gegrond verklaard. Deze beslissing is op 28 juni 2004 aan partijen verzonden.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoeker acht zich ongelijk behandeld op grond van zijn seksuele gerichtheid daar hij van mening is dat zijn seksuele gerichtheid ertoe heeft geleid dat verweerster geen samenwerkingsovereenkomst met hem is aangegaan.

3.2 De onderhandelingen waren erop gericht dat verzoeker om te beginnen mee zou werken ten behoeve van het kantoor van verweerster waarna op termijn zou worden toegewerkt naar overname van het kantoor van verweerster door verzoeker. In het 'praatstuk' onder het kopje 'concept voor

een overeenkomst' van 27 juni 2003 waren daartoe drie fasen opgenomen. De eerste fase zou een proeftijd zijn van 1 oktober 2003 tot 1 april 2004. Tijdens deze fase zou verzoeker uitbetaald worden op uurbasis of een volledig salaris ontvangen als meewerkend architect. De tweede fase zou een overgangsfase zijn en twee jaar duren. Na afloop van de tweede fase zou verzoeker mededirecteur worden en zou het partnerschap een feit zijn. Verzoeker ging er vanuit dat hij tijdens de eerste fase in loondienst zou zijn bij verweerster.

3.3 Verweerster heeft zich in alle communicatie, zowel telefonisch als tijdens de zes gesprekken, uiterst positief uitgelaten en vol vertrouwen over de onderhandelingen. Na het tweede gesprek heeft de eigenaar van verweerster gezegd dat de andere twee kandidaten worden afgeschreven en dat de procedure alleen met verzoeker zou worden voortgezet. Voorts bleek uit zowel de brief van 12 juni 2003 als uit het gefaxte 'praatstuk' onder het kopje 'concept voor een overeenkomst' van 27 juni 2003 dat verweerster een samenwerkingsverband wilde aangaan met verzoeker. Immers, in zowel de brief als de fax stonden de op 16 en 20 juni 2003 besproken punten vermeld welke een basis vormden voor een af te sluiten overeenkomst.

3.4 Het derde gesprek op 28 mei 2003 was een gesprek waarbij de eigenaar van verweerster ook aanwezig was. Het gesprek ging over de persoon van verzoeker waarin de getuige een aantal privé-vragen stelde aan verzoeker over zijn werkinstelling, zijn burgerlijke staat, zijn eventuele kinderwens en zijn gezondheid. Verzoeker heeft tijdens dit gesprek onder andere verteld dat hij een partner heeft die in de verpleging werkzaam is en dat hij geen kinderwens heeft. Verzoeker had de indruk dat de getuige veronderstelde dat zijn partner een vrouw was. Van de eigenaar van verweerster vermoedde verzoeker dat hij doorhad dat zijn partner een man is. Verzoeker heeft dit gesprek als vervelend ervaren. Verzoeker ontkent met klem de bewering van verweerster dat hij tijdens dit gesprek of welk ander gesprek dan ook zijn partner met de woorden 'zij' dan wel 'vriendin' zou hebben aangeduid en hij voelt zich allerminst verantwoordelijk voor eventuele aannames van verweerster op dit punt.

3.5 Het vierde gesprek op 16 juni 2003 was een kennismakingsgesprek met potentiële toekomstige collega's. De privé-situatie van verzoeker is ook in dit gesprek kort aan bod gekomen. Het gesprek op 20 juni 2003 vond plaats op het kantoor van verzoeker en had een zakelijke inhoud.

3.6 De gespreksdatum is 27 juni 2003 telefonisch op 26 juni 2003 door verweerster geforceerd. Verzoeker zou binnen enkele dagen vier weken op vakantie gaan en het was derhalve een hectische tijd. Verzoeker verwachtte dat hij met verweerster zou praten over het gefaxte conceptcontract.

3.7 Tijdens het gesprek van 27 juni 2003, dat plaatsvond op het kantoor van verzoeker tussen de getuige en verzoeker, heeft de getuige vrijwel direct aan verzoeker gevraagd of hij homoseksueel is. Verzoeker was overdonderd door deze vraag en heeft bevestigend geantwoord. Het gesprek duurde nog geen tien minuten. Verzoeker was boos over het feit dat deze vraag werd gesteld.

3.8 Na het weekend liet verweerster verzoeker per fax weten dat de onderhandelingen werden afgebroken. Verzoeker kan niet anders dan concluderen dat zijn seksuele gerichtheid de reden is geweest dat verweerster met hem geen samenwerkings-overeenkomst wilde aangaan.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERSTER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Verweerster betwist de stelling van verzoeker dat de onderhandelingen met verzoeker zijn afgebroken vanwege de seksuele geaardheid van verzoeker. De reden van het afzien van samenwerking was het wegvallen van een vertrouwensbasis.

4.2 Er is gekozen om met verzoeker door te praten. Tussen de periode van 9 april 2003 en 30 juni 2003 is er echter twijfel ontstaan omtrent de persoon en de capaciteiten van verzoeker.
De twijfels over de persoon van verzoeker waren allereerst gerezen vanwege een auteursrechtelijk geschil dat verzoeker had gehad met een collega-architect. De eigenaar van verweerster heeft desgevraagd ter zitting verklaard dit verder niet onderzocht te hebben en is er met verzoeker evenmin nader op ingegaan. Daarnaast heeft verzoeker tijdens een gesprek gezegd dat hij wilde dat de medewerkers zich honderd procent inzetten, hetgeen volgens de eigenaar van

verweerster impliceerde dat verweersters medewerkers niet hard werkten. Verzoeker kwam daarmee een beetje dwangmatig over. Desgevraagd heeft de eigenaar van verweerster ter zitting eveneens verklaard dat hij deze gevoelens niet kenbaar heeft gemaakt aan verzoeker.

4.3 Bij gelegenheid van het gesprek op 28 mei 2003 heeft de getuige geïnformeerd naar de huiselijke omstandigheden van verzoeker. De eigenaar van verweerster was niet op de hoogte van hetgeen getuige zou vragen. Het ging hier niet om een werkgevers werknemersrelatie als wel om een gelijkwaardige gesprekspartner aan wie de eigenaar van verweerster op termijn zijn levenswerk zou overdragen. In deze situatie was de eigenaar van verweerster het derhalve eens met de vraagstelling van de getuige.

4.4 Op de vragen van de getuige heeft verzoeker geantwoord dat hij een partner heeft. Of hij zijn partner heeft aangeduid met 'zij' kan de eigenaar van verweerster zich niet meer helemaal herinneren maar hij is er bijna zeker van dat verzoeker 'zij' heeft gezegd. Tijdens het gesprek van 16 juni 2003 heeft verzoeker echter wel gezegd dat zijn vriendin studeerde.

4.5 Op 20 juni 2003 heeft een gesprek plaatsgevonden op het kantoor van verzoeker. Verzoeker woont naast zijn kantoor. Op het naambordje van het huisadres van verzoeker heeft de eigenaar van verweerster toen twee mannennamen zien staan. Dit was de eerste keer dat de eigenaar van verweerster de indruk kreeg dat de partner van verzoeker een man is. De eigenaar van verweerster wist niet wat hij met de situatie aan moest en heeft er derhalve niets over gezegd tijdens het gesprek dat hij daarna met verzoeker had.

4.6 De eigenaar van verweerster was teleurgesteld dat verzoeker niet eerlijk was geweest tijdens de gesprekken of tenminste de door hem gewekte indruk bewust had nagelaten recht te zetten. Hij heeft een dag na het gesprek contact gehad met de getuige over zijn bevindingen. De getuige heeft de eigenaar van verweerster aangeboden verzoeker te vragen naar de situatie aangezien de eigenaar van verweerster het erg druk had vanwege zijn aanstaande vakantie.

4.7 Uitsluitend om te kunnen beoordelen of er terechte twijfel aan de oprechtheid en de betrouwbaarheid van verzoeker was, heeft de getuige op vrijdag 27 juni 2003 aan verzoeker gevraagd of verzoeker samenwoonde met een man waarmee hij een homo-seksuele relatie heeft. Verzoeker heeft hierop boos gereageerd maar bevestigend geantwoord. De eigenaar van verweerster was teleurgesteld over de boze reactie van verzoeker. Verzoeker was immers oneerlijk geweest. Naast de reeds eerder gerezen twijfels over verzoeker, was zijn onoprechtheid alsmede zijn reactie op de confrontatie met zijn onoprechtheid, aanleiding voor de eigenaar van verweerster om te concluderen dat de vertrouwensbasis waarop verder kon worden onderhandeld was weggevallen. Verweerster heeft op maandag 30 juni 2003 de onderhandelingen afgebroken.

4.8 Overigens voert verweerster als laatste aan dat verzoeker in zijn klacht niet ontvankelijk is. Artikel 5 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is niet van toepassing omdat het hier gaat om het samengaan van twee kantoren en niet om het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Artikel 6 AWGB is evenmin van toepassing aangezien verzoeker reeds is toegetreden tot het vrije beroep. De klacht kan derhalve niet in behandeling worden genomen door de Commissie.

5 VERKLARING VAN GETUIGE

5.1 De door de Commissie opgeroepen getuige heeft onder meer het volgende verklaard.

5.2 De getuige is een vriend van de eigenaar van verweerster en speelde op diens verzoek een adviserende rol in het wervingsproces van een collega-architect. De getuige had geen stem in het selectieproces.

5.3 De getuige heeft twee gesprekken gevoerd met verzoeker, op 28 mei 2003 en 27 juni 2003.

5.4 Tijdens het gesprek op 28 mei 2003 heeft getuige vragen gesteld over de persoonlijke situatie van verzoeker. Getuige was vooral geïnteresseerd in het privé-leven van verzoeker aangezien hij aan de hand daarvan kan inschatten wat voor werkinstelling verzoeker heeft en dus kan beoordelen of hij geschikt is voor de beoogde samenwerking en mogelijke opvolging van de eigenaar van het bedrijf. Tijdens dit gesprek is ook de partner van verzoeker ter sprake gekomen. Verzoeker heeft verklaard dat hij een partner had en dat zij in de verpleging zat. Getuige is

er zeker van dat verzoeker tijdens dit gesprek over zijn partner sprak als 'zij'.

5.5 Nadat de eigenaar van verweerster getuige telefonisch had verteld over zijn indruk dat verzoeker samenwoonde met een man, heeft getuige aangeboden het gesprek met verzoeker aan te gaan. Verzoeker was immers niet eerlijk geweest. Bovendien had de eigenaar van verweerster het druk met het afronden van zijn werkzaamheden voordat hij op vakantie ging.

5.6 Op 27 juni 2003 is getuige naar het kantoor van verzoeker gegaan en heeft hij verzoeker gevraagd naar zijn seksuele gerichtheid. De getuige begreep niet dat verzoeker boos reageerde op zijn vraag.

5.7 Na het gesprek heeft getuige de eigenaar van verweerster geadviseerd niet door te gaan met verzoeker nu hij onbetrouwbaar was gebleken vanwege de onjuiste antwoorden die verzoeker tijdens het gesprek had gegeven en het bewust niet weerleggen van de indruk die was ontstaan dat de partner van verzoeker een vrouw is.

6 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

6.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door de onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsverband af te breken.

6.2 De Commissie gaat eerst in op het verweer dat verzoeker niet ontvankelijk is in zijn klacht (zie onder 4.8).
Vast staat dat partijen nog niet voor een bepaalde rechtsverhouding hadden gekozen. In de fax van 27 juni 2003 (zie onder 2.4) heeft verweerster een eerste aanzet gegeven voor een driefasenplan voor de realisering van de beoogde samenwerking.
De eerste fase van dit plan behelst een proefperiode waarin verzoeker hetzij tegen een betaling per gewerkt uur, hetzij tegen een maandsalaris arbeidsprestaties zou leveren. Voor het geval de proefperiode zou leiden tot een positief besluit over verdere samen-werking zou, in een als overgangsperiode te beschouwen tweede fase, een vast medewerkerschap van verzoeker voor een periode van een jaar volgen. Tenslotte zouden in de derde fase de architectenbureaus van partijen kunnen samengaan. Ook voor deze laatste fase bevat het voorstel van verweerster verschillende opties. In deze derde fase is sprake van partnerschap en een positie van verzoeker als mededirecteur en mede-eigenaar.

6.3 Voornoemde voorstellen voor de eerste en tweede fase zouden, bij voortzetting van de onderhandelingen, hebben kunnen resulteren in een arbeidsovereenkomst of een andersoortige arbeidsrelatie waarin enige vorm van gezagsrelatie ten opzichte van verzoeker zou bestaan. Het gaat in deze fases telkens om het vervullen van een opengestelde betrekking als bedoeld in artikel 5 AWGB. Daarbij geldt dat het begrip betrekking, zoals volgt uit de memorie van toelichting op artikel 5 AWGB een zodanig ruime betekenis heeft (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16) dat het zowel een arbeidsovereenkomst omvat als een andersoortige arbeidsverhouding, beide als in 6.2 aangegeven.

6.4 Wat betreft de derde fase rijst de vraag of de te bereiken leidinggevende positie van verzoeker in het beoogde bedrijvenverband eveneens valt te beschouwen als een betrekking in de zin van artikel 5 AWGB. Het antwoord daarop is mede afhankelijk van de inhoud van het tot stand te brengen directiereglement en van de nader te regelen zeggenschap over de nieuwe regeling. Wat daarvan zij, de onderhandelingen betroffen, voor zover het de derde fase aangaat, in ieder geval de verder gelegen mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen een vrij beroep in de zin van artikel 6 AWGB. Anders dan het betoog van verweerster op dit punt impliceert, is het begrip ontplooiing als bedoeld in artikel 6 AWGB niet beperkt tot het zetten van eerste stappen op de weg van een carrière als beroepsbeoefenaar maar strekt het zich ook uit tot het vervolg. Noch de wetsgeschiedenis noch de rechtspraak geven aanleiding voor de aangevoerde beperkte interpretatie. Het zou ook in strijd zijn met een redelijke uitleg van artikel 6 AWGB wanneer het verbod op het maken van onderscheid wel zou gelden ten aanzien van 'beginners' en niet voor hen die, zoals verzoeker, reeds ervaring in het vrije beroep hebben opgedaan.

6.5 Op grond van voorgaande overwegingen concludeert de Commissie dat zij bevoegd is het omstreden optreden van verweerster te toetsen zowel aan artikel 5 als aan artikel 6 AWGB.

6.6 Wat de zaak zelf betreft, stelt de Commissie op het punt van de bewijslastverdeling voorop dat ingevolge artikel 10 AWGB verzoeker feiten dient aan te voeren die onderscheid op grond van seksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden. Indien hij daarin slaagt, dient verweerster te bewijzen dat de seksuele gerichtheid van verzoeker geen rol heeft gespeeld bij de beslissing de onderhandelingen met verzoeker af te breken en dat zij derhalve niet heeft gehandeld in strijd met de AWGB.

6.7 Ten aanzien van de door verzoeker aangevoerde feiten die onderscheid op grond van seksuele gerichtheid kunnen doen vermoeden, oordeelt de Commissie als volgt.

6.8 Onbetwist is dat de getuige tijdens het gesprek van vrijdag 27 juni 2003 verzoeker heeft gevraagd naar zijn seksuele gerichtheid. Tevens staat vast dat het gesprek hooguit tien minuten heeft geduurd en voor verweerster slechts tot doel had om naar de seksuele gerichtheid te vragen om, zo stelt verweerster, zodoende de oprechtheid van verzoeker te toetsen. Drie dagen later, na het weekeinde, heeft verweerster de onderhandelingen afgebroken omdat de vertrouwensbasis zou zijn weggevallen.

6.9 Voorts staat vast dat verzoeker en verweerster zes gesprekken hebben gevoerd, gericht op het tot stand brengen van een samenwerkingsovereenkomst. Vast staat eveneens dat een paar uur voor het laatste gesprek, verweerster een 'praatstuk' met de titel 'concept voor een overeenkomst' heeft gefaxt naar verzoeker. In dit stuk worden, zoals hierboven beschreven, de mogelijke contractvormen ten behoeve van het samenwerkingsverband genoemd. Ook eerder, op 12 juni 2003, heeft verweerster punten voor een op te stellen overeenkomst op schrift gezet en aan verzoeker voorgelegd. Bovendien heeft verweerster bevestigd dat zij de twijfels over de persoon en de capaciteiten van verzoeker, die zij zegt al eerder te hebben gehad, niet met verzoeker besproken. Gezien het vorenoverwogene oordeelt de Commissie dat verzoeker er derhalve van uit mocht gaan dat verweerster positief stond tegenover het aangaan van een samenwerkingsverband met hem.

6.10 Er was een zeer korte interval van slechts een weekeinde tussen het door verweerster verkrijgen van wetenschap omtrent verzoekers homoseksuele relatie en het abrupt afbreken van de onderhandelingen, die tot dan toe voorspoedig waren verlopen en verzoeker uitzicht boden op nauwe zakelijke samenwerking met verweerster. Dit brengt de Commissie tot de conclusie dat verzoeker voldoende feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid bij de vervulling van een openstaande betrekking als bedoeld in artikel 5 AWGB, en in het verlengde daarvan bij het bieden van mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep als bedoeld in artikel 6 AWGB.

6.11 Conform de bewijslastverdeling, zoals weergegeven onder 6.6, is het aan verweerster om te bewijzen dat geen onderscheid is gemaakt op grond van seksuele gerichtheid bij de behandeling en bij de vervulling van een openstaande betrekking of de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep.

6.12 Verweerster voert aan dat niet de seksuele gerichtheid van verzoeker de reden is geweest voor het afbreken van de onderhandelingen, maar de omstandigheid dat verzoeker daarover niet oprecht is geweest, door zijn partner met 'zij' en 'vriendin' aan te duiden, of tenminste verweerster bewust niet te corrigeren in haar aanname dat verzoekers partner een vrouw is. Dit was voor verweerster reden om aan te nemen dat verzoeker geen betrouwbare gesprekspartner was en in de ogen van verweerster derhalve niet geschikt om haar levenswerk aan over te dragen. Verzoeker ontkent zijn seksuele gerichtheid bewust verborgen te hebben gehouden.

6.13 Analyse van de in samenhang met de getuigenverklaring te beoordelen, haaks op elkaar staande standpunten van partijen inzake hetgeen verzoeker in de gesprekken van 28 mei 2003 en 16 juni 2003 heeft gezegd over of in verband met zijn seksuele geaardheid, heeft de Commissie niet kunnen overtuigen van de juistheid van de stelling van verweerster dat verzoeker zich direct of indirect heeft geuit in die zin dat hij een vrouwelijke partner zou hebben en aldus zijn homoseksualiteit zou hebben willen verbergen.
Evenwel, zelfs al zou verzoeker niet open zijn geweest over zijn seksuele gerichtheid, dan nog brengt dit volgens de Commissie niet mee dat verzoeker geen betrouwbare

zakenpartner zou kunnen zijn, zoals partijen oorspronkelijk beoogden.

6.14 Naast de door verweerster gestelde onbetrouwbaarheid van verzoeker, heeft verweerster tevens aangevoerd dat er reeds twijfels waren over de geschiktheid van verzoeker vanwege een auteursrechtelijk geschil dat verzoeker zou hebben gehad met een collega-architect, alsmede de dwangmatige indruk die verweerster van verzoeker had gekregen. Ter zitting heeft verweerster verklaard dat zij deze kritiekpunten niet verder heeft onderzocht en hierin op zichzelf ook geen reden zag voor het afbreken van de onderhandelingen. De Commissie oordeelt derhalve dat ook deze redenen het vermoeden van onderscheid niet kunnen weerleggen.

6.15 Nu verweerster de bij haar gerezen twijfel over de persoon dan wel de geschiktheid van verzoeker niet nader heeft onderbouwd en er volgens de Commissie geen verband kan bestaan tussen de zakelijke (on)geschiktheid van verzoeker en het geslacht van de partner van verzoeker noch het misverstand dat daarover kennelijk is ontstaan, kunnen de onder 6.14 beschreven twijfels noch op zichzelf noch in samenhang met de door verweerster aangehaalde vertrouwenskwestie bewijzen dat niet in strijd met artikel 5 dan wel artikel 6 AWGB is gehandeld.

7 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . jegens . . . . onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door de onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsverband af te breken.

04 | 105

23 augustus 2004

Artikel 7:646 BW
Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 8 BW

Pensioen. Geen opbouw pensioen. Geen vermoeden van onderscheid op grond van geslacht.

Verzoekster is van 1 mei 1968 tot 14 april 1986 in dienst geweest van verweerster. Zij heeft in deze periode geen pensioen opgebouwd en heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster jegens haar onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar uit te sluiten van deelname in de pensioenregeling.
De Commissie oordeelt dat het verzoek, voorzover het betrekking heeft op de periode van 1 mei 1968 tot en met 7 april 1976, niet ontvankelijk is.
Bij de beoordeling van de vraag of verweerster in de periode van 8 april 1976 tot 14 april 1986 onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, is het volgende van belang.
Na een wijziging van de pensioenregeling in 1972 konden alle werknemers, ongeacht geslacht, deelnemen in de pensioenregeling. Mede doordat de wijziging lange tijd geleden heeft plaatsgevonden, is niet meer vast te stellen waarom verzoekster desondanks geen pensioen heeft opgebouwd. Verzoekster heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat haar geslacht een rol heeft gespeeld bij het feit dat zij geen pensioen heeft opgebouwd. De Commissie oordeelt op grond hiervan dat verweerster jegens verzoekster geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.
Geen strijd met de wet.

04 | 106

23 augustus 2004

Artikel 7:646 BW
Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 8 BW
Artikel 12b WGB

Pensioen. Geen opbouw pensioen. Geen vermoeden van onderscheid op grond van geslacht.

Verzoekster is van 1 mei 1968 tot 14 april 1986 in dienst geweest van de werkgever. Verweerster voert de bij de werkgever geldende pensioenrege-

ling uit. Verzoekster heeft in de periode dat ze bij de werkgever werkzaam was geen pensioen opgebouwd en heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster jegens haar onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar uit te sluiten van deelname in de pensioenregeling.
De Commissie oordeelt dat het verzoek, voorzover het betrekking heeft op de periode van 1 mei 1968 tot en met 7 april 1976, niet ontvankelijk is. Bij de beoordeling van de vraag of verweerster in de periode van 8 april 1976 tot 14 april 1986 onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, is het volgende van belang.
Na een wijziging van de pensioenregeling in 1972 konden alle werknemers, ongeacht geslacht, deelnemen in de pensioenregeling. Mede doordat de wijziging lange tijd geleden heeft plaatsgevonden, is niet meer vast te stellen waarom verzoekster desondanks geen pensioen heeft opgebouwd. Verzoekster heeft geen feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat haar geslacht een rol heeft gespeeld bij het feit dat zij geen pensioen heeft opgebouwd. De Commissie oordeelt op grond hiervan dat verweerster jegens verzoekster geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.
Geen strijd met de wet.

04 | 107

19 augustus 2004

Artikel 3 lid 1 WGBH/CZ
Artikel 4 WGBH/CZ

Werkgever besluit het loon van een WAO-er niet te verhogen en om zijn sociaal loon af te bouwen. Het eerste is in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte; het tweede is daarmee niet in strijd.

Een werknemer is volledig arbeidsongeschikt verklaard in de zin van de WAO. Hij is 15 uur per week aan het werk in een aangepaste functie bij zijn eigen werkgever. Zijn inkomen bestaat uit het loon dat hij ontvangt voor 15 uur werken, een volledige WAO-uitkering en een sociaal loon. Dit sociaal loon is bedoeld om te voorkomen dat de werknemer in inkomen achteruit gaat.
De werknemer heeft een klacht ingediend bij de Commissie omdat zijn werkgever zijn loon niet verhoogt en heeft besloten het sociaal loon af te bouwen. De werkgever is van mening dat de houding en inzet van de werknemer geen aanleiding geven zijn loon te verhogen. Daarnaast heeft de werkgever een aantal redenen gegeven waarom hij het sociaal loon wil afbouwen.
De Commissie is van oordeel dat de werkgever in strijd handelt met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte door het loon van de werknemer niet te verhogen. De werkgever handelt niet in strijd met deze wet door het sociaal loon af te bouwen.
Wel en geen strijd met de wet.

04 | 108

24 augustus 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door de arbeidsovereenkomst met verzoeker te beëindigen, omdat verzoeker geen feiten heeft aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden.

Verzoeker heeft twee versleten kniegewrichten waardoor hij moeilijk loopt. Verzoeker is sedert eind juli 2003 werkzaam bij verweerder als credit manager. Verweerder heeft verzoeker met ingang van 12 december 2003 geschorst om een onderzoek te verrichten naar klachten over het functioneren van verzoeker. In opdracht van verweerder is in januari 2004 een tweetal rapporten opgesteld omtrent het functioneren van verzoeker. Vervolgens heeft verweerder verzoeker verscheidene malen uitgenodigd voor bespreking van deze rapporten. Verzoeker is niet ingegaan op deze uitnodigingen omdat hij eerst een tegenonderzoek wilde verrichten in het bedrijf van verweerder. Verweerder heeft verzoeker vervolgens in de gelegenheid gesteld dit tegenonderzoek te verrichten onder de voorwaarde dat dit samen met een andere medewerker gebeurde. Hierop is verzoeker niet ingegaan. Op 30 juli 2004 heeft verweerder de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst met verzoeker te ontbinden wegens gewichtige redenen.
Verzoeker is van mening dat verweerder jegens hem onderscheid maakt op grond van handicap of chronische ziekte bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daartoe heeft verzoeker gewezen op twee schriftelijke verklaringen van ex-werknemers van verweerder, waarin is vermeld dat de handicap van verzoeker een rol speelt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met verzoeker. Verweerder stelt daarentegen dat de op- en aanmerkingen aangaande verzoeker uitsluitend betrekking hebben op zijn slechte functioneren en geenszins op zijn handicap.

De Commissie is van oordeel dat nu verweerder de door verzoeker overgelegde verklaringen van ex-werknemers op alle punten gemotiveerd heeft weersproken, deze verklaringen niet zonder meer als feiten kunnen worden aangemerkt die onderscheid kunnen doen vermoeden. Geoordeeld wordt dat verzoeker er ook overigens niet in is geslaagd feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden. Hiermee is er geen aanleiding de bewijslast te schuiven naar verweerder. Verweerder heeft derhalve geen onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door de arbeidsovereenkomst met verzoeker ter ontbinding voor te leggen aan de kantonrechter.
Geen strijd met de wet.

04 | 109

30 augustus 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door met verzoeker geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Verzoeker is werkstudent. Hij was bij verweerster werkzaam als servicemedewerker parkeerdiensten op basis van een inmiddels tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Begin maart 2003 meldde verzoeker zich ziek als gevolg van verergering van zijn klachten behorend bij zijn handicap. Verweerster heeft toen gezocht naar een passende functie. In een periode van een half jaar heeft verweerster verzoeker vier concrete aanbiedingen gedaan: in een kleinere parkeergarage, twee functies bij een bank en een functie in een museum. De functie in de kleinere parkeergarage en de (tweede) functie bij de bank met 8-urige dienst, met gedeeltelijke bezetting, had niet het gewenste effect. Verzoeker heeft zelf de (eerste) functie bij de bank voor een 5,5-urige dienst, met dubbele bezetting, van de hand gewezen en de functie bij het museum geweigerd. Nu verweerster verzoeker een aantal functies heeft aangeboden en geen andere passende functie voor verzoeker beschikbaar had en ook verwachtte deze niet op korte termijn te zullen vinden, is de Commissie van oordeel dat verweerster heeft bewezen niet in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte te hebben gehandeld.
Geen strijd met de wet.

04 | 110

1 september 2004

Artikel 7 AWGB

Door invoering van haar kledingvoorschriften zal verzoekster, een scholengemeenschap, niet in strijd handelen met de wetgeving gelijke behandeling.

De vraag ligt voor of verzoekster een school voor vmbo, havo en wvo, door invoering en toepassing van het kledingreglement jegens haar leerlingen en/of werknemers in strijd zal handelen met de gelijke behandelingswetgeving.
In het kledingreglement is bepaald dat de bedekking van het hoofd (in- of exclusief het gezicht) is verboden, tenzij het gaat om een bedekking van het hoofd (exclusief het gehele gezicht) op grond van al dan niet dwingende voorschriften van de eigen religie.
Artikel 1 AWGB verbiedt in samenhang met de artikelen 5 en 7 AWGB onderscheid te maken op grond van onder meer godsdienst. Dit kledingvoorschrift levert geen direct onderscheid op maar heeft wel indirect onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg. Het verbod zal immers personen die op grond van hun geloof (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding dragen onevenredig treffen. Indirect onderscheid is niet verboden indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, hetgeen zal worden getoetst. Verzoekster heeft aangegeven als doel na te streven het optimaliseren van de onderlinge communicatie, de veiligheid op school en het vinden van een stageplaats. Deze doelen zijn voldoende zwaarwegend en beantwoorden aan een werkelijke behoefte van verzoekster. Dit geldt evenwel niet voor het doel dat betrekking heeft op de stage. Ten aanzien van de doelen communicatie en de veiligheid wordt geoordeeld dat het middel – het verbod op (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding – passend en noodzakelijk is. Met name is van belang dat niet kan worden gezien op welke andere, minder onderscheidmakende wijze, verzoekster de gestelde doelen kan bereiken. Verzoekster zal, door invoering en toepassing van haar kledingvoorschrift niet in strijd handelen met de wetgeving gelijke behandeling. De Commissie doet wel enkele aanbevelingen over onder meer de formulering.
Geen strijd met de wet.

04 | 111

6 september 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:648 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 5 BW
Artikel 7:646 lid 6 BW

Geen verboden onderscheid op grond van arbeidsduur en/of geslacht door de nieuwe wijze van inroosteren, waarbij het personeel wordt ingeroosterd op basis van het verwachte werkaanbod.

Verzoeker is de ondernemingsraad van verweerster. Verweerster is een bedrijf op het gebied van telecommunicatie dat een winkelketen heeft en een aantal business-centers voor zakelijke klanten. Verweerster heeft haar beleid ten aanzien van het inroosteren van personeel verfijnd. Deze nieuwe manier van inroosteren, waarbij werknemers worden ingeroosterd op basis van het verwachte werkaanbod in de winkels en business-centers, wordt Arbeidstijdenmanagement (ATM) genoemd. Verzoeker is van mening dat verweerster met ATM verboden onderscheid maakt op grond van arbeidsduur en/of geslacht.
De Commissie is van oordeel dat ATM leidt tot een benadeling van deeltijders doordat hun werk in verhouding tot de omvang ervan over meer dagen per week kan worden gespreid dan dat van voltijders, hetgeen althans door sommige deeltijders als nadelig kan worden ervaren. Deeltijders die al bij verweerster in dienst waren voordat ATM werd ingevoerd, worden door dat systeem tevens benadeeld doordat zij werk en vrije tijd opnieuw moeten afstemmen. Er is derhalve sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur. De Commissie acht dit onderscheid evenwel objectief gerechtvaardigd. De Commissie is tevens van oordeel dat ATM kan leiden tot een benadeling van hoofd-zakelijk vrouwen en derhalve tot indirect onderscheid op grond van geslacht. Hiertoe is overwogen dat het merendeel van de deeltijders bij verweerster vrouw is. Het is een feit van algemene bekendheid dat vrouwen meer en vaker zorgtaken vervullen dan mannelijke werknemers. Vrouwen zullen door ATM daarom relatief vaker te maken krijgen met een inroostering op momenten waarop zij voorheen zorgtaken uitvoerden. De door verweerster aangedragen feiten ter rechtvaardiging van het indirecte onderscheid op grond van geslacht zijn hetzelfde als die ter rechtvaardiging van het onderscheid op grond van arbeidsduur. Het indirecte onderscheid op grond van geslacht wordt derhalve eveneens gerechtvaardigd geacht.
Geen strijd met de wet.

04 | 112

8 september 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerster maakt indirect onderscheid in strijd met de wet door bezoekers slechts toe te laten tot haar restaurant op voorwaarde dat zij hun hoofddoeken en -deksels afnemen.

Verweerster exploiteert een restaurant. Begin 2004 heeft verweerster haar toelatingsbeleid aangescherpt. Een van de nieuwe regels is dat alle bezoekers wordt gevraagd hun hoofdbedekking af te nemen.
Verzoeksters zijn allen moslim en dragen vanwege hun geloofsovertuiging een hoofddoek. Elk van de verzoeksters is een keer de toegang geweigerd omdat zij niet wilde voldoen aan het verzoek haar hoofddoek af te nemen. Verzoeksters voelen zich vernederd en gediscrimineerd vanwege hun godsdienst.
Verweerster beoogt met haar aangescherpte beleid een wat stijlvoller en ouder publiek te trekken. Om één lijn te trekken en conflicten bij de deur te voorkomen maakt verweerster geen uitzonderingen op haar beleid en weigert zij alle bezoekers met een hoofddeksel of -doek, ook al erkent ze dat verzoeksters in beginsel wel passen in het door haar gewenste bezoekersprofiel.
De Commissie overweegt dat, hoewel het doel legitiem is, het gehanteerde middel niet geschikt is nu verweerster hiermee juist ook bezoekers weert die niet behoren tot de groep samenklittende, slordig geklede jongeren die verweerster wenst te weren. Het middel is evenmin noodzakelijk. Verweerster kan hetgeen zij als niet stijlvol beschouwt, bijvoorbeeld sportkleding, eenvoudig specificeren. Op grond van zo'n criterium zijn stijlvol geklede mensen met of zonder hoofddoek welkom, terwijl mensen gekleed in trainingspak – met of zonder hoofdbedekking – om die reden kunnen worden geweigerd, zonder dat dat leidt tot onderscheid op grond van godsdienst.
Strijd met de wet.

04 | 113

14 september 2004

Artikel 7:646 BW
Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 5 AWGB

Onderscheid op grond van ras en geslacht bij de bejegening en bij de beëindiging van de arbeidsverhouding nu verweerster het door verzoekster gevestigde vermoeden van onderscheid niet kan weerleggen.

Verzoekster werkt sinds 1987 op detacheringsbasis voor verweerster. Verweerster is een vereniging. Met de komst van een nieuwe bestuursvoorzitter zijn de verhoudingen tussen verzoekster en verweerster snel verslechterd. Verzoekster, van Surinaamse afkomst, wordt door de bestuursvoorzitter 'zonnekoningin' genoemd. Haar wordt, zonder dat er ooit een functioneringsgesprek is gevoerd, publiekelijk te verstaan gegeven dat zij beter kan vertrekken. Ook wordt zij beschuldigd van malversaties en het indienen van onjuiste declaraties. Tenslotte wordt verzoekster op non-actief gesteld en wordt, terstond na deze mededeling, het slot van haar werkkamer verwisseld.
Verzoekster betwist alle aantijgingen. Zij is ervan overtuigd dat zij niet zo zou zijn behandeld als zij een witte man was geweest. Tezamen met de onbetwiste stelling dat bestuursleden van verweerster in het algemeen minder snel warm lopen voor projecten ten behoeve van allochtonen dan van autochtonen, wordt het door verzoekster aangevoerde voldoende geacht voor het aannemen van een wettelijk vermoeden van onderscheid.
Verweerster betwist de wijze van bejegening niet. Wel bestrijdt zij de betekenis die aan de naam 'zonnekoningin' wordt gegeven. Deze was bedoeld als verwijzing naar het te grote zelfvertrouwen van verzoekster, een vergelijking met Zonnekoning, Lodewijk de XIV. Ter rechtvaardiging van de bejegening en het besluit tot beëindiging voert verweerster, naast de groeiende argwaan jegens verzoekster, aan dat verzoekster inmiddels heel lang in dienst en niet meer makkelijk bij te sturen was, terwijl de groeiende vereniging juist behoefte had aan professionalisering en nieuwe impulsen.
De Commissie overweegt dat weliswaar de wens tot personele vernieuwing plausibel zou kunnen zijn, maar dat verweerster niet heeft kunnen weerleggen dat haar bejegening van verzoekster als discriminerend kan worden opgevat. Tevens heeft verweerster voor geen van haar beschuldigingen bewijs kunnen overleggen. Hiermee is verweerster er niet in geslaagd te bewijzen dat het vermoeden van onderscheid ongegrond is.
Strijd met de wet.

04 | 114

14 september 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 7:646 BW
Artikel 5 AWGB
Artikel 10 AWGB
Artikel 7:646 lid 8 BW

Geen onderscheid op grond van ras en/of geslacht bij de bejegening en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wel strijd met de wet nu formele werkgever niet adequaat heeft gereageerd op klachten van verzoekster over discriminatie door feitelijk werkgever.

Verweerster is een stichting die voor de bij haar aangesloten instellingen het werkgeverschap verzorgt. Verzoekster werkt sinds 1987 via een detacheringsovereenkomst met verweerster voor een vereniging. Met de komst van een nieuwe bestuursvoorzitter van de vereniging zijn de verhoudingen tussen verzoekster en haar feitelijke werkgever verslechterd. Verzoekster heeft hier, mede gezien de wijze waarop zij door de bestuursvoorzitter is bejegend, geen andere verklaring voor dan haar Surinaamse afkomst en het feit dat zij vrouw is. Zij houdt verweerster medeverantwoordelijk voor deze discriminatie bij de bejegening en de beëindiging. Het enkele feit dat iemand een bepaalde afkomst of een bepaald geslacht heeft is echter niet voldoende om een wettelijk vermoeden van onderscheid te vestigen. Daarom concludeert de Commissie dat er geen sprake is van onderscheid bij de bejegening of de beëindiging door verweerster. De plicht van een werkgever om zich te onthouden van discriminatie omvat ook de plicht erop toe te zien dat anderen, waaronder een feitelijk werkgever, niet discrimineren. Vast staat dat verzoekster expliciet bij verweerster heeft geklaagd over discriminatie. Verweerster heeft hierop niet gereageerd. Daarmee is verweerster tekort geschoten in haar zorgplicht ten opzichte van haar werknemers. Wel en geen strijd met de wet.

04 115

16 september 2004

Artikel 7:646 BW
Artikel 7:648 BW

Geen onderscheid op grond van geslacht of arbeidsduur bij het aanbieden van functies gericht op de terugkeer naar het werk van verzoekster.

Verzoekster heeft verweerster verzocht om naar haar zwangerschaps- en ouderschapsverlof in een functie met een kleinere arbeidsduur dan 80% terug te keren.
Verweerster heeft verzoekster hierop drie opties geboden, waarvan één optie een functie met een door verzoekster gewenste arbeidsduur van 50% betrof, echter met daaraan de voorwaarde gekoppeld dat verzoekster de laatste drie maanden van het jaar 80% zou moeten werken in verband met piekbelasting in die periode.
Het is niet gebleken dat verzoekster op grond van arbeidsduur door verweerster wordt benadeeld ten opzichte van andere werknemers. Aan de gelijkebehandelingswetgeving kan voorts geen recht worden ontleend op vermindering van de arbeidsduur, zodat het besluit van verweerster om verzoekster haar huidige functie met een arbeidsduur van 50% te gaan vervullen, geen onderscheid op grond van arbeidsduur oplevert.
Verweerster heeft evenmin direct onderscheid gemaakt op grond van geslacht omdat verzoeksters zwangerschap geen rol heeft gespeeld bij dit besluit. Van indirect onderscheid op grond van geslacht, vanwege het enkele feit dat vrouwen vaker dan mannen (kleinere) deeltijdfuncties ambiëren om zorgtaken te kunnen vervullen, is geen sprake omdat verweerster verzoekster de mogelijkheid heeft geboden haar functie in deeltijd te (blijven) vervullen.
Met betrekking tot het verbinden van de voorwaarde om gedurende drie maanden per jaar 80% te gaan werken geldt dat verweerster hiermee weliswaar onderscheid maakt op grond van arbeidsduur jegens verzoekster – deze voorwaarde zou immers niet voor voltijders gelden – maar dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd, zodat verweerster ook wat dit onderdeel van het verzoek betreft niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.
Geen strijd met de wet.

04 116

21 september 2004

(mr. A.G. Castermans (voorzitter), mr. M. van den Brink en mr. A.B. Terlouw)

Artikel 7 lid 1 AWGB

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.

Verzoekers 1 en 2, beiden man, trainen al enkele jaren bij een danscentrum. Dit jaar willen zij deelnemen aan de Grand Prix Amsterdam. Zij hebben verweerders om ontheffing gevraagd van het verbod van deelname door ongemengde paren aan dit evenement. Dit verzoek wordt door verweerders niet ingewilligd. De vraag rijst of verweerders in strijd met de wetgeving gelijke behandeling handelen door hen niet toe te staan als ongemengd paar deel te nemen aan reguliere danswedstrijden.
Verweerders zijn van mening dat zij geen onderscheid maken naar seksuele gerichtheid, noch naar geslacht. Homoseksuele en lesbische dansers participeren juist vaak op het hoogste niveau in de danssport. Ook is de danssport een van de weinige sporten waaraan altijd evenveel mannen als vrouwen, op gelijk niveau en onder dezelfde voorwaarden deelnemen.
De Commissie is van oordeel dat verweerders direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid en geslacht maken. Er is sprake van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid omdat de weigering ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden rechtstreeks voortvloeit uit de dominante heteroseksuele norm. De uitsluiting van ongemengde paren, geregeld in internationale normen, is mede het gevolg van een afkeer van homoseksuele gerichtheid als zodanig en zeker van zichtbare homoseksuele identiteit, ook al zijn er onder de dansers veel homoseksuelen. Er is geen sprake van een neutrale norm.
Wat betreft onderscheid op grond van geslacht is de Commissie van oordeel dat een vaste verdeling van het aantal mannen en vrouwen in een groep een rechtstreekse verwijzing naar geslacht behelst. Immers, deelname van de vrouw is afhankelijk van de deelname van de man en andersom. Weliswaar geldt dit zowel voor mannen als vrouwen, maar op het moment dat meer vrouwen dan mannen willen wedstrijddansen, zullen vrouwen

uitsluitend vanwege hun geslacht van deelname worden uitgesloten.
Strijd met de wet.

1 PROCESVERLOOP

Bij het voornoemde verzoekschrift met bijlagen hebben verzoekers de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerders onderscheid op grond van seksuele gerichtheid en geslacht maken door verzoekers 1 en 2, met een beroep op het reglement van verweerster, uit te sluiten van deelname aan de reguliere danswedstrijden.

1.1 Verzoekers hebben de Commissie op 18 augustus 2004 gevraagd het verzoek met spoed te behandelen, omdat op 25 september 2004 een danswedstrijd wordt gehouden, waarvan de organisator bereid is ongemengde paren toe te laten, mits verweerster hiervoor toestemming verleent. De Commissie heeft dit verzoek ingewilligd.

1.2 De Commissie heeft verweerders in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Op 9 september 2004 is de gezamenlijke reactie van verweerders bij de Commissie ontvangen.

1.3 Op 14 september 20o4 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen en hun raadslieden onder meer hun standpunten mondeling nader hebben toegelicht. Tevens is ter zitting, op verzoek van verzoekers, de heer . . . . als getuige-deskundige gehoord. Verweerster heeft op eigen verzoek een promotiefilm over de danssport vertoond.

2 FEITEN

2.1 Verzoekers 1 en 2 zijn homoseksuele mannen. Zij beoefenen de danssport en vormen sinds enkele jaren een wedstrijdpaar. Verzoekster 3 is de Nederlandse dansvereniging voor damesparen en herenparen. Zij stelt zich, blijkens haar statuten onder meer ten doel de bevordering van de integratie van ongemengde paren in de gevestigde danscultuur. Verzoekster 4 is een organisatie die, zoals uit haar statuten blijkt, onder meer het bevorderen van de integratie van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen in de reguliere sport nastreeft, alsmede het bestrijden van discriminatie naar seksuele voorkeur in de reguliere sport.

2.2 Verweerster heeft de juridische vorm van een vereniging. Verweerster is de vertegenwoordiger van de danssport binnen de Nederlandse sportkoepel NOC*NSF. Verweerster is tevens vertegenwoordiger van de Nederlandse danssport in internationaal verband middels haar lidmaatschap van de International DanceSport Federation (IDSF). De IDSF is aangesloten bij het Internationaal Olympisch Comité (IOC). Bij verweerster zijn onder meer dansleraren, danssporttrainers, dansscholen en sportdansers aangesloten.

2.3 Verweerster organiseert Nederlandse kampioenschappen, maar is daarin niet de enige. Ook organiseert verweerster Bondskampioenschappen in ballroomdansen (standaard-dansen en Latin American). Verweerster is als enige gerechtigd afvaardigingen samen te stellen en uit te zenden naar onder auspiciën van de IDSF georganiseerde internationale wedstrijden.

2.4 Verweerder exploiteert een danssportclub. Onder auspiciën van verweerster organiseert hij ook danswedstrijden.

2.5 Op wedstrijden die onder auspiciën van verweerster worden georganiseerd geldt het wedstrijdreglement 2004-2005.
Artikel 1.10 van dit reglement bepaalt dat onder danspaar wordt verstaan, twee sporters, een heer en een dame, die samen aan wedstrijden deelnemen.
Artikel 2.2.1 bepaalt dat een sportdanser slechts kan worden ingeschreven indien deze in het bezit is van een startboekje. Een startboekje wordt slechts uitgereikt aan sportdansers die bij een danssportvereniging en/of club, lid van verweerster, als lid of anderszins zijn aangesloten (artikel 2.4.2). Dansparen kunnen slechts voor danssportwedstrijden worden ingeschreven indien de dansers lid zijn dan wel aangesloten zijn bij een danssportvereniging en/of club, lid van verweerster (artikel 3.1.1).

2.6 Verweerster is gebonden aan de statuten en reglementen van de IDSF. In de Competition Rules van IDSF staat onder rule 13 sub 1 vermeld dat een danspaar bestaat uit een man en een vrouw.

2.7 Verzoekers hebben op 9 maart 2004 het bestuur van verweerster verzocht om ontheffing van de bepaling in het wedstrijdreglement dat een danspaar uit een man en een vrouw dient te bestaan, om te beginnen voor de Grand Prix Amsterdam. De organi-

sator van de Dans Grand Prix Amsterdam is bereid verzoekers 1 en 2 als paar aan dit evenement deel te laten nemen onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat verweerster hiervoor toestemming verleent.

2.8 Bij brief van 8 juli 2004 heeft verweerster verzoekers meegedeeld het verzoek niet te honoreren. Op dringend verzoek van verzoekers heeft op 26 juli 2004 een gesprek plaatsgevonden tussen de juridisch adviseur van verweerster en de gemachtigde van verzoekers. Naar aanleiding van dit gesprek heeft verweerster bij brief van 6 augustus 2004 haar eerder ingenomen standpunt herhaald en nogmaals laten weten geen ontheffing te zullen verlenen voor deelname van verzoekers 1 en 2.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKERS EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 In 1997 oordeelde de Commissie dat de weigering om ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving (CGB 1 april 1997, oordeel 1997-29). Sindsdien is er niet veel veranderd wat betreft de positie van damesparen en herenparen. Nog steeds zijn er slechts in enkele steden dansscholen die ongemengde paren toelaten. Er is echter wel meer ervaring opgedaan met het organiseren en jureren van wedstrijden voor ongemengde paren. Ook hebben ongemengde paren deelgenomen aan een aantal reguliere wedstrijden.

3.2 Ongemengde paren willen deelnemen aan reguliere danswedstrijden om zich te kunnen meten met andere dansparen. Ze hebben hiertoe echter in de praktijk nauwelijks mogelijkheden. Het aantal ongemengde paren dat wil deelnemen aan wedstrijden is in de hogere klassen beperkt. Het idee om aparte nevenwedstrijden voor damesparen en herenparen te organiseren is daarom geen oplossing voor deze paren. Aan zo'n wedstrijd zouden immers, in de hoogste klassen, slechts één of twee paren deelnemen.

3.3 Hoewel er door of onder auspiciën van andere bonden ook kleinere wedstrijden worden georganiseerd, zijn de door of onder auspiciën van verweerster georganiseerde wedstrijden belangrijk, omdat daaruit de naar internationale wedstrijden af te vaardigen paren worden geselecteerd. Hoewel de ambitie van verzoekers 1 en 2 zich niet uitstrekt tot deelname aan internationale wedstrijden, heeft deze gang van zaken tot gevolg dat zij, ook voor deelname aan serieuze wedstrijdmogelijkheden op hoog nationaal niveau, zijn aangewezen op wedstrijden die door of onder auspiciën van verweerster worden georganiseerd.

3.4 Verzoekers 1 en 2 trainen al enkele jaren bij een danscentrum dat is gerelateerd aan een stichting, die jaarlijks de Grand Prix Amsterdam organiseert. Zij hebben verweerster om ontheffing gevraagd van het verbod van deelname door ongemengde paren aan dit evenement, met het oog op de Grand Prix Amsterdam (zie 2.7). Het verzoek is niet ingewilligd.

3.5 Verzoekers zijn van mening dat verweerders in strijd met de wetgeving gelijke behandeling handelen door verzoekers 1 en 2 niet toe te staan als ongemengd paar deel te nemen aan reguliere danswedstrijden. Zij zijn van mening dat sprake is van direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid en geslacht.

3.6 Volgens verzoekers is sprake van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid omdat de bescherming van de homoseksuele identiteit niet alleen het homoseksueel zijn omvat, maar ook het daaraan uiting kunnen geven. Het willen dansen met een partner van hetzelfde geslacht kan een uiting van een homoseksuele gerichtheid zijn, net als hand in hand lopen of samenwonen met een partner van hetzelfde geslacht. Individuele dansers met een homoseksuele identiteit worden wellicht niet gediscrimineerd, maar hen wordt wel de mogelijkheid ontnomen die identiteit te uiten, op een wijze vergelijkbaar met die waarop mensen met een heteroseksuele identiteit dat kunnen.
Het voorschrift dat paren uit een dame en een heer moeten bestaan kan ook niet anders worden begrepen dan tegen de achtergrond van traditionele opvattingen over man-vrouwverhoudingen. Het voorschrift weerspiegelt de heteroseksuele norm. Bovendien bestaat de behoefte om te willen wedstrijddansen met een partner van hetzelfde geslacht in de praktijk uitsluitend bij dansers die homoseksueel, lesbisch of biseksueel zijn.

3.7 Verweerders hebben betoogd dat het bij wedstrijddansen niet goed mogelijk is om gemengde en ongemengde paren tegelijkertijd te laten dansen en te beoordelen. De

ervaring heeft echter geleerd dat jury's, zodra ze eraan zijn gewend om ook ongemengde paren te zien dansen, het als normaal en onproblematisch ervaren. Verzoekers verwachten overigens dat ongemengde paren, door de onwennigheid van publiek en jury, in ieder geval de eerste jaren daardoor in het nadeel zullen zijn.

3.8 Verzoekers stellen voorts dat sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht. In het wedstrijdreglement wordt immers een onderscheid gemaakt naar geslacht bij de keuze van de danspartner. Wil een man kunnen meedoen aan wedstrijden, dan is hij reglementair verplicht dit met een vrouw te doen en andersom. Het directe onderscheid bestaat, onafhankelijk van de voorgeschreven rolverdeling tussen de beide partners. Ook als het in de praktijk zou worden toegestaan om van rol te wisselen, zodat de dame de heer leidt, zou sprake blijven van direct onderscheid op grond van geslacht.

3.9 Het argument van verweerders dat het verschil in spierkracht tussen mannen en vrouwen een eerlijke competitie tussen gemengde en ongemengde paren in de weg staat, is niet juist. Volgens de getuigedeskundige is het verschil zeker in lagere klassen beperkt en niet doorslaggevend. Door het systeem van promotieklassen zou het verschil, zo het al invloed zou hebben, zich bovendien slechts uiten doordat de krachtiger paren sneller zouden doorstromen naar een hogere klasse. Spierkracht is niet zo essentieel dat gemengde paren kansloos zouden zijn ten opzichte van ongemengde mannenparen. Verzoekers wijzen erop dat, zelfs als grotere spierkracht wel een belangrijk voordeel zou zijn, dit alleen zou gelden voor mannenparen en niet voor vrouwenparen. De grotere spierkracht van mannen is derhalve in ieder geval geen argument dat uitsluiting van vrouwenparen kan rechtvaardigen. Een categorische uitsluiting van ongemengde paren in alle soorten wedstrijden en klassen is passend noch noodzakelijk.

3.10 Verzoekers zijn van mening dat de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) van toepassing is op de organisatie van verweerster. Om te beginnen is pas nadat verweerders hun verzoek hadden ingediend, een wijziging in het wedstrijdreglement opgenomen waardoor nu elke danser lid van verweerster of van een bij verweerster aangesloten vereniging zou moeten zijn. Die situatie bestaat echter in de praktijk helemaal nog niet. Bovendien worden de meeste wedstrijden georganiseerd door commerciële dansscholen en niet door verenigingen. Daarmee staat vast dat het gaat om een aanbod van diensten als bedoeld in de AWGB. Bovendien moet de sport, waaronder de danssport, worden beschouwd als een belangrijk terrein van het maatschappelijk leven, waarvan mensen niet op een van de door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden mogen worden uitgesloten.

3.11 Verzoekers benadrukken dat zij de problemen onderkennen waarvoor hun verzoek met name verweerster stelt. Zij bieden aan in overleg naar een geleidelijke, voor iedereen bevredigende oplossing te willen zoeken.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERDERS EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Verweerders staan op het standpunt dat zij geen onderscheid maken naar seksuele gerichtheid, noch naar geslacht. Homoseksuele en lesbische dansers participeren juist vaak op het hoogste niveau in de danssport. Tevens is de danssport een van de weinige sporten waaraan altijd evenveel mannen als vrouwen, op gelijk niveau en onder dezelfde voorwaarden deelnemen.

4.2 Verweerders zijn van mening dat de gelijkebehandelingswetgeving niet van toepassing is op de onderhavige kwestie, nu het hier gaat om regels van intern verenigingsrecht. Verweerster biedt geen diensten aan. Wedstrijden staan slechts open voor leden en voor leden van leden. De regels die gelden voor wedstrijden die onder auspiciën van verweerster worden georganiseerd, zijn daarom een interne aangelegenheid van de vereniging. De regulering van dergelijke wedstrijden door verweerster valt derhalve als zodanig onder het interne verenigingsrecht en niet onder de werking van de AWGB. De beoordeling van deze spelregels valt daarmee buiten de bevoegdheid van de Commissie.

4.3 Verweerster is bovendien niet de enige organisatie die betrokken is bij danswedstrijden. Er zijn in Nederland verschillende organisaties actief. Verweerster is de enige organisatie in Nederland die dansers voor internationale IDFS-wedstrijden mag aanwijzen, maar ook dat kan niet leiden tot de conclusie dat de AWGB van toepassing is. Immers,

voor internationale wedstrijden gelden de regels die door de internationale koepel zijn vastgesteld. De AWGB ziet uitsluitend op het nationale niveau.

4.4 Verzoekers 1 en 2 hebben zich nimmer als danspaar aangemeld voor een wedstrijd van verweerster. Zij hebben slechts om ontheffing van een wedstrijdbepaling verzocht. Verzoekster 3 is geen lid van verweerster en kan derhalve geen dansparen voor wedstrijden inschrijven. Verzoekster 3 heeft zelfs nimmer enige poging ondernomen het lidmaatschap van verweerster te verwerven zodat zij invloed zou hebben kunnen uitoefenen binnen de algemene vergadering van verweerster. De statuten van verweerster laten niet de mogelijkheid voor een ontheffing zoals verzoekers aangeven.

4.5 In 2002 heeft de IDFS besloten dat alle aangesloten bonden in grote lijnen dezelfde structuur moeten hebben. Voor verweerster is daarom een organisatieverandering in de richting van een vereniging voor leden en aangesloten verenigingen noodzakelijk. Deze structuurverandering is dwingend opgelegd aan alle IDFS-leden. Verweerster erkent dat deze structuur nog niet helemaal is gerealiseerd, maar hoopt het proces binnen afzienbare tijd te hebben afgerond. Verweerders zijn van mening dat de Commissie moet uitgaan van de blijkens de statuten nagestreefde structuur en niet van de nu nog bestaande, onvolkomen praktijk.

4.6 Danssport is een technische, fysiek veeleisende sport. De sport heeft weinig tot niets met enige directe dan wel indirecte seksuele beleving te maken zoals verzoekers betogen. Door het deelnemen aan de danssport in het seksuele vlak te willen trekken, miskennen verzoekers het karakter van de danssport. Ook anderen dan homoseksuelen kunnen niet dansen met wie zij willen. Het gaat om het vormen van het ideale danspaar.

4.7 Dansen is een vertaling van muziek in dans. Hierbij kunnen soms elementen van verleiding en uitdaging een rol spelen, maar voor de technische sportdansers is dit niet meer dan een rol, het uitbeelden van het karakter van de muziek in beweging. Dit heeft in de huidige danssport weinig tot niets van traditionele opvattingen over de man-vrouw verhouding doen, zoals verzoekers stellen. Het willen uiten van intieme homoseksuele gevoelens is geen doel dat toelating tot het deelnemen aan de danssportwedstrijden kan rechtvaardigen.

4.8 Naast bovengenoemde argumenten, bestaan meer praktische bezwaren tegen deelname van ongemengde paren aan reguliere danswedstrijden. Danssport is een prestatiesport, zoals veel andere sporten. De waardering is niet gebaseerd op metingen, maar op vergelijking van deelnemende paren. Jureren betekent het vergelijken van de dansparen. Omdat jurering toch al moeilijk is, dienen er zo min mogelijk verschillen te zijn tussen de deelnemende paren in één wedstrijd. De combinatie van man en vrouw is niet gelijk aan een team dat bestaat uit twee mannen of twee vrouwen. Elk verschil, ook al is het minimaal, levert een ongelijke strijd op. Daarom zijn dergelijke verschillen niet toegestaan.

4.9 Een tweede belangrijk verschil tussen gemengde en ongemengde paren is het verschil in spierkracht. Het is algemeen bekend dat er een groot verschil bestaat in spierkracht tussen mannen en vrouwen. In de danssport wordt een groot deel van de bewegingsaanzet en de daarop volgende swing bepaald door de grotere spierkracht van de man. De amplitude van de swingbeweging, gevolgd door de balans, vormt een belangrijke factor in de beoordeling van een danspaar door de jury. Dit wordt door alle deskundigen binnen de danssport onderkend en aanvaard. De grotere spierkracht van mannen staat daarom aan een eerlijke sportcompetitie tussen gemengde- en ongemengde paren in de weg.

4.10 Verweerders wijzen er met nadruk op dat bovengenoemde bezwaren uitsluitend gelden voor de danssport en niet voor het dansen als ontspanning. Uitsluiting van ongemengde paren van dansles of dansavonden moet volgens verweerders wel degelijk worden gekwalificeerd als discriminatie.

4.11 Op internationaal niveau is het laten (mee)dansen van ongemengde paren nauwelijks bespreekbaar. In sommige van de door de IDFS-leden vertegenwoordigde landen is homoseksualiteit zelfs nog verboden of wordt het in ieder geval niet geaccepteerd. Niettemin heeft de voorzitter van verweerster de mogelijkheid om ongemengde paren aan wedstrijddansen te laten deelnemen, onlangs binnen de IDFS aangekaart. Hij heeft enige ruimte gekregen maar indien het in internationaal verband tot deelname van ongemengde paren komt, zal dit vanwege bovengenoemde bezwaren op het punt van de vergelijkbaarheid en het verschil in spier-

kracht, slechts in aparte klassen mogelijk zijn.

5 VERKLARING GETUIGE-DESKUNDIGE

5.1 De getuige-deskundige heeft, voor zover relevant, het volgende verklaard.

Factoren als spierkracht kunnen een verschil maken, maar hebben een betrekkelijke relevantie. Mannenparen zouden mogelijk in het voordeel kunnen zijn, echter alleen op het hoogste niveau waar paren voor wat betreft beheersing en techniek gelijkwaardig zijn. De kracht die wordt gebruikt bij het dansen is niet louter spierkracht. Bij efficiënt energiegebruik door goede coördinatie en techniek bij het dansen, is de benodigde spierkracht minder groot.

5.2 Over het algemeen kan worden gezegd dat vrouwen eleganter bewegen, vaak meer gevoel voor bewegen hebben en spontaner zijn en dat mannen meer analytisch met het dansen omgaan. Niettemin is gratie geen geslachtsgebonden eigenschap, maar willekeurig en individueel bepaald door motorische aanleg en culturele achtergrond. Gratie kan bovendien worden ontwikkeld.

5.3 Kleding en uiterlijk zouden geen verschil in prestatie mogen maken. Dansschoenen zijn echter een relevante factor. Het afwikkelingstraject van voeten in schoenen met hoge hakken is kleiner, met als resultaat een verschil in afzetkracht.

5.4 Met de bestaande jureringscriteria kunnen gemengde paren goed worden vergeleken met vrouwenparen en mannenparen. Techniek, harmonie, houding, balans, beheersing, muzikaliteit, dynamiek en expressie zijn de doorslaggevende factoren bij deze vergelijking.

6 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

6.1 Verzoeksters 3 en 4 behartigen, blijkens hun statuten, de belangen van danssporters als verzoekers 1 en 2. Op grond van artikel 12, tweede lid 2, aanhef en onder e AWGB kunnen zij zich daarom wenden tot de Commissie met verzoek het handelen van verweerders te beoordelen. Het is in dit verband niet relevant dat verzoekster 3 geen lid is van verweerster.

6.2 In geding is de vraag of verweerders onderscheid op grond van seksuele gerichtheid en/of geslacht maken door verzoekers 1 en 2, met een beroep op het reglement van verweerster, uit te sluiten van deelname aan de reguliere danswedstrijden.

6.3 Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, in samenhang met artikel 1, AWGB is het maken van onderscheid verboden bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten terzake, indien dit geschiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van onder meer welzijn, waaronder begrepen sport (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 21). Verweerders zijn actief op het terrein van de sport als bedoeld in artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, AWGB, zodat het verzoek in zoverre binnen de reikwijdte van de wet valt.

6.4 Blijkens de wetsgeschiedenis is artikel 7 AWGB ook van toepassing op verenigingen indien zij deelnemen aan het maatschappelijk verkeer op de terreinen die door de wet worden bestreken. Ook indien de vereniging een open en zakelijk karakter heeft en het lidmaatschap in feite niet meer inhoudt dan dat aan de leden een goed of dienst wordt aangeboden, is artikel 7 AWGB van toepassing (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 19).

6.5 Verweerders stellen dat de AWGB niet op verweerster van toepassing is, nu verweerster slechts in verenigingsverband wedstrijden organiseert of laat organiseren en deze wedstrijden slechts open staan voor leden en leden van leden. Er is derhalve geen sprake van een zakelijk dienstenaanbod. De wedstrijden worden beheerst door regels van intern verenigingsrecht. Bovendien is verweerder niet de enige organisator van danswedstrijden.

6.6 Verzoekers hebben daar tegen ingebracht dat in de praktijk lang niet alle deelnemende wedstrijddansers lid zijn van verweerster of van een lid van verweerster. Integendeel, in de meeste gevallen worden de dansers nog gewoon ingeschreven door bij verweerster aangesloten commerciële dansscholen en -clubs. Daarmee is er sprake van een zakelijk aanbod van diensten. Ook anderszins, zo stellen verzoekers, kan niet worden gezegd dat verweerster een verenigingskarakter heeft. De door of onder auspiciën van verweerster georganiseerde danswedstrijden

vormen een belangrijk onderdeel van het maatschappelijk leven, waarvan verzoeker 1 en 2 worden uitgesloten.

6.7 De Commissie overweegt hieromtrent als volgt.

Op grond van het oude reglement was er ten aanzien van de organisatie van wedstrijden sprake van een sterke verwevenheid tussen commerciële dansscholen en verweerster. Verweerster bepaalde het wedstrijdreglement, zonder enige directe of indirecte lidmaatschapsband tussen verweerster en de dansers. In deze situatie behelsde het wedstrijdreglement geen intern verenigingsrecht.

6.8 Verweerster heeft met de nieuwe verenigingsstructuur en het wedstrijdreglement 2004-2005 willen bereiken dat alle wedstrijddansers zich bundelen in danssportverenigingen, die op hun beurt lid zijn van verweerster. Ter zitting is evenwel door verzoekers gesteld en door verweerders onvoldoende weersproken, dat nog slechts een beperkt aantal dansverenigingen lid zijn van verweerster. Zo is er in Amsterdam bijvoorbeeld nog geen vereniging die lid is. Voorts is gebleken dat in de praktijk de band met commerciële dansscholen kenmerkend blijft voor het beoefenen van de danssport. De dansschool blijft de springplank voor het dansen op een hoger niveau. De belangrijkste of wellicht zelfs enige reden voor dansers om (indirect) lid van verweerster te worden is dat dit een – door verweerster of de internationale federatie opgelegde – formaliteit is om aan danswedstrijden mee te kunnen doen. Overigens blijkt uit artikel 3.1.1 van het wedstrijdreglement dat lidmaatschap van een danssportvereniging niet noodzakelijk is. Ook degene die aangesloten is bij dansclub kan meedoen, mits die club lid is van verweerster. Verweerders hebben dan ook niet aannemelijk kunnen maken dat – anders dan voorheen – de onder auspiciën van verweerster georganiseerde danswedstrijden en het daarvoor geldende reglement louter interne verenigingsaangelegenheden zijn geworden.

6.9 In het onderhavige geval is er dan ook geen sprake van een intern verenigingsrechtelijke kwestie. Het handelen van verweerder valt derhalve binnen het bereik van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, AWGB.

Seksuele gerichtheid

6.10 In haar oordeel 1997-29 heeft de CGB geoordeeld dat de uitsluiting van ongemengde paren indirect onderscheid op grond van seksuele geaardheid oplevert. De stellingen van partijen in de onderhavige procedure geven aanleiding dit oordeel te herzien.

6.11 Ter zitting is aan de zijde van verzoekers gesteld en door de verweerders niet weersproken dat de totstandkoming van de standaard-dansen een reflectie was van wat eind 18e en in de 19e eeuw gold als de dominante heteroseksuele moraal. Ook de Latijns-Amerikaanse dansen zijn gestoeld op deze norm. Aan de zijde van verweerders is onderkend dat de weigering op internationaal niveau om ongemengde paren te laten participeren – naast praktische bezwaren, bijvoorbeeld in verband met de jurering – althans mede het gevolg is van een afkeer van homoseksuele gerichtheid als zodanig en zeker van zichtbare uitingen van homoseksuele identiteit, ook al zijn er onder de dansers veel homoseksuelen. Tenslotte is van belang dat verzoekers 1 en 2 de deelname aan danswedstrijden zien als mogelijkheid om de homoseksuele gerichtheid te uiten. Zij hebben de wens met een partner van hetzelfde geslacht te dansen. Door wedstrijden alleen te mogen dansen met partners van het andere geslacht zien zij zich belemmerd in de mogelijkheid en wens hun seksuele gerichtheid te uiten.

6.12 Aldus gezien vloeit de weigering ongemengde paren deel te laten nemen aan danswedstrijden rechtstreeks voort uit de dominante heteroseksuele norm. Er is dus – anders dan werd aangenomen in 1997 – geen sprake van een neutrale norm. In deze onderscheidt de homoseksuele gerichtheid zich van de andere door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden doordat de seksuele gerichtheid eerst en vooral betekenis krijgt in relatie tot anderen. Het onderscheid moet dan ook worden geduid als direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, ook al mogen ook heteroseksuele dansers niet dansen met een partner van hetzelfde geslacht.

6.13 De vervolgvraag is of ook sprake zou zijn van onderscheid wanneer verweerders aparte wedstrijden voor ongemengde paren zouden (doen) organiseren. Verweerders suggereerden dat te willen overwegen. In de praktijk zou dat voor de homoseksuele wedstrijddansers geen soelaas bieden, gelet

op de geringe omvang van de top van ongemengde paren. Die is zo smal, dat een eigen competitie geen of een veel te kleine competitie oplevert. De bereidheid van verweerders – hoezeer ook toe te juichen – maakt het oordeel zoals verwoord in 6.12 niet anders. Overigens merkt de Commissie op dat een eigen competitie niet tegemoet komt aan het tweede motief van verzoekers deel te willen nemen aan reguliere wedstrijden, namelijk insluiting.

Geslacht

6.14 Verweerster heeft betoogd dat het wedstrijddansen bij uitstek een sport is waarin vrouwen en mannen gelijk behandeld worden. De Commissie stelt echter vast dat het geslacht van iedere danser als zodanig doorslaggevend is voor zijn of haar mogelijkheden om aan wedstrijden deel te nemen. Er mogen niet meer vrouwen dan mannen deelnemen en andersom. De verhouding ligt vast. Een vaste verdeling van het aantal mannen en vrouwen in een groep behelst een rechtstreekse verwijzing naar geslacht. Immers, deelname van de vrouw is afhankelijk van de deelname van de man en andersom. Weliswaar geldt dit zowel voor mannen als vrouwen, maar op het moment dat bijvoorbeeld meer vrouwen dan mannen willen wedstrijddansen, zullen vrouwen uitsluitend vanwege hun geslacht van deelname worden uitgesloten. Aldus is er naar het oordeel van de Commissie sprake is van onderscheid op grond van geslacht.

6.15 Van het verbod van direct onderscheid naar geslacht mag slechts worden afgeweken indien sprake is van één van de wettelijke uitzonderingen genoemd in artikel 2 AWGB. De uitzondering met betrekking tot geslachtsbepaaldheid van artikel 2, tweede lid, aanhef en onderdeel a, AWGB is nader uitgewerkt in artikel 1 van het Besluit gelijke behandeling, hierna: het Besluit. Op grond van artikel 1, aanhef en onderdeel g, van het Besluit wordt als geval waarin het geslacht bepalend is onder meer aangemerkt de deelname aan activiteiten op het terrein van spel of sport, voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen dan wel voor zover het de toelating tot voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband en in internationaal verband afspraken zijn gemaakt of regels gelden die meebrengen dat eisen worden gesteld aan het geslacht van de deelnemers.

6.16 Verweerders stellen dat het verschil in spierkracht tussen mannen en vrouwen zodanig groot is dat het de uitsluiting van ongemengde paren van wedstrijden voor gemengde paren rechtvaardigt. De Commissie stelt vast dat verweerders deze stelling niet anders hebben gepresenteerd als feit van algemene bekendheid. Verweerders hebben uitdrukkelijk aangegeven dat hen niet bekend is of en zo ja in hoeverre gelijk schoeisel voor beide danspartners verschillen in afzetkracht zou kunnen opheffen en evenmin in hoeverre spierkracht ook van de 'volgende' danspartner een relevante factor is. Verweerders hebben betoogd dat zij nadere stukken kunnen overleggen, waarvan het ter zitting nog niet was gekomen in verband de korte termijn waarop het verzoek is behandeld. De Commissie gaat echter aan dit betoog voorbij, nu partijen zich al sinds maart 2004 over de kwestie hebben kunnen buigen.

Volgens de vaste jurisprudentie van de Commissie dienen uitzonderingen op het gebod van gelijke behandeling in het algemeen restrictief te worden uitgelegd, teneinde te voorkomen dat dit gebod al te zeer wordt uitgehold.[1] Dit geldt ook voor de uitzonderingen in het Besluit. Op grond van het Besluit dient sprake te zijn van een significant verschil in prestaties. Daarom kunnen verweerders niet volstaan met een beroep op een verondersteld feit van algemene bekendheid, zeker niet nu de getuige-deskundige heeft verklaard dat de factor spierkracht in de danssport slechts een geringe relevantie heeft.

6.17 Verweerders hebben voorts aangevoerd dat, om een eerlijke vergelijking mogelijk te maken, er zo min mogelijk verschillen tussen de paren anders dan in dansprestatie dienen te zijn. Het vergelijken van gemengde en ongemengde paren maakt jurering volgens verweerders nog moeilijker.
Wat hier van zij, enige moeilijkheid in jureren is pas relevant, indien en voor zover een en ander is terug te voeren op een significant verschil in prestaties. Tegenover de praktijkervaring van de getuige-deskundige dat het jureren niet op onoverkomelijke problemen stuit en het kwestie van gewenning is, hebben verweerders geen andere informatie aangedragen.

---

1 *CGB 28 februari 2001, oordeel 2001-19.*

6.18 Tenslotte beroepen verweerders zich op het internationale wedstrijdreglement waarop volgens verweerders de uitzondering van artikel 1 aanhef en onder g van het Besluit van toepassing is. De wedstrijden die onder auspiciën van verweerster worden georganiseerd, dragen om twee redenen een internationaal karakter. In de eerste plaats kunnen aan deze nationale wedstrijden ook paren uit andere landen meedoen, mits zij zijn aangesloten bij een andere bij de IDFS aangesloten bond. In de tweede plaats verwacht de IDSF dat het door haar opgestelde internationale wedstrijdreglement ook door de aangesloten nationale bonden wordt gehanteerd. Dit internationale wedstrijdreglement staat niet toe dat ongemengde paren worden toegelaten tot wedstrijden.

6.19 Nu een enge interpretatie van artikel 1 aanhef en onderdeel g van het Besluit is aangewezen, acht de Commissie het enkele feit dat ook gemengde paren uit het buitenland meedoen aan wedstrijden, onvoldoende om die wedstrijden te kwalificeren als wedstrijden in internationaal verband zoals bedoeld in deze bepaling. Ook het feit dat op internationaal niveau slechts gemengde paren mogen deelnemen, acht de Commissie onvoldoende om ongemengde paren op nationaal niveau van deelname uit te sluiten. Andere feiten en omstandigheden in verband met voorschriften over internationale competitie die de uitsluiting van ongemengde paren op nationaal niveau zouden kunnen rechtvaardigen, zijn niet komen vast te staan.

6.20 Ten overvloede merkt de Commissie op dat de hier besproken uitzondering alleen geldt voor onderscheid op grond van geslacht. De wet laat geen uitzondering toe op het verbod van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid.

6.21 Op grond van het vorenstaande komt de Commissie tot het oordeel dat verweerders direct onderscheid op grond van geslacht hebben gemaakt door ongemengde paren niet toe te laten tot reguliere danswedstrijden.

6.22 Door te eisen dat dansers toestemming moeten hebben van verweerster om mee te kunnen doen, wetende dat die toestemming niet zal worden verleend, maakt ook verweerder, als organisator van danswedstrijden, direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid en geslacht. Verweerder heeft een eigen verantwoordelijkheid om de gelijkebehandelingswetgeving na te leven en kan zich derhalve niet beroepen op de regels van verweerster, als deze in strijd zijn met de wet.

7 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt op verzoek van . . . . ,
. . . . en . . . . als haar oordeel uit dat de . . . . en . . . . direct onderscheid maken op grond van homoseksuele gerichtheid en geslacht door ongemengde paren uit te sluiten van deelname aan door of namens hen georganiseerde reguliere danswedstrijden.

04 | 117

24 september 2004

Artikel 7:648 lid 1 BW

Onderscheid op grond van arbeidsduur door alleen aan zittende deeltijders de mogelijkheid te bieden 50% van hun ADV in te ruilen voor 2,5% salarisverhoging.

Verzoekster verzoekt om een oordeel over de vraag of onderscheid op grond van arbeidsduur zal worden gemaakt indien uitsluitend aan (zittende) deeltijders de mogelijkheid wordt geboden om 50% van de ADV in te ruilen tegen 2,5% salarisverhoging.
Door deze regeling worden zittende voltijders benadeeld ten opzichte van zittende deeltijders en derhalve is sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur.
Het doel van de voorgestelde wijziging is het verbeteren van de continuïteit in de werkzaamheden door het structureel minder vaak afwezig zijn van (een deel van de) deeltijders, zodat minder overdracht hoeft plaats te vinden en de totale personeelsbezetting evenwichtiger is. Dit doel wordt door de Commissie legitiem geacht.
Het doel kan door hantering van het middel worden bereikt en is derhalve passend.
Het doel kan echter ook worden bereikt met een middel waarbij geen sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur. Verzoekster kan aan alle medewerkers de mogelijkheid bieden 25%, althans een lager percentage dan 50%, van de ADV in te leveren tegen 1,25% salarisverhoging, althans een lager percentage.
Voorts kan verzoekster de regeling van inruil van ADV niet invoeren totdat zij voldoende geld heeft om het aan iedere medewerker aan te bieden. Ten slotte kan verzoekster de regeling direct aan iedere

medewerker aanbieden. De genoemde alternatieven sluiten aan bij de bedoeling van verzoekster om de regeling uiteindelijk voor iedere medewerker open te stellen.
Het onderscheid naar arbeidsduur is niet objectief gerechtvaardigd en derhalve in strijd met artikel 7:648 BW.
Strijd met de wet.

04 | 118

24 september 2004

(mr. M.M. van der Burg (voorzitter), mr. Ch.M. van der Bas en dr. Ph.J.M. Essed)

Artikel 3 WGBL
Artikel 7 lid 1 WGBL

Onderscheid naar leeftijd bij toekenning van extra vakantiedagen aan werknemers van 45 jaar en ouder en aan werknemers die meer dan 10, 15 of 20 jaar in dienst zijn en bij de toekenning van arbeidsduurvermindering aan werknemers van 60 jaar en ouder.

Verzoekster vraagt of drie seniorenregelingen in haar arbeidsvoorwaardenregeling in overeenstemming zijn met de WGBL.
De eerste regeling heeft betrekking op het toekennen van 1 tot 3 extra vakantiedagen per jaar aan werknemers van 45 jaar en ouder. In deze regeling wordt expliciet verwezen naar leeftijdsgrenzen, zodat sprake is van direct onderscheid naar leeftijd. Verzoekster beoogt met deze regeling oudere werknemers meer rust te geven waardoor de belastbaarheidgrens niet of minder snel wordt bereikt. Waarom verzoekster behoefte aan deze regeling kan zij niet onderbouwen. Het ziekteverzuim blijkt in het bedrijf niet toe te nemen bij haar werknemers boven de 45 jaar. Ook uit recent TNO-onderzoek blijkt dat het verband tussen leeftijd en gezondheid in het algemeen zeer zwak is en niet te leidt tot afname van inzetbaarheid. Bij fysiek zwaar belastende functies is dit anders maar daarvan is bij verzoekster geen sprake. De werkelijke behoefte aan deze regeling ontbreekt derhalve, zodat het doel niet legitiem is. Vanwege het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging is deze regeling in strijd met de WGBL.
De regeling met betrekking het toekennen van enkele extra vakantiedagen per jaar bij het bereiken van een bepaald aantal dienstjaren (regeling 2) bevat niet expliciet bepaalde leeftijdsgrenzen, zodat geen direct onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Wel is sprake van indirect onderscheid aangezien uit gegevens van verzoekster blijkt dat werknemers met veel dienstjaren ook een hogere leeftijd hebben. Het doel van deze regeling is het belonen van loyaliteit en wordt legitiem geacht. Aangezien dit doel met deze regeling is te bereiken, is de regeling passend. Het belonen van loyaliteit kan echter ook op andere wijzen worden bereikt met leeftijdonafhankelijke regelingen zodat de regeling niet noodzakelijk is. Het gemaakte onderscheid is dan ook niet objectief gerechtvaardigd en daarom in strijd met de WGBL.
In de regeling met betrekking tot toekennen van arbeidsduurvermindering voor medewerkers van 60 jaar en ouder (regeling 3) wordt expliciet verwezen naar leeftijdgrenzen zodat sprake is van direct onderscheid. Verzoekster beoogt met deze regeling te bereiken dat oudere werknemers langer blijven werken, dat taken goed en gelijkmatig worden overgedragen en dat oudere werknemers geleidelijk hun werk kunnen afbouwen om zich voor te bereiden op een leven met meer vrije tijd. Op dit moment maakt niemand gebruik van deze regeling en in het verleden sporadisch. Derhalve kan niet worden gesproken van het hebben van een werkelijke behoefte van verzoekster aan een dergelijke regeling zodat het doel niet legitiem is. Het gemaakte onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd, zodat de regeling in strijd is met de WGBL.
Strijd met de wet.

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 de volgende bepalingen in haar arbeidsvoorwaardenregeling in overeenstemming zijn met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL):
- het toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers die 45, 50 en 55 jaar zijn geworden;
- het toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers die meer dan 10, 15 of 20 jaar in dienst zijn;
- het toekennen van arbeidsduurvermindering voor medewerkers van 60, 61 en 62 jaar en ouder.

1.2 De Commissie heeft verzoekster bij brief van 4 mei 2004 enkele aanvullende vragen gesteld. De aanvullende informatie is op 17 mei 2004 bij de Commissie ontvangen.

1.3 Op 29 juli 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar verzoekster onder meer haar standpunt mondeling heeft toegelicht en de

nadere vragen van de Commissie heeft beantwoord. Tevens heeft verzoekster nadere cijfermatige gegevens overgelegd met betrekking tot haar personeelsbestand.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster is een im- en exporteur van buitenlandse boeken, kaarten, reisgidsen en elektronische media. Deze artikelen worden gedistribueerd in Nederlandse en Vlaamse boekhandels. Zij vertegenwoordigt thans meer dan 500 uitgevers. Per 1 augustus 2004 heeft verzoekster 72 medewerkers in dienst, waarvan 33 medewerkers 45 jaar of ouder zijn en 3 medewerkers 60 jaar of ouder zijn. Voorts zijn 36 medewerkers 10 jaar of langer in dienst. In het magazijn werken 19 medewerkers. Daarnaast kent verzoekster de volgende organisatorische eenheden: afdeling inkoop, afdeling verkoop, administratie en directie.

2.2 Verzoekster valt niet onder een CAO, maar heeft een eigen arbeidsvoorwaardenregeling. Deze regeling geldt in zijn huidige vorm vanaf 1 juli 1985.

2.3 In artikel 14.2.3. van de arbeidsvoorwaardenregeling 2001 van verzoekster (hierna: de arbeidsvoorwaardenregeling) is bepaald dat de medewerker die de 45-, 50- of 55-jarige leeftijd heeft bereikt per vakantiejaar recht verwerft op respectievelijk 1, 2 of 3 extra dagen vakantie met behoud van salaris.

2.4 In artikel 14.2.4. van de arbeidsvoorwaardenregeling is bepaald dat de medewerker die bij aanvang van het vakantiejaar 10, 15 of 20 dienstjaren heeft, per vakantiejaar recht verwerft op respectievelijk 1, 2 of 3 extra dagen vakantie met behoud van salaris. Voorts is in dit artikel bepaald dat één van beide regelingen (14.2.3. of 14.2.4.) geldt en wel de voor de medewerker meest gunstige.

2.5 In artikel 7.4.1. is bepaald dat medewerkers die de leeftijd van 60, 61 of 62 jaar en ouder hebben bereikt, indien zij dit wensen, individueel in aanmerking kunnen komen voor een arbeidstijdverkorting van respectievelijk 10, 15 en 20% van de wekelijkse arbeidstijd (hierna: de ADV-regeling). Deze arbeidstijdverkorting wordt in goed overleg met de werkgever in blokken van halve werkdagen opgenomen. De in het kader van dit artikel niet gewerkte uren worden betaald tegen 65% van het normale bruto uurloon. Geen enkele medewerker maakt op dit moment gebruik van deze regeling. Vanaf 1990 zijn er drie medewerkers geweest die gebruik hebben gemaakt van deze regeling.

2.6 De genoemde regelingen zijn voor alle medewerkers van toepassing; voor deeltijders naar rato van hun dienstverband.

3 TOELICHTING OP EN MOTIVERING VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoekster vraagt de Commissie om te beoordelen of deze regelingen overeenstemmen met de WGBL. Verzoekster is bezig met het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden en wil de regeling up-to-date houden.

3.2 Sinds 2002 heeft verzoekster een prepensioenregeling. Een VUT-regeling behoorde niet tot de arbeidsvoorwaarden van verzoekster. Gezien de onrust rondom de prepensioenregelingen acht verzoekster het niet opportuun haar seniorenregelingen af te schaffen.

Toekennen extra vakantiedagen aan medewerkers van 45 jaar en ouder

3.3 De reden dat verzoekster extra vakantiedagen toekent aan medewerkers van 45 jaar en ouder (artikel 14.2.3.) is het kunnen handhaven van het inzetten van oudere medewerkers door hen iets meer mogelijkheden tot uitrusten te geven, waardoor mag worden verwacht dat de individuele belastbaarheidsgrens niet of minder snel zal worden bereikt.

3.4 De vermindering van de belastbaarheid bij oudere medewerkers is een ervaringgegeven. De extra vakantiedagen worden in het bedrijf van verzoekster al ruim twintig jaar toegekend en de ervaring hiermee is positief. De regeling is mede ingevoerd als gevolg van een maatschappelijke trend. Of deze extra vakantiedagen er daadwerkelijk toe leiden dat de belastbaarheidsgrens minder snel wordt bereikt, is niet duidelijk voor verzoekster.

3.5 Het ziekteverzuim bij verzoekster was vorig jaar 6%, vooral veroorzaakt door langdurige ziekte van twee medewerkers. Voor het overige bestaat dit percentage uit kortdurend verzuim. Verzoekster heeft geen verzuimcijfers overgelegd. Zij geeft aan dat het verzuim niet specifiek de oudere mede-

werkers betreft. Ook tussen de leeftijdscategorie 40 tot 45 jaar en die van 45 jaar en ouder is geen verschil in verzuim te constateren. Doordat de regeling al zo lang bestaat is niet meer te achterhalen of de belastbaarheid afneemt met de jaren. Het huidige verzuim heeft meer met andere factoren te maken dan de factor leeftijd. De belastbaarheid is per persoon verschillend. Mede in verband met de toegenomen concurrentie is de werkdruk in de loop van de jaren verhoogd. Dit heeft met name tot een grotere psychische belasting van de medewerkers van de afdeling Inkoop en de afdeling Verkoop geleid.

3.6 Verzoekster heeft nooit overwogen om (senioren)regelingen te maken specifiek voor functies die fysiek of psychisch meer belastend zijn. Ook de magazijnfuncties zijn niet dermate fysiek belastend dat daarvoor speciale maatregelen dienen te worden getroffen. Het magazijnwerk kent de volgende fysieke belasting. Magazijnmedewerkers lopen veel en staan lange tijd. Daarnaast betreft het vaak eenzijdig werk. Verzoekster is er al geruime tijd mee bezig om het magazijnwerk wat veelzijdiger te maken om daardoor de vermoeibaarheidsfactor te verminderen. Daarnaast wil verzoekster de magazijnmedewerkers meer verantwoordelijkheden geven en daardoor wat minder (fysiek) belastende werkzaamheden.

3.7 Ter zitting heeft verzoekster aangegeven dat een alternatief voor extra vakantiedagen bij het bereiken van een bepaalde leeftijd zou kunnen zijn dat aan alle medewerkers, dus leeftijdsonafhankelijk, de mogelijkheid wordt geboden om extra vakantiedagen bij te kopen.

Toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers met 10, 15 of 20 dienstjaren

3.8 De reden voor het toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers die 10, 15 of 20 jaar in dienst zijn (artikel 14.2.4.) is beloning voor de trouw van de medewerker aan het bedrijf. Dit wordt ook zo door de medewerkers ervaren. De regeling is met name ingesteld om het personeelsverloop te beperken, de motivatie van medewerkers te bevorderen en tevens als blijk van waardering voor de kennis en ervaring die medewerkers opbouwen. Medewerkers die lang in dienst zijn hebben ook een grotere deskundigheid en meer vaardigheden dan medewerkers die kort(er) in dienst zijn. Verzoekster wil daarvan zo lang mogelijk gebruik maken. Daarnaast is het prettig om nog iets achter de hand te hebben indien een medewerker het eind van de groei in zijn of haar salarisschaal heeft bereikt. Het personeelsverloop bij verzoekster is laag en alle medewerkers die lang in dienst zijn, zijn ook loyaal aan het bedrijf. De sfeer en de manier waarop wordt gewerkt binnen het bedrijf wordt als positief ervaren.

3.9 Verzoekster heeft geen prestatiebonus en wil een dergelijke bonus, met name gezien het gevaar van subjectiviteit, ook niet invoeren.

3.10 Ter zitting heeft verzoekster aangegeven dat zij ook andere maatregelen kent ter bevordering van de motivatie van medewerkers, zoals een jaarlijks personeelsuitje.

Arbeidsduurvermindering voor medewerkers van 60 jaar en ouder

3.11 Het doel van de regeling in artikel 7.4.1., te weten arbeidsduurvermindering voor medewerkers vanaf 60 jaar, is het zo lang mogelijk laten deelnemen aan het arbeidsproces van de oudere medewerkers en het voorbereiden op een leven met meer vrije tijd.

3.12 Verzoekster acht het voor haar organisatie van belang zo lang mogelijk gebruik te kunnen maken van de vakkennis van ervaren medewerkers. Het is van belang dat oudere medewerkers minder uur per week kunnen werken in verband met hun afnemende belastbaarheid. Zo kunnen medewerkers het werk tot hun 65e jaar volhouden. De arbeidsduurvermindering voor medewerkers van 60 jaar en ouder staat tevens borg voor een goede en gelijkmatige overdracht van taken en/of inwerkperiode ten behoeve van opvolging. Daarnaast is een grote wisseling in de bezetting commercieel gezien niet wenselijk. Voor medewerkers van 60 jaar zijn nog geen opvolgers aangewezen. Zij hebben wel een iets andere werkindeling. Vanaf 63 jaar worden er al wel opvolgers aangetrokken. Als medewerkers gebruik maken van de ADV-regeling treedt wel een verschuiving van taken op. Een aantal (deel)taken wordt overgedragen of er is sprake van het inwerken van opvolgers.

3.13 Verzoekster kan niet rechtstreeks aantonen dat meer vrije tijd ervoor zorgt dat medewerkers langer kunnen werken, maar de geboden mogelijkheden worden als zeer positief ervaren door alle betrokkenen.

3.14 Verzoekster heeft een ruimhartig deeltijdbeleid en zij heeft meer deeltijders dan voltijders in dienst. Alle medewerkers bij verzoekster kunnen in beginsel – als zij dat willen – 10, 15 of 20% (of een ander percentage) minder gaan werken tegen naar rato minder loon. Dat is het leeftijdsonafhankelijke alternatief voor de onderhavige regeling. Verzoekster probeert echter het werk en de werksfeer zo leuk mogelijk te houden, waardoor het verzuim ook minder wordt. Daarbij hoort het beloningsaspect dat geldt voor medewerkers vanaf 60 jaar die minder gaan werken. Verzoekster vindt het niet goed om vanaf die leeftijd nog in te grijpen in het salaris.

4 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

4.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of:
- de regeling met betrekking tot het toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers van 45 jaar en ouder (artikel 14.2.3)
- de regeling met betrekking tot het toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers die 10, 15 of 20 jaar in dienst zijn (artikel 14.2.4) en
- de regeling met betrekking tot arbeidsduurvermindering voor medewerkers vanaf 60 jaar (artikel 7.4.1) in overeenstemming zijn met de WGBL.

4.2 In artikel 1, eerste lid, WGBL is bepaald dat onder onderscheid op grond van leeftijd wordt verstaan: onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGBL is onderscheid op grond van leeftijd verboden bij de arbeidsvoorwaarden. De drie genoemde regelingen betreffen arbeidsvoorwaarden.

4.3 Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL kan het maken van onderscheid op grond van leeftijd onder omstandigheden objectief gerechtvaardigd zijn. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Een 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 onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

4.4 In het navolgende wordt per onder 4.1 genoemde regeling nagegaan of sprake is van onderscheid naar leeftijd en zo ja, of voor dit onderscheid sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

Toekennen extra vakantiedagen aan medewerkers van 45 jaar en ouder

4.5 In artikel 14.2.3. van de arbeidsvoorwaardenregeling is bepaald dat aan medewerkers van 45, 50 en 55 jaar extra vakantiedagen worden toegekend. Hiermee wordt onderscheid gemaakt tussen (onder meer) medewerkers van 45 jaar en ouder en medewerkers die jonger zijn dan 45 jaar. Dit leidt tot de conclusie dat in artikel 14.2.3. onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt.

4.6 Verzoekster heeft ter objectieve rechtvaardiging aangevoerd dat het doel van bovenstaande regeling is het kunnen handhaven van het inzetten van oudere medewerkers door hen iets meer mogelijkheden tot uitrusten te geven, waardoor mag worden verwacht dat de individuele belastbaarheidsgrens niet of minder snel zal worden bereikt.

4.7 Verzoekster kan niet met cijfers onderbouwen dat de belastbaarheid minder wordt naarmate medewerkers ouder worden. De vermindering van de belastbaarheid bij oudere medewerkers is een ervaringsgegeven. Verzoekster heeft geen onderzoek gedaan waaruit blijkt dat met de leeftijd de belastbaarheid vermindert.

4.8 Er is wel algemeen onderzoek gedaan naar leeftijd in verhouding tot belastbaarheid. TNO Arbeid heeft in opdracht van de Taskforce Ouderen en Arbeid onderzoek gedaan naar de gezondheid en inzetbaarheidsbeperkingen van oudere medewerkers, dat wil zeggen medewerkers vanaf 55 jaar. De bevindingen zijn vastgelegd in een rapport: A. Nauta, M.R. de Bruin en R. Cremer, De mythe doorbroken, gezondheid en inzet-

baarheid oudere medewerkers, 2004, TNO Arbeid. Het onderzoek bestaat uit een literatuurstudie[1], secundaire analyses op bestaande onderzoeksgegevens, een telefonische enquête bij enkele organisaties uit het relatienetwerk van TNO Arbeid, interviews met experts op het gebied van arbeid en gezondheid van ouderen en een inventarisatie van goede beleidspraktijken in enkele organisaties. Op pagina 87 van het rapport wordt het volgende geconcludeerd:

'*Beelden en feiten over gezondheid en inzetbaarheid van ouderen blijken niet met elkaar te stroken. Mensen veronderstellen dat met name de lichamelijke gezondheid van alle ouderen slechter is dan die van jongeren. Daarentegen wijzen de feiten uit dat een overgrote groep oudere werknemers, zeker tot de leeftijd van 65 à 70 jaar, lichamelijk en geestelijk gezond is en het werk goed aan kan. Het is dus een klein percentage oudere werknemers dat relatief lang verzuimt, met name lichamelijk niet meer goed gezond is en het werk niet goed meer aan kan. De kloof tussen beelden en feiten houdt daarmee in dat de mythe wil dat de gezondheid van alle oudere werknemers achteruitgaat, terwijl de feiten uitwijzen dat slechts een klein percentage ouderen in de leeftijd tot 70 jaar met name fysiek achteruitgaat. Bovendien is het verband tussen leeftijd en gezondheid zwak, en spelen andere factoren een grotere rol. Zo zijn leefstijl, functieduur en fysiek belastende beroepen belangrijk ter verklaring van gezondheid en verzuim. Ook zijn de verbanden tussen leeftijd en gezondheid complexer van aard dan vaak gedacht wordt. Zo blijkt dat lichamelijke functies van ouderen weliswaar achteruit gaan, maar dat zij daardoor nauwelijks beperkt worden in hun inzetbaarheid. Bovendien blijkt vooral de spreiding in gezondheid en beperkingen sterk toe te nemen. Dit betekent dat een grote groep ouderen tot op hoge leeftijd goed gezond blijft en uitstekend inzetbaar is. En tenslotte blijkt dat de meeste gezondheidsklachten geen belemmering vormen om goed te functioneren op het werk. Ook kunnen ouderen hun achteruitgang meestal goed compenseren, bijvoorbeeld met slimme werkstrategieën of hulpmiddelen.*'

4.9 Verzoekster heeft gesteld dat in haar organisatie bij het ziekteverzuim geen verschil valt te constateren tussen leeftijdsgroepen. Ook niet tussen de leeftijdscategorie 40 tot 45 jaar en die van 45 jaar en ouder. Het huidige verzuim heeft volgens verzoekster meer met andere factoren te maken dan de factor leeftijd. Dit komt derhalve overeen met de conclusies uit het hierboven genoemde onderzoek, waaruit blijkt dat andere factoren dan leeftijd, zoals leefstijl, functieduur en langdurige fysieke belasting een grotere rol spelen bij de gezondheid en inzetbaarheid van oudere medewerkers.

4.10 Uit de schriftelijke stukken en de toelichting ter zitting is niet gebleken dat in de organisatie van verzoekster sprake is van fysiek zwaar belastende functies. Verzoekster heeft ter zitting gesteld dat magazijnmedewerkers weliswaar fysiek belastende werkzaamheden uitvoeren, maar dat deze functies niet dermate fysiek belastend zijn dat daarbij leeftijd een rol gaat spelen. Daarnaast heeft verzoekster juist ten aanzien van deze functies een aantal maatregelen genomen om tegemoet te komen aan de belasting door bijvoorbeeld de magazijnwerkzaamheden veelzijdiger te maken, mede door een andere verdeling van verantwoordelijkheden. Voorts heeft verzoekster aangegeven dat de functie van inkoper en verkoper met name psychisch belastend is, echter niet in die mate dat dit leidt tot hogere verzuimcijfers. Als sprake is van een verschil in verzuim komt dat door persoonlijke omstandigheden en door de toegenomen werkdruk. Leeftijd speelt hierbij geen rol. Verzoekster heeft de vraag of de extra vakantiedagen vanaf de 45-jarige leeftijd er daadwerkelijk toe bijdragen dat de individuele belastbaarheidsgrens minder snel wordt bereikt, niet kunnen beantwoorden.

4.11 Verzoekster heeft voorts aangevoerd dat de extra vakantiedagen al ruim 20 jaar worden toegekend, dat de regeling als positief wordt ervaren door de medewerkers en dat de regeling is ingevoerd als gevolg van een maatschappelijke trend. Dit zijn echter algemene argumenten die geen onderscheid op grond van leeftijd rechtvaardigen. Te algemene, generaliserende argumenten leveren in het algemeen een onvoldoende rechtvaardiging op (zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 25 en HvJ EG 13 juli 1989, zaak C-171/88 (*Rinner-Kühn*), *Jur.* 1989, p. 2743).

---

1 *Zie voor de literatuurlijst: p. 91-99.*

4.12 Uit het bovenstaande blijkt dat in het onderhavige geval geen sprake is van een daadwerkelijk bij de organisatie bestaande behoefte om medewerkers van 45 jaar en ouder (iets) meer mogelijkheden tot uitrusten te geven. Het doel van de bepaling voldoet derhalve niet aan een werkelijke behoefte van de organisatie van verzoekster en is op grond daarvan niet legitiem. De Commissie concludeert dat in artikel 14.2.3. van de arbeidsvoorwaardenregeling onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt dat niet objectief is gerechtvaardigd. De regeling is derhalve in strijd met de WGBL.

Toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers met 10, 15 of 20 dienstjaren

4.13 In artikel 14.2.4. is bepaald dat de medewerker die bij aanvang van het vakantiejaar 10, 15 of 20 dienstjaren heeft, per vakantiejaar recht verwerft op respectievelijk één, twee of drie extra vakantiedagen met behoud van salaris. In deze regeling wordt niet rechtstreeks verwezen naar leeftijd, derhalve is geen sprake van direct onderscheid op grond van leeftijd.

4.14 Vervolgens is de vraag aan de orde of door hantering van de bovenstaande regeling indirect onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Van indirect onderscheid op grond van leeftijd is sprake wanneer door een verwijzing naar een andere hoedanigheid dan leeftijd, in het bijzonder personen van een bepaalde leeftijd worden getroffen (zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat ook anciënniteit indirect onderscheid op grond van leeftijd kan opleveren. Met het begrip anciënniteit wordt dan gedoeld op het aantal dienstjaren dat iemand bij een bepaalde werkgever of in een bepaalde functie heeft gewerkt. In het algemeen zullen het veelal de oudere medewerkers zijn die de meeste dienstjaren hebben opgebouwd (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17 en pag. 33-35).

4.15 Uit de door verzoekster overgelegde gegevens met betrekking tot de lengte van het dienstverband blijkt het volgende:
- de gemiddelde leeftijd bij verzoekster is (afgerond) 44 jaar.
- de gemiddelde leeftijd van medewerkers die langer dan 20 jaar in dienst zijn is 51 jaar.
- de gemiddelde leeftijd van medewerkers die tussen de 15 en 20 jaar in dienst zijn is 47 jaar.
- de gemiddelde leeftijd van medewerkers die tussen de 10 en 15 jaar in dienst zijn is 46 jaar.
- de gemiddelde leeftijd van medewerkers die minder dan 10 jaar in dienst zijn is 39 jaar.

Op basis van deze cijfers kan worden geconcludeerd dat in de organisatie van verzoekster sprake is van een verband tussen leeftijd en aantal dienstjaren in die zin dat, gemiddeld genomen, de medewerkers met de meeste dienstjaren ook een hogere leeftijd hebben. Nu door hantering van de genoemde bepaling in overwegende mate jongere medewerkers zullen worden benadeeld, wordt indirect onderscheid op grond van leeftijd gemaakt.

4.16 Ter objectieve rechtvaardiging van het onderscheid heeft verzoekster het volgende aangevoerd. Het doel van de bovenstaande regeling is het belonen van loyaliteit. De onderliggende redenen voor het belonen van loyaliteit zijn het bevorderen van de motivatie van de medewerkers, het beperken van personeelsverloop en het waarderen van kennis en ervaring van medewerkers. Door de wetgever wordt aangenomen dat het bevorderen van de motivatie van medewerkers, het honoreren van bedrijfstrouw of het belonen van een grotere ervaring of deskundigheid een legitiem doel kan vormen (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 32). De Commissie is van oordeel dat in het onderhavige geval het doel, te weten het belonen van loyaliteit aan het bedrijf, met de hiervoor genoemde onderliggende redenen, zwaarwegend is en dat dit doel tevens voldoet aan een werkelijke behoefte van het bedrijf. Verzoekster heeft gemotiveerd aangegeven dat een groter aantal dienstjaren leidt tot een grotere deskundigheid of vaardigheid van de medewerkers. Ook is gemotiveerd aangegeven dat het voor verzoekster van belang is dat zij zo lang mogelijk gebruik kan maken van de vakkennis van ervaren medewerkers. Voorts heeft verzoekster gesteld dat haar personeelsverloop laag is en dat alle medewerkers die lang in dienst zijn ook loyaal zijn aan het bedrijf.

4.17 Op grond van het bovenstaande acht de Commissie het doel voldoende zwaarwegend en derhalve legitiem.

4.18 Vervolgens moet worden beoordeeld of het middel, te weten het toekennen van extra vakantiedagen aan medewerkers met 10, 15

of 20 dienstjaren, passend en noodzakelijk is.

4.19 Met het genoemde middel kan worden bereikt dat medewerkers loyaal blijven aan de organisatie in die zin dat zij langer bij de organisatie blijven werken, gemotiveerd zijn en gewaardeerd worden voor kennis en ervaring. Het middel kan derhalve als passend worden beschouwd.

4.20 De volgende vraag die moet worden beantwoord is of het doel ook kan worden bereikt met een ander middel, waarbij geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, althans in mindere mate. De Commissie beantwoordt deze vraag aan de hand van de onder 4.16 genoemde onderliggende redenen voor het belonen van loyaliteit, omdat hiermee concreet invulling wordt gegeven aan het genoemde hoofddoel.

4.21 Met betrekking tot het bevorderen van de motivatie van de medewerkers geldt dat hiervoor alternatieven zijn, waarbij geen leeftijdsonderscheid wordt gemaakt. Ook verzoekster heeft ter zitting aangegeven dat het bedrijf andere, leeftijdsonafhankelijke, maatregelen kent ter bevordering van de motivatie van medewerkers, zoals een jaarlijks personeelsuitje.

4.22 Ten aanzien van het beperken van personeelsverloop, merkt de Commissie op dat ook hiervoor alternatieven zijn die geen onderscheid naar leeftijd maken. Verzoekster heeft hiertoe gesteld dat zij (andere) aantrekkelijke arbeidsvoorwaarden biedt, onder meer op het gebied van (betaalde) opleidingen en deeltijdwerk. Tevens zou, bijvoorbeeld, verhoging van de salarissen een alternatief kunnen zijn ter beperking van personeelsverloop.

4.23 Ook kennis en ervaring van medewerkers kan op een andere manier worden gewaardeerd zonder dat daarbij onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, bijvoorbeeld door het geven van een bonus gerelateerd aan deskundigheid en/of vaardigheid. Dat verzoekster heeft aangegeven hier uitdrukkelijk niet voor te kiezen omdat dit het gevaar van subjectiviteit met zich brengt, doet hieraan niet af. Bovendien kan de vrees voor subjectiviteit worden ondervangen door het voeren van een systematisch, inzichtelijk en consequent beleid ten aanzien van prestatiebonussen.

4.24 Nu uit het voorgaande blijkt dat het doel ook kan worden bereikt met middelen waarbij geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt is het middel niet noodzakelijk. Dit leidt tot het oordeel dat het gemaakte onderscheid naar leeftijd in artikel 14.2.4. niet objectief gerechtvaardigd is. De regeling is derhalve in strijd met de WGBL.

Arbeidsduurvermindering voor medewerkers van 60 jaar en ouder

4.25 In artikel 7.4.1. is bepaald dat medewerkers van 60 jaar en ouder in aanmerking kunnen komen voor arbeidsduurvermindering met behoud van salaris, met dien verstande dat de niet gewerkte uren worden betaald tegen 65% van het normale bruto uurloon. Hiermee wordt onderscheid gemaakt tussen medewerkers van 60 jaar en ouder en medewerkers die jonger zijn dan 60 jaar. Dit leidt tot de conclusie dat in artikel 7.4.1. van de arbeidsvoorwaardenregeling direct onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt.

4.26 Verzoekster heeft ter objectieve rechtvaardiging van het onderscheid op grond van leeftijd aangevoerd dat het doel van bovenstaande regeling drieledig is. Ten eerste wil verzoekster hiermee bereiken dat oudere medewerkers zo lang mogelijk blijven deelnemen aan het arbeidsproces. Ten tweede staat deze regeling borg voor een goede en gelijkmatige overdracht van taken en/of inwerkperiode ten behoeve van opvolging en ten derde wil verzoekster hiermee bewerkstelligen dat oudere medewerkers hun werkzaamheden langzaam afbouwen ter voorbereiding op een leven met meer vrije tijd. Met betrekking tot het doel van de arbeidsdeelname van oudere medewerkers heeft verzoekster aangegeven dat zij het van belang acht dat medewerkers van 60 jaar of ouder minder uren per week werken in verband met de verminderde belastbaarheid. Ten aanzien hiervan geldt hetzelfde als hiervoor onder 4.6 tot en met 4.11 is overwogen. In zoverre acht de Commissie het doel van de arbeidsdeelname van oudere medewerkers niet legitiem, nu geen sprake is van een werkelijke behoefte van de organisatie.

4.27 Ten aanzien van alle doelen geldt het volgende. Verzoekster heeft aangevoerd dat op dit moment niemand gebruik maakt van de ADV-regeling voor medewerkers van 60 jaar en ouder en dat ook in het verleden maar weinig medewerkers gebruik hebben gemaakt van deze regeling. Bovendien geldt dat het voor een goede en gelijkmatige

inwerking van opvolgers niet nodig is dat oudere medewerkers minder werken. En als oudere medewerkers niet minder gaan werken, behoeven zij ook geen taken over te dragen.

4.28 Hieruit volgt dat de genoemde doelen niet voldoen aan een werkelijke behoefte van verzoekster. Dit wordt benadrukt door de vrijblijvendheid van de regeling. De doelen zijn derhalve niet legitiem. Dit leidt tot het oordeel dat het gemaakte onderscheid naar leeftijd in artikel 7.4.1. niet objectief gerechtvaardigd is. De regeling is derhalve in strijd met de WGBL.

5 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . .
door het hanteren van artikel 14.2.3., artikel 14.2.4. en artikel 7.4.1. van de arbeidsvoorwaardenregeling 2001 verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt.

04 | 119

24 september 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid op grond van ras of afkomst door verzoeker niet langer in te zetten als panellid in een televisieprogramma.

Verzoeker is van Surinaamse afkomst en heeft een donkere huidskleur. Verzoeker heeft als panellid deelgenomen aan een televisieprogramma verzorgd door verweerster, een omroepvereniging. Verweerster heeft besloten verzoeker niet langer in te zetten omdat hij onvoldoende zou functioneren. Volgens verzoeker was de reden gelegen in zijn afkomst.
Verweerster heeft bewezen dat niet verzoekers afkomst, maar zijn functioneren reden was om hem niet langer in te zetten als panellid en heeft derhalve jegens verzoeker geen onderscheid gemaakt op grond van ras.
Geen strijd met de wet.

04 | 120

27 september 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Geen onderscheid op grond van godsdienst bij het niet mogen uitstappen bij een bushalte. Zorgvuldige klachtbehandeling door verweerster.

Verzoekster mocht bij een bushalte niet uitstappen van de buschauffeur. Zij vermoedt dat dit is vanwege haar hoofddoek, omdat de chauffeur heeft gezegd dat zij de dupe is van alles wat hij meemaakt.
De Commissie is van oordeel dat de door verzoekster aangedragen gebeurtenissen geen feiten opleveren die onderscheid op grond van godsdienst kunnen doen vermoeden. De bus waarmee verzoekster reisde is een speciale spitslijn, waarbij uitstappen binnen de gemeentegrenzen niet is toegestaan. Dit geldt voor alle passagiers. Hoewel de communicatie tussen de buschauffeur en verzoekster niet vlekkeloos was, blijkt hieruit niet dat de chauffeur zich (mede) heeft laten leiden door de godsdienst van verzoekster.
De Commissie overweegt ten overvloede dat verweerster de klacht van verzoekster deugdelijk heeft onderzocht en naar aanleiding hiervan gepaste maatregelen heeft genomen.
Geen strijd met de wet.

04 | 121

28 september 2004

Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerster maakt onderscheid op grond van burgerlijke staat door niet te bemiddelen bij het zoeken van nieuwe woonruimte voor verzoekster en haar dochter na de scheiding van een partner met wie verzoekster noch gehuwd was, noch een geregistreerd partnerschap had.

Vanwege het beëindigen van haar relatie zullen verzoekster en haar driejarige dochter binnenkort geen woonruimte meer hebben.
Verweerster is een woningbouwvereniging die gesubsidieerde huurwoningen verhuurt. Verzoekster heeft verweerster verzocht te bemiddelen bij het zoeken naar woonruimte. Verweerster heeft dit verzoek afgewezen omdat verzoekster niet gehuwd was en ook geen geregistreerd partnerschap had.

Het beleid van verweerster is dat zij in scheidingssituaties, waarbij minderjarige kinderen betrokken zijn, alleen bemiddelt als een echtscheidingsvonnis, een voorlopige voorziening of een notariële akte getoond wordt waaruit blijkt dat de aanvrager de gemeenschappelijke woning heeft en deze vordering is afgewezen.
Achterliggende gedachte van dit beleid is dat mensen in eerste instantie zelf verantwoordelijk zijn voor hun huisvesting en derhalve dienen aan te tonen al het mogelijke te hebben gedaan om dakloosheid van een minderjarige te voorkomen.
Aangezien conform het door verweerster gehanteerde beleid alleen gehuwden en geregistreerde partners voor bemiddeling in echtscheidingssituaties in aanmerking kunnen komen, maakt verweerster direct onderscheid op grond van burgerlijke staat.
Strijd met de wet.

04 | 122

28 september 2004

Artikel 7 lid 1 WGBL

Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij een eindloonregeling, waarbij salarisverhogingen vanaf een bepaalde leeftijd niet meetellen voor de berekening van het pensioen of waarbij vanaf een bepaalde leeftijd van een eindloonsysteem wordt overgegaan op een geïndexeerd middelloonsysteem.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie drie pensioenregelingen voorgelegd met het verzoek om te beoordelen of deze regelingen in strijd zijn met de WGBL. De derde regeling is een beschikbare premieregeling. Nu deze regeling dermate verschillend is van de eerste twee regelingen, vergt deze een aparte beoordeling. Derhalve heeft de Commissie besloten tot het uitbrengen van twee oordelen. De beslissing van de Commissie ten aanzien van de derde regeling is opgenomen in tussenoordeel 2004-123.
De eerste regeling is een eindloonregeling, waarbij salarisverhogingen vanaf een bepaalde leeftijd niet of in beperkte mate meetellen voor de berekening van het pensioen. De tweede regeling is een eindloonregeling, waarbij vanaf een bepaalde leeftijd van een eindloon systeem wordt overgegaan op een geïndexeerd middelloon systeem. De Commissie oordeelt dat in beide regelingen direct onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Het doel van beide regelingen is tweeledig, te weten het voorkomen van onnodig hoge pensioenlasten en het voorkomen van pensioenpromotie. De Commissie acht beide doelen legitiem, aangezien zij beide zwaarwegend zijn en een wezenlijk belang van verzoekster dienen en bovendien beantwoorden aan de werkelijke behoefte van een organisatie. De regelingen zijn passend om het tweeledige doel te bereiken.
De Commissie is echter van oordeel dat beide regelingen niet noodzakelijk zijn om het doel te bereiken. Er zijn verschillende alternatieve regelingen mogelijk die hetzij niet leiden tot onderscheid op grond van leeftijd, hetzij minder bezwaarlijk zijn. De Commissie oordeelt dat verzoekster onvoldoende heeft gemotiveerd dat met deze alternatieven de gestelde doelen niet kunnen worden bereikt. Derhalve zijn de voorgestelde eindloonregelingen niet noodzakelijk en is het onderscheid op grond van leeftijd in beide regelingen niet objectief gerechtvaardigd.
Verzoekster maakt derhalve verboden onderscheid op grond van leeftijd indien zij deze regelingen uitvoert.
Strijd met de wet.

04 | 123

28 september 2004

Artikel 8 lid 3 WGBL

Oordeel over de vraag of een beschikbare premieregeling, waarbij de staffel is gebaseerd op een rekenrente van 3%, in strijd is met de WGBL aangehouden.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie drie pensioenregelingen voorgelegd met het verzoek om te beoordelen of deze regelingen in strijd zijn met de WGBL.
De eerste twee regelingen zijn eindloonregelingen. De derde regeling is een beschikbare premieregeling. Omdat de eerste twee regelingen dermate verschillend zijn van de derde regeling, vergen deze een aparte beoordeling. Derhalve heeft de Commissie besloten tot het uitbrengen van twee oordelen. De beslissing van de Commissie ten aanzien van de eerste twee regelingen is opgenomen in oordeel 2004-122.
Bij de derde regeling wordt een staffel gecreëerd op basis van een rekenrente van 3%, die daarna dusdanig wordt verlaagd dat de oorsprong gelijk komt met de oorsprong van de staffel met een rekenrente van 4% uit het Staffelbesluit. Ten aanzien van de vraag of deze regeling in strijd is met de WGBL, heeft de Commissie besloten een nader onderzoek te laten verrichten en de behandeling van het verzoek om een oordeel aan te houden.
Tussenoordeel.

04 | 124

30 september 2004

Artikel 7:646 BW

Onderscheid op grond van geslacht bij het niet aangaan van een detacherings-overeenkomst. Bedrijfseconomische omstandigheden niet bewezen.

Verzoekster was in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Verweerster heeft op enig moment alle arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet verlengd, maar deze werknemers wel de mogelijkheid geboden om op detacheringsbasis de arbeidsverhouding voort te zetten. Verzoekster is deze mogelijkheid niet geboden. Verzoekster heeft gesteld dat dit is vanwege haar zwangerschap en haar wens om ouderschapsverlof op te nemen. Verweerster heeft getracht het vermoeden van onderscheid te weerleggen door onder ander aan te voeren dat zij vanwege bedrijfseconomische redenen genoodzaakt was alle tijdelijke arbeidsovereenkomsten te laten eindigen. Verzoeksters werk kon verdeeld worden over andere vaste werknemers, bij de andere werknemers kon dat niet.
De Commissie heeft dit verweer verworpen nu uit de door partijen ingebrachte stukken en ter zitting duidelijk werd dat alle andere tijdelijke werknemers de mogelijkheid kregen om op detacheringsbasis te blijven werken bij verweerster. Tevens bleek dat regelmatig uitzendkrachten werden aangetrokken om de pieken in de werkvoorraad op te vangen.
Strijd met de wet.

04 | 125

1 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst, ras of nationaliteit bij afwijzing van sollicitante voor de functie van betontekenaar. Aanbevelingen aan verweerster.

Verzoekster is van Iraakse afkomst en draagt een hoofddoek. Verzoekster heeft via het internet gesolliciteerd op een functie voor betontekenaar bij verweerster. In de sollicitatiemail heeft zij aangegeven een hoofddoek te dragen. Zij is door verweerster voor de functie afgewezen met de motivering dat zij onvoldoende werkervaring heeft en niet over de juiste opleiding beschikt. Verzoekster is ervan overtuigd dat haar hoofddoek de reden voor afwijzing vormt, nu zij naar haar mening aan alle gestelde functie-eisen voldoet.
Verweerster heeft dit bestreden; verzoekster zou niet aan de ervaringseisen voldoen. Bovendien zouden haar vaardigheden ten aanzien van schriftelijke communicatie tekortschieten.
De Commissie toetst de afwijzing voor de functie niet meer dan marginaal. Haar beoordeling is beperkt tot een antwoord op de vraag of verweerster, gelet op de feiten, in redelijkheid tot haar opvatting over de geschiktheid van verzoekster had kunnen komen. Alleen indien deze opvatting apert onredelijk zou zijn, zou de Commissie tot het oordeel kunnen komen, dat als gevolg hiervan onderscheid een rol kan hebben gespeeld.
Nu vaststaat dat verzoekster, gezien haar cv niet aan de gestelde ervaringseisen voldoet en zij erkend heeft dat haar schriftelijke communicatieve vaardigheden tekortschieten, kan volgens de Commissie niet worden gezegd dat het apert onredelijk is dat verweerster verzoekster ongeschikt voor de functie heeft bevonden.
De Commissie heeft verweerster aanbevelingen gegeven met betrekking de sollicitatieprocedure.
Geen strijd met de wet.

04 | 126

1 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Verweerster handelt niet in strijd met gelijkebehandelingswetgeving door het verlenen van een ontslagvergunning.

Op verzoek van de werkgever van verzoeker heeft verweerster een ontslagvergunning voor verzoeker verleend. In deze ontslagvergunning waren zinsneden opgenomen die volgens verzoeker gebaseerd waren op het vooroordeel dat mannelijke werknemers van Marokkaanse afkomst problemen zouden hebben met vrouwelijke leidinggevenden. Verzoeker is van mening dat verweerster zodoende in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.
Verweerster heeft – nog voordat de Commissie de procedure was gestart – de beschikking gerectificeerd. Zij heeft de gewraakte zinsneden geschrapt of gewijzigd. In de ogen van verzoeker is dit een bevestiging van het feit dat in de beslissing ongeoorloofd onderscheid is gemaakt.
Naar het oordeel van de Commissie biedt het enkele feit dat de oorspronkelijke beschikking de

betreffende zinsneden bevatte geen aanknopingspunt voor de conclusie dat de beschikking is gebaseerd op vooroordelen omtrent mannelijke werknemers van Marokkaanse afkomst. Uit niets blijkt dat geloofsovertuiging of Marokkaanse afkomst een rol heeft gespeeld bij de beslissing. Dit wordt niet anders door het feit dat verweerster haar beschikking heeft gerectificeerd.
Dit leidt tot de conclusie verzoeker geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van godsdienst of ras kunnen doen vermoeden.
Geen strijd met de wet.

04 | 127

4 oktober 2004

Artikel 7:649 lid 1 BW

Geen onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst bij toekenning van eindejaarsuitkering en winstuitkering.

Verzoekster heeft in haar arbeidsvoorwaardenreglement opgenomen dat de werknemer, die op 31 december van enig jaar bij haar in dienst is, in aanmerking komt voor een eindejaarsuitkering. De werknemer die op 30 juni van enig jaar in dienst is, komt in aanmerking voor een winstuitkering. Verzoekster vraagt om een oordeel over de vraag of deze bepalingen in strijd zijn met het verbod van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.
Bij de toekenning van de eindejaars- en winstuitkering wordt niet rechtstreeks verwezen naar het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Van direct onderscheid is derhalve geen sprake. Het hanteren van de peildata zou onder omstandigheden kunnen leiden tot onderscheid, indien zou blijken dat met name werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of juist werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden benadeeld door het niet toekennen van een eindejaars- respectievelijk een winstuitkering. Op basis van de door verzoekster aangeleverde cijfers kan echter niet worden vastgesteld of met name werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan wel werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden benadeeld door de gehanteerde peildata. Door deze bepalingen toe te passen maakt verzoekster derhalve geen verboden onderscheid.
Geen strijd met de wet.

04 | 128

5 oktober 2004

Artikel 7 AWGB

Verweerster, een aanbieder van een huiskamerproject voor mensen met een psychiatrische achtergrond, heeft jegens verzoeker onderscheid gemaakt op grond van godsdienst en ras door onvoldoende op te treden tegen discriminerende bejegening.

Verweerster is een stichting die – onder meer – een huiskamerproject aanbiedt. Dit project is bedoeld voor volwassenen met een psychiatrische achtergrond. Verzoeker is bezoeker van het huiskamerproject.
Verzoeker is in 'de huiskamer' door een bezoekster van de huiskamer uitgescholden voor 'vuile klerenjood'. Daarnaast heeft een vrijwilliger van verweerster verzoeker Farizeeër en Judeeër genoemd. Verzoeker heeft hierover geklaagd bij verweerster.
Als aanbieder van het huiskamerproject heeft verweerster de verplichting om zorg te dragen voor een discriminatievrije omgeving. Deze zorgplicht geldt evenzeer indien de discriminerende bejegening gedaan wordt door een bezoeker jegens een andere bezoeker. Van belang is dat verweerster het gezag heeft en daarmee de mogelijkheid heeft om de situatie op te lossen. Verweerster heeft aanvankelijk adequaat opgetreden door de betreffende bezoekster te schorsen. Later heeft verweerster echter niet ingegrepen toen deze bezoekster een mop vertelde, die volgens verzoeker antisemitisch was. Verweerster heeft met de betreffende vrijwilliger gesprekken gevoerd. Tevens heeft zij een passende maatregel getroffen om herhaling te voorkomen. Verweerster heeft echter verzuimd om verzoeker hiervan op de hoogte te stellen. Hierdoor heeft zij verzoeker in het ongewisse gelaten of dit gedrag zich zou herhalen.
Verweerster heeft de klacht van verzoeker zorgvuldig behandeld en in die zin voldaan aan haar zorgverplichting. Echter, de termijn waarbinnen de klacht is behandeld is nadelig uitgepakt voor verzoeker aangezien verzoeker gedurende deze termijn, bijna zes maanden, in totaal geen gebruik heeft kunnen maken van het huiskamerproject.
Strijd met de wet.

04 129

11 oktober 2004

(mr. A.G. Castermans (voorzitter), mr. dr. L.M.M. Mulder en mr. A.B. Terlouw)

Artikel 12 lid 2 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB

Verweerder maakt indirect onderscheid op grond van godsdienstige overtuiging door bezoekers slechts toe te laten tot zijn feestcafé op voorwaarde dat zij hun hoofddeksels afnemen.

Verweerder exploiteert een feestcafé. Volgens het huisreglement van verweerder zijn hoofddeksels verboden. Verzoekster 1 en haar ongeveer 25 collega's van de sectie arbeidsrecht van verzoekster 2 wensten in het kader van een personeelsuitje in de nacht van 7 op 8 mei 2004 een bezoek te brengen aan verweerders feestcafé. Verzoekster 1 werd door de twee aanwezige portiers, getuigen, de toegang geweigerd omdat zij een hoofddoek draagt en de huisregels voorschrijven dat hoofdbedekking niet is toegestaan. De hele groep werknemers heeft daarop afgezien van het bezoek.
Het doel van verweerder met het verbod op het dragen van hoofddeksels is het mogelijk maken van registratie en identificatie van de bezoekers van het feestcafé waardoor de veiligheid van alle bezoekers zo optimaal mogelijk kan worden gewaarborgd. De Commissie constateert dat aan dit doel iedere discriminatie vreemd is.
Het verbod op het dragen van hoofddeksels, wordt door verweerder strikt gehanteerd. In het onderhavige geval is de Commissie niet overtuigd van de geschiktheid van dit verbod om het doel te bereiken, nu het zich ook richt tegen het dragen van hoofddoeken die het gezicht vrijlaten die in het kader van registratie en identificatie in het geheel geen probleem vormen, ook niet als de registratie plaats heeft door middel van camera's die hoger in de ruimte hangen. Er zijn bovendien alternatieven om het doel te bereiken.
Zo kan verweerder iedere bezoeker identificeren door middel van het legitimatiebewijs. Ook kan verweerder een minder verstrekkend voorschrift hanteren, zoals een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding of een combinatie van maatregelen.
Voorts acht de Commissie het middel niet proportioneel gezien de risico's die verweerder in het kader van de veiligheid bewust of onbewust wel accepteert. Gebleken is dat verweerder bezoekers niet om een identificatie vraagt en niet fouilleert of tassen controleert. Verweerder maakt jegens verzoekster 1 verboden onderscheid op grond van godsdienstige overtuiging.
Verzoeker 2, de werkgever, wordt ontvankelijk geacht in het verzoek. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat artikel 12, lid 2, sub a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) niet beperkt dient te worden uitgelegd. Het betreffende artikel bepaalt dat een verzoek kan worden ingediend door degene die meent dat er te zijnen nadele onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet. Dit betekent dat het onderscheid niet behoeft te zijn gericht op de afkomst of godsdienst van verzoekster 2 zelf. Er kan sprake zijn van onderscheid indien verzoekster 2 wordt benadeeld vanwege een onderscheid dat jegens een derde, in casu haar werkneemster, wordt gemaakt op grond van haar afkomst of godsdienstige overtuiging.
Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat een werkgever zich ingevolge artikel 5, eerste lid, onderdeel e, AWGB niet alleen zelf moet onthouden van het maken van onderscheid als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving, maar er tevens op moet toezien dat zijn werknemers niet discriminatoir worden bejegend. Op grond van de gelijkebehandelingswetgeving mogen werknemers daarom van hun werkgever verwachten dat deze hen beschermt tegen discriminatoire bejegening door derden waar die werknemers uit hoofde van hun functie mee worden geconfronteerd. De Commissie is van oordeel dat deze verplichting zich ook uitstrekt tot een personeelsuitje dat in werkverband plaatsvindt en waaraan de werknemers worden geacht deel te nemen.
Strijd met de wet.

1 PROCESVERLOOP

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift hebben verzoeksters de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerder in strijd met de wetgeving gelijke behandeling onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door verzoekster 1 slechts toe te laten tot zijn feestcafé op de voorwaarde dat zij haar hoofddoek afdoet.

1.2 De Commissie heeft verweerder verzocht een schriftelijke reactie te geven op het verzoekschrift. Het verweerschrift is op 30 juni 2004 bij de Commissie ontvangen. Tevens heeft de Commissie verzoeksters verzocht nadere informatie op te sturen. Deze is op 24 juni 2004 bij de Commissie ontvangen.

1.3 Op 7 september 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen onder meer hun standpunten mondeling hebben toegelicht. Ter zitting heeft de Commissie de portiers, ... , hierna: getuige 1, en . . . . , hierna: getuige 2, als getuigen in aanwezigheid van partijen gehoord.

2 FEITEN

2.1 Verzoekster 1 is moslim en draagt een hoofddoek. Zij was gedurende de periode 1 februari 2004 tot 1 juli 2004 in het kader van haar studie bij verzoekster 2 werkzaam. Verzoekster 2 is een advocaten-, notarissen- en fiscalistenkantoor.

2.2 Verweerder exploiteert een feestcafé in Maastricht.

2.3 Verweerder heeft een huisreglement waarin, voor zover relevant, het volgende is opgenomen.

'In onderstaand reglement vindt u de huisregels die in ons bedrijf gelden. U bent verplicht zich aan deze regels te houden. Overtreding van enige huisregel kan onmiddellijk en zonder aanziens des persoons aan de politie worden gemeld, terwijl ook ontzegging van de toegang zal worden aangezegd.

Camera's
Op diverse plaatsen in het bedrijf hangen camera's. Een ieder die ons bedrijf bezoekt stemt toe in het maken van opnames. Bij calamiteiten kunnen deze opnames als ondersteunend materiaal getoond worden aan derden.

(...)

Kleding
Uw kleding dient er verzorgd uit te zien. Sportkleding, enigerlei hoofddeksels en voor mannen mouwloze shirts zijn niet toegestaan.'

2.4 Bij verweerder zijn portiers werkzaam die hij inhuurt via een beveiligingsbureau. Eén portier staat aan de buiteningang van het feestcafé. Nadat de bezoekers deze portier zijn gepasseerd, komen ze door middel van een soort sluis bij de binneningang waar een tweede portier staat.

2.5 Verweerder maakt in zijn bedrijf gebruik van camera's. Bij de ingang hangt een kleurencamera die van alle bezoekers afzonderlijk een opname maakt en in het feestcafé hangen acht zwart-wit-camera's, die totaalopnames maken.

2.6 Verzoekster 1 en haar ongeveer 25 collega's van de sectie arbeidsrecht van verzoekster 2 wensten in het kader van een personeelsuitje in de nacht van 7 op 8 mei 2004 een bezoek te brengen aan verweerders feestcafé. Verzoekster 1 werd door de twee aanwezige portiers, getuigen, de toegang geweigerd omdat zij een hoofddoek draagt en de huisregels voorschrijven dat hoofdbedekking niet is toegestaan. De hele groep werknemers heeft daarop afgezien van het bezoek.

2.7 Verzoekster 2 heeft bij brief van 11 mei 2004 verweerder om een schriftelijke reactie gevraagd. Hierop heeft verweerder niet gereageerd.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKSTERS EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Bij het bezoek aan het feestcafé van verweerder was een aantal werknemers al doorgelaten door de eerste portier. Verzoekster 1 werd echter de toegang geweigerd, tenzij zij haar hoofddoek zou afleggen. Verzoekster 1 werd niet gewezen op het huisreglement. Pas nadat één van de andere werknemers van verzoekster 2 om een verklaring vroeg, wees de portier erop dat het dragen van hoofddeksels volgens het huisreglement is verboden. Een nadere toelichting op het verbod werd, ondanks een verzoek daartoe, niet gegeven. Pas in de correspondentie in de onderhavige procedure zijn het cameratoezicht en de veiligheid als redenen aangevoerd. Ook aan het verzoek om de bedrijfsleider of de eigenaar te mogen spreken, werd niet voldaan. Hiervoor werd evenmin een reden gegeven. Pas tijdens de zitting is verzoeksters duidelijk geworden dat de eigenaar niet aanwezig was.

3.2 Verzoeksters erkennen dat verweerder huisregels mag hanteren, zolang deze een redelijk en gerechtvaardigd belang dienen. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake, nu het kledingvoorschrift uit het huisreglement indirect onderscheid op grond van godsdienst oplevert. Immers, personen die vanwege hun geloofsovertuiging een hoofddoek dragen, worden door het verbod op het dragen van hoofddeksels getroffen.

Anders dan bijvoorbeeld personen die vanwege klimatologische of modieuze redenen een hoed of een pet dragen, kan een hoofddoek die wordt gedragen vanwege de geloofsovertuiging, niet zomaar worden afgelegd. Door het hanteren van een verbod op het dragen van hoofddeksels wordt derhalve indirect onderscheid gemaakt.

3.3 Dit onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd. Een persoon met een gezichtsvrijlatende hoofddoek kan worden geregistreerd en geïdentificeerd door een camera. Verzoeksters wijzen erop dat zelfs in de paspoortinstructie is opgenomen dat voor het paspoort een pasfoto waarop een persoon een hoofddoek draagt dient te worden geaccepteerd, indien de hoofddoek wordt gedragen als uiting van een geloofsovertuiging, en mits het gelaat goed zichtbaar is. Voorts is het mogelijk dat bezoekers van het feestcafé pruiken of valse snorren dragen waarmee het gezicht zichtbaar is maar de betreffende bezoeker later niet identificeerbaar is als de pruik of snor is afgenomen.

3.4 Verzoekster 2 meent naast verzoekster 1 ontvankelijk te zijn in haar verzoek. In de eerste plaats omdat onderscheid is gemaakt jegens één van haar werknemers. Met verzoekster 1 bestond een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Voorts is niet alleen verzoekster 1 benadeeld, maar de gehele groep werknemers die het feestcafé wilde bezoeken. Het is immers niet gepast dat een groep een danscafé bezoekt, terwijl één van de leden buiten moet blijven. Verzoekster 2 is als werkgever verplicht haar werknemers te beschermen tegen discriminatie en hier zonodig tegen op te treden. Deze plicht behelst niet alleen de werkomgeving, maar strekt zich ook uit tot activiteiten in kantoorverband zoals een personeelsuitje.

3.5 Ter zitting hebben verzoeksters te kennen gegeven de onderhavige procedure te willen beperken tot het kledingvoorschrift. De klachtbehandeling kan derhalve buiten beschouwing blijven.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERDER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Verweerder heeft verzoekster 1 de toegang niet ontzegd. Zij is voor de keuze gesteld om haar hoofddoek af te doen waarna zij naar binnen had gemogen. Verzoekster 1 heeft ervoor gekozen haar hoofddoek op te houden waardoor haar op grond van de huisregels de toegang werd geweigerd. Van enige ontzegging van de toegang was derhalve geen sprake. Verzoekster 1 en haar collega's zijn gewezen op het huisreglement en het daarin opgenomen verbod op het dragen van hoofddeksels. In tegenstelling tot hetgeen verzoeksters beweren hangen de huisregels duidelijk zichtbaar in de sluis. Aan het verzoek om met de bedrijfsleider te spreken, kon niet worden voldaan omdat hij afwezig was wegens vakantie.

4.2 Verweerder wijst erop dat in het huisreglement niet alleen hoofddoeken worden verboden. Het dragen van enigerlei hoofddeksels is verboden. Daaronder moet ook het dragen van hoedjes, petjes, bandana's en dergelijke worden begrepen. Verweerder meent dan ook dat er geen sprake kan zijn van enige vorm van onderscheid. Op alle bezoekers zijn dezelfde huisregels van toepassing. Er wordt geen groep personen in overwegende mate getroffen.

4.3 In het feestcafé wordt gebruik gemaakt van veiligheidscamera's zodat in geval van een incident de personen die zijn betrokken bij het incident kunnen worden geregistreerd en geïdentificeerd. De camera's maken opnamen van bovenaf. Dit brengt met zich dat wanneer een bezoeker enig hoofddeksel draagt, het gezicht niet goed zichtbaar is en derhalve, indien nodig, niet geregistreerd en geïdentificeerd kan worden. De hoofddoek van verzoekster 1 hoeft in dit geval weliswaar geen groot probleem op te leveren maar er zijn ook vrouwen die een hoofddoek met een soort kapje dragen. Als verweerder van geval tot geval moet beoordelen of een hoofddoek al dan niet problemen oplevert bij de camera-registratie, ontstaat een onwerkbare situatie.
De reden van het verbod is dan ook het waarborgen van de veiligheid binnen het feestcafé en niet het weren van bezoekers die een hoofddoek dragen. Verweerder meent dat de veiligheid van de bezoekers van het feestcafé prevaleert boven het dragen van een hoofddoek door verzoekster 1.

4.4 Verweerder heeft alternatieve methoden overwogen om de veiligheid te waarborgen maar die als onvoldoende of ongeschikt verworpen. Het door verzoeksters geopperde alternatief van de paspoortinstructie, met andere woorden het toestaan van hoofddeksels die worden gedragen op grond van geloofsovertuiging, waarbij het gelaat

goed zichtbaar is, acht verweerder niet werkbaar.

4.5 Desgevraagd heeft verweerder verklaard dat met carnaval de maskers afmoeten. Andere versierselen, ook hoofddeksels, mogen tijdens deze dagen worden gedragen.

4.6 Het is voor verweerder volstrekt irrelevant wat de reden is van het dragen van een hoofddeksel. Overigens betwist verweerder dat het dragen van een hoofddoek door een moslimvrouw een religieuze plicht is. Mocht dit al het geval zijn dan maakt de godsdienst onderscheid, immers mannen hoeven geen hoofddoek te dragen. Voorts meent verweerder dat wanneer verzoekster 1 haar geloof op dergelijke wijze interpreteert, zij niet een etablissement waar alcohol wordt geschonken, zou moeten willen bezoeken.

4.7 Een huisreglement is verplicht voor een horecagelegenheid in het kader van het verkrijgen van een nachtvergunning. Verweerder heeft een nachtvergunning en derhalve sinds november 2001 een huisreglement.

4.8 De horecagelegenheden in de stad hebben ieder een eigen huisreglement. De burgemeester zou graag tot een uniform reglement komen geldend voor alle horecagelegenheden. Dit is aan de orde geweest in het regionaal overleg, bestaande uit burgemeester en wethouders, de politie, de officier van justitie en de horeca.

4.9 Verweerder meent dat verzoekster 2 niet ontvankelijk is in haar verzoek. De werkgever heeft weliswaar een verplichting om de werknemers te beschermen tegen discriminatie maar, indien verzoekster 2 meent uit die verplichting een recht af te kunnen leiden op toegang voor een werknemer die een hoofddoek draagt tot het feestcafé van verweerder, moet zij een vordering bij de civiele rechter indienen. Zo al van benadeling kan worden gesproken, is alleen verzoekster 1 benadeeld en niet de gehele groep.

5 GETUIGENVERKLARING

Getuigen hebben voorzover relevant het volgende verklaard.

5.1 Getuigen zijn beiden in dienst van Intersec Security, een beveiligingsbureau. Getuige 1 is sinds 1999 bij verweerder werkzaam en werkt vier tot vijf avonden per week. Getuige 2 is sinds ongeveer een jaar bij verweerder werkzaam en werkt twee avonden per week.

5.2 Getuige 1 stond de betreffende avond bij de binneningang en getuige 2 bij de buiteningang. Een aantal collega's van verzoekster 1 waren reeds toegelaten door getuige 2. Toen verzoekster 1 naar binnen wilde, is zij voor de keuze gesteld haar hoofddoek al dan niet af te doen. Hierbij heeft getuige 2 haar en de collega's attent gemaakt op het huisreglement. Beide getuigen verklaarden desgevraagd dat het huisreglement zichtbaar bij de ingang van het feestcafé hangt.

5.3 Getuigen maken nooit een uitzondering op het verbod op het dragen van hoofddeksels. Indien zij dat wel zouden doen, bijvoorbeeld in het geval van verzoekster 1, dan zouden binnen afzienbare tijd personen met petjes of andere hoofddeksels toegang tot het feestcafé eisen en zouden de regels niet meer goed aan de bezoekers zijn uit te leggen. Het komt voor dat bezoekers eenmaal binnen een hoofddeksel opzetten. In dat geval wordt de bezoeker hierop aangesproken en voor de keuze gesteld het hoofddeksel af te doen. Wanneer de bezoeker het hoofddeksel niet wil afdoen, wordt hij of zij verwijderd. Het komt regelmatig voor dat bezoekers voor de keuze worden gesteld hun hoofddeksel al dan niet af te doen.

5.4 Verweerder maakt geen gebruik van een detectiepoort. Soms worden bezoekers gefouilleerd. Getuigen gaan hiertoe over wanneer zij een bezoeker ervan verdenken bijvoorbeeld wapens of drugs naar binnen te willen meenemen. In dat soort gevallen wordt ook naar de legitimatie gevraagd. Ook indien getuigen menen dat een bezoeker onder de achttien is, wordt naar het legitimatiebewijs gevraagd. Getuigen doorzoeken geen tassen.

5.5 Desgevraagd heeft getuige 1 verklaard dat een (grote) haarband geen hoofddeksel is en dus niet hoeft te worden afgedaan. Getuige 2 heeft daarentegen verklaard dat een dergelijke haarband wel een hoofddeksel is en moet worden afgedaan. Tassen zijn binnen toegestaan.

6 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

Ten aanzien van verzoekster 1

6.1 In geding is in de eerste plaats of verweerder jegens verzoekster 1 onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt door haar niet tot zijn feestcafé toe te laten tenzij zij haar hoofddoek afdoet.

6.2 Ingevolge artikel 7, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is het verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten terzake, in de uitoefening van een beroep of bedrijf onderscheid te maken naar onder meer godsdienst.

6.3 Het begrip godsdienst, dat in de AWGB als non-discriminatiegrond is opgenomen, omvat niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar gedragen (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 39-40. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 29). Gedragingen die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, rechtstreeks uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging, worden eveneens beschermd door het verbod van onderscheid op grond van godsdienst. Het dragen van een hoofddoek door een vrouw met een islamitische geloofsovertuiging kan één van die uitdrukkingen zijn van haar geloofsovertuiging. De omstandigheid dat de naleving van die voorschriften verschillend is en dat over het dragen van een hoofddoek in moslimkringen en daarbuiten verschillend wordt gedacht, doet daaraan voor de bescherming van een persoon tegen ongeoorloofd onderscheid, zoals bedoeld in de AWGB, niet af.

6.4 Artikel 1 AWGB bepaalt onder meer dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt begrepen. Onder direct onderscheid wordt verstaan onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar één van de in de AWGB genoemde discriminatiegronden. Het toelatingscriterium dat hier in geding is, ziet op vormen van hoofdbedekking in het algemeen en is niet specifiek gericht op hoofdbedekkingen die uitdrukking geven aan een godsdienstige overtuiging. Er is daarom geen sprake van direct onderscheid.

6.5 Indirect onderscheid is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan de in de wet genoemde discriminatiegronden, dat direct onderscheid op één van die gronden tot gevolg heeft. Ingevolge het door verweerder gevoerde beleid wordt van alle bezoekers verlangd dat zij blootshoofds het restaurant van verweerder bezoeken. Er kunnen zeer uiteenlopende motieven zijn om het hoofd te bedekken, zoals modetrends, groepscultuur of godsdienstige overwegingen. Dat laatste is de reden voor verzoekster 1 om een hoofddoek te dragen. Voor haar is het niet mogelijk haar hoofddoek af te doen zonder afbreuk te doen aan de door haar gevoelde godsdienstige verplichting. In die zin pakt het beleid nadelig uit voor verzoekster 1. Personen, die vanwege hun godsdienstige overtuiging hun hoofdbedekking niet willen afnemen zoals verzoekster 1, worden door het beleid uitgesloten van een bezoek aan het feestcafé van verweerder. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst.

6.6 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 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 gelijkebehandelingswetgeving.

6.7 Het doel van verweerder met het verbod op het dragen van hoofddeksels is het mogelijk maken van registratie en identificatie van de bezoekers van het feestcafé waardoor de veiligheid van alle bezoekers zo optimaal mogelijk kan worden gewaarborgd. De Commissie onderkent het belang van veiligheid in een feestcafé en constateert dat aan dit doel iedere discriminatie vreemd is.

6.8 Het middel, te weten het verbod op het dragen van hoofddeksels, wordt door verweerder strikt gehanteerd. Er worden hierop geen uitzonderingen toegestaan. In het onderhavige geval is de Commissie niet overtuigd van de geschiktheid van het middel, nu het zich ook richt tegen het dragen van hoofddoeken die het gezicht vrijlaten, die in het kader van registratie en identificatie in het geheel geen probleem vormen, ook niet als de registratie plaats heeft door middel van camera's die hoger in de ruimte hangen. Daarnaast is ter zitting gebleken dat de uitvoeringsregels niet geheel duidelijk zijn. Getuigen hebben immers tegenstrijdige verklaringen afgelegd over de vraag of een (grote) haarband onder de hoofddeksels uit het verbod moet worden begrepen, waardoor het middel niet in alle gevallen geschikt kan worden geacht.

6.9 Indien het middel wel in alle gevallen geschikt zou moeten worden geacht, zou het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd zijn omdat het middel niet noodzakelijk is. De Commissie overweegt dat er alternatieven zijn om het gestelde doel te bereiken. Zo kan verweerder iedere bezoeker identificeren door middel van het legitimatiebewijs. Ook kan verweerder een minder verstrekkend voorschrift hanteren, zoals een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding of een combinatie van maatregelen. Voorts acht de Commissie het middel niet proportioneel gezien de risico's die verweerder in het kader van de veiligheid bewust of onbewust wel accepteert. Gebleken is dat verweerder bezoekers niet om een identificatie vraagt en niet fouilleert of tassen controleert, waardoor zij wapens of drugs naar binnen kunnen meenemen hetgeen de veiligheid niet ten goede komt.

6.10 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat verweerder in strijd heeft gehandeld met artikel 7, eerste lid, onder a, AWGB in samenhang met artikel 1 AWGB door verzoekster 1 slechts toe te laten tot zijn feestcafé op de voorwaarde dat zij haar hoofddoek afdoet.

Ten aanzien van verzoekster 2

6.11 In geding is in de tweede plaats de vraag of verweerder onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt jegens verzoekster 2, de werkgever van verzoekster 1 door verzoekster 1 alleen toe te laten tot zijn feestcafé als zij haar hoofddoek afdoet.

6.12 Alvorens deze vraag te beoordelen, dient de Commissie vast te stellen of verzoekster 2 ontvankelijk is in haar verzoek. Ingevolge artikel 12, tweede lid, onder a, AWGB kan een verzoek worden ingediend door degene die meent dat te zijnen nadele een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in onder meer de AWGB.

6.13 Artikel 12 AWGB bepaalt wie bij de Commissie als procespartij kunnen optreden. Deze bepaling biedt de mogelijkheid voor belangenbehartigers van de benadeelde partij (de materiële procespartij) om als formele procespartij op te treden. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot bepaalde belangenbehartigers. Ondernemingsraden en medezeggenschaporganen kunnen verzoeken om een oordeel omtrent onderscheid binnen het eigen bedrijf en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen die volgens de statuten de belangen behartigen van de materiële procespartij kunnen voor deze om een oordeel vragen.

6.14 Niettemin acht de Commissie ook verweerder 2 in de onderhavige situatie ontvankelijk in haar verzoek. Daartoe overweegt de Commissie als volgt:

6.15 De Commissie heeft eerder geoordeeld (onder meer CGB 23 december 2003, oordeel 2003-163, CGB 6 augustus 2001, oordeel 2001-78 en CGB 7 november 2000, oordeel 2000-73) dat artikel 12, tweede lid, onder a, AWGB niet beperkt dient te worden uitgelegd. Het betreffende artikel bepaalt dat een verzoek kan worden ingediend door degene die meent dat er te zijnen nadele onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet. Dit betekent dat het onderscheid niet behoeft te zijn gericht op de afkomst of godsdienst van verzoekster 2 zelf. Wel is van belang dat het beweerde onderscheid in haar nadeel is. Er kan sprake zijn van onderscheid indien verzoekster 2 wordt benadeeld vanwege een onderscheid dat jegens een derde, in casu haar werkneemster, wordt gemaakt op grond van haar afkomst of godsdienstige overtuiging.

6.16 Voorts past ontvankelijkheid van een werkgever in het systeem van de wet, omdat hij op grond van artikel 12, tweede lid, aanhef en onder b, AWGB een verzoek kan indienen, indien hij wenst te weten of hijzelf onderscheid maakt als bedoeld in de wet. Een werkgever kan derhalve een verzoek indienen over de vraag of hij onderscheid

maakt door niet op te treden tegen onderscheid dat derden maken jegens zijn werknemers. Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat een werkgever zich ingevolge artikel 5, eerste lid, onder e, AWGB niet alleen zelf moet onthouden van het maken van onderscheid als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving, maar er tevens op moet toezien dat zijn werknemers niet discriminatoir worden bejegend. Dit geldt ook in het kader van een personeelsuitje dat in werkverband plaatsvindt en waaraan de werknemers worden geacht deel te nemen. Op grond van de gelijkebehandelingswetgeving mogen werknemers daarom van hun werkgever verwachten dat deze hen beschermt tegen discriminatoire bejegening door derden waar die werknemers uit hoofde van hun functie mee worden geconfronteerd (onder andere CGB 18 november 2003, oordeel 2003-142). Hierbij past dat de werkgever de Commissie kan verzoeken om een oordeel over onderscheid dat derden jegens zijn werknemers maken.

6.17 Artikel 1, onder b, AWGB bepaalt dat onderscheid moet zijn gemaakt tussen natuurlijke personen. De regering heeft evenwel uitdrukkelijk ruimte gelaten rechtspersonen onder de bescherming van de wet te brengen, indien het jegens hen gemaakte onderscheid een door de wet verboden indirect onderscheid tussen natuurlijke personen oplevert (*Kamerstukken I* 2003/04, 28 770, C, p. 87-88). De regering achtte het niet nodig de AWGB op dit punt uit te breiden, omdat een rechtspersoon een actie uit onrechtmatige daad kan instellen als geen beroep op de AWGB kan worden gedaan. Deze rechtsgang achtte de regering niet zwaarder dan voorgeschreven in de Rasrichtlijn (*Kamerstukken I* 2003/04, 28 770, C, p. 2). Dit laat onverlet de hierboven in 6.15 en 6.16 beschreven aanknopingspunten om een werkgever wel ontvankelijk te achten in zijn verzoek.

6.18 Verzoekster 1 had haar werkgever, kunnen machtigen namens haar op te treden. Uit hetgeen verzoekster 2 heeft aangevoerd, moet echter worden begrepen dat in het onderhavige geval sprake was van onderscheid dat het belang van de individuele werknemer overstijgt omdat het onderscheid niet alleen verzoekster 1 heeft benadeeld, maar tevens nadelige gevolgen heeft gehad voor de gehele groep werknemers die deelnam aan het personeelsuitje. De hele groep zag zich genoodzaakt af te zien van het bezoek aan het feestcafé van verweerder.

6.19 Nu de door verzoekster 2 voorgelegde vraag dezelfde is als de door verzoekster 1 voorgelegde vraag, oordeelt de Commissie dat verweerder jegens verzoekster 2 onderscheid op grond van godsdienst heeft gemaakt door één van haar werknemers alleen toe te laten tot het feestcafé als zij haar hoofddoek afdoet.

7 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . , handelend onder de naam . . . . jegens . . . . en jegens . . . . verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst door . . . . de toegang tot het feestcafé te weigeren.

04 | 130

11 oktober 2004

Artikel 3 WGBL

Onderscheid op grond van leeftijd door verzoekster geen vacatures aan te bieden en geen nieuwe arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.

Verzoekster, 60 jaar, is bij verweerster, een onderwijsinstelling, werkzaam geweest op basis van diverse tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Tegen het einde van de looptijd van haar laatste arbeidsovereenkomst heeft zij gesolliciteerd naar een vacature bij verweerster. Daarbij heeft zij aangegeven in aanmerking te willen komen voor een zogenaamde voorrangsbenoeming. Op grond van de CAO dient de werkgever bij voorrang een vaste arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een werknemer met een tijdelijke arbeidsovereenkomst die voldoende functioneert en gedurende enige tijd arbeid heeft verricht voor die werkgever. Naar aanleiding van de sollicitatie heeft verzoekster gesproken met de beleidsadviseur van verweerster. Verweerster heeft het verzoek om een voorrangsbenoeming niet gehonoreerd en heeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap verzocht om ontheffing van de verplichting tot het aanbieden van vacatures aan verzoekster, een mogelijkheid die tot 1 januari 2004 bestond voor werknemers van 57,5 jaar en ouder. Volgens verzoekster heeft verweerster onderscheid gemaakt op grond van leeftijd door haar geen vacatures aan te bieden en geen nieuwe arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.
De Commissie overweegt dat het verzoek om ontheffing samenhangt met de leeftijd van

verzoekster. Bovendien is in deze brief onder meer de personeelsopbouw als motivatie genoemd. Voorts is de in de gesprekken die verzoekster met de beleidsadviseur heeft gevoerd, de factor leeftijd aan de orde geweest. Deze feiten kunnen onderscheid op grond van leeftijd doen vermoeden. Verweerster heeft niet kunnen bewijzen dat zij niet in strijd met de WGBL heeft gehandeld. Met verzoekster zijn geen functioneringsgesprekken gevoerd. Hierdoor is niet controleerbaar of het functioneren van verzoekster ten grondslag heeft gelegen aan het besluit van verweerster om verzoekster geen nieuwe vacatures aan te bieden en met verzoekster geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan.
Strijd met de wet.

04 | 131

14 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras bij aanbieding functie noch bij selectie voor die functie.

Verzoeker is geboren in Puerto Rico en heeft de Nederlandse en Amerikaanse nationaliteit. Hij heeft via een uitzendbureau gesolliciteerd bij verweerster. Onder functie-eisen werd onder meer vermeld: 'native Spanish' en 'fluent in English'. Toen hij na enkele weken nog niets definitiefs omtrent zijn sollicitatie had vernomen heeft hij via een tweede uitzendbureau op dezelfde functie gesolliciteerd. De medewerkster van dat laatste uitzendbureau vertelde verzoeker dat zij vermoedde dat de reden dat verzoeker niet was aangenomen was gelegen in het feit dat hij niet in Spanje was geboren. Verzoeker maakte daaruit op dat de eis 'native Spanish' begrepen moest worden als 'geboren in Spanje', in plaats van 'Spaans sprekend zoals iemand geboren in Spanje', zoals hij eerst had aangenomen. Hij voelt zich gediscrimineerd omdat verweerster uit het enkele feit dat hij in Midden-Amerika is geboren, heeft opgemaakt dat daarom zijn Spaans niet zal voldoen aan de eisen.
Verweerster heeft verklaard met de functie-eis slechts aan te willen geven dat kandidaten vloeiend en begrijpelijk Spaans moeten spreken. Dat iemand Spaans spreekt met een accent is voor de functie niet relevant. Voorts heeft zij verklaard dat zij niet is ingegaan op de sollicitatie van verzoeker, omdat deze te weinig ervaring had met telefonische dienstverlening en telemarketing. Op de vacature is iemand benoemd die uit Zuid-Amerika afkomstig is. Om verdere misverstanden te voorkomen heeft verweerster inmiddels de functie-eis veranderd in 'fluent in Spanish'.
De Commissie overweegt dat, hoewel een verwijzing naar geboorteland onder omstandigheden direct onderscheid kan behelzen, dat hier niet het geval is. Hoewel verzoeker erin is geslaagd feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden, oordeelt de Commissie dat verweerster heeft bewezen dat zij niet in strijd met de gelijke behandelingswetgeving heeft gehandeld. Er is geen sprake van onderscheid jegens verzoeker bij de aanbieding van een functie, nu verzoeker zich door voornoemde eis niet heeft laten weerhouden. Ook voor het uitzendbureau was het geen beletsel om verzoeker voor te dragen. Verweerster heeft evenmin onderscheid gemaakt bij de selectie nu zij overtuigend heeft betoogd dat naar haar mening verzoeker de benodigde ervaring ontbeerde en zij bovendien iemand op de functie heeft benoemd die evenmin uit Spanje afkomstig is. Geen onderscheid.
Geen strijd met de wet.

04 | 132

14 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid naar nationaliteit en/of ras nu uitzendbureau verzoeker niet heeft afgewezen omdat hij niet in Spanje is geboren, maar omdat hij eerder via een ander uitzendbureau op dezelfde functie had gesolliciteerd.

Verzoeker is geboren in Puerto Rico en heeft de Nederlandse en Amerikaanse nationaliteit. Hij heeft via een uitzendbureau gesolliciteerd bij een inlener. Onder functie-eisen werd onder meer vermeld: 'native Spanish' en 'fluent in English'. Toen hij na enkele weken nog niets definitiefs had vernomen omtrent zijn sollicitatie heeft hij via verweerster, een ander uitzendbureau, opnieuw op voornoemde functie gesolliciteerd. Een medewerkster van verweerster vertelde verzoeker dat zij vermoedde dat de reden dat verzoeker niet was aangenomen was gelegen in het feit dat hij niet in Spanje was geboren. Verzoeker maakte daaruit op dat de eis 'native Spanish' begrepen moest worden als 'geboren in Spanje', in plaats van 'Spaans sprekend zoals iemand geboren in Spanje', zoals hij eerst had aangenomen. Hij voelt zich gediscrimineerd omdat de inlener uit het enkele feit dat hij in Midden-Amerika is geboren, heeft opgemaakt dat daarom zijn Spaans niet zal voldoen aan de eisen. Hij houdt verweerster als intermediair hiervoor mede verantwoordelijk.

Verweerster heeft verklaard voornoemde functie-eis inderdaad te hebben begrepen als 'geboren dan wel gewoond hebbend in Spanje'. Zij heeft verzoeker echter om een andere reden niet voorgedragen als kandidaat, te weten vanwege het feit dat hij eerder al via een ander uitzendbureau had gesolliciteerd.
De Commissie oordeelt dat de reden om verzoeker niet voor te dragen niets van doen heeft met zijn geboorteland. Daarom is er geen sprake van onderscheid of nadeel dat verband houdt met enige door de gelijke behandelingswetgeving beschermde grond. Ten overvloede wijst de Commissie verweerster er op dat taaleisen onder omstandigheden wel in strijd kunnen zijn met de wetgeving gelijke behandeling. Geen onderscheid. Geen strijd met de wet.

04 | 133

14 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras nu vaststaat dat uitzendbureau verzoeker die niet in Spanje is geboren – ondanks functie-eis 'native Spanish' – als kandidaat heeft voorgedragen bij een inlener.

Verzoeker is geboren in Puerto Rico en heeft de Nederlandse en Amerikaanse nationaliteit. Hij heeft via verweerster, een uitzendbureau, gesolliciteerd bij een inlener. Onder functie-eisen werd onder meer vermeld 'native Spanish' en 'fluent in English'. Toen hij na enkele weken nog niets definitiefs had vernomen omtrent zijn sollicitatie heeft hij via een tweede uitzendbureau opnieuw willen solliciteren. Een medewerkster van dit tweede uitzendbureau vertelde verzoeker dat zij vermoedde dat de reden dat verzoeker niet was aangenomen was gelegen in het feit dat hij niet in Spanje was geboren. Verzoeker maakte daaruit op dat de eis 'native Spanish' begrepen moest worden als 'geboren in Spanje', in plaats van 'Spaans sprekend zoals iemand geboren in Spanje', zoals hij eerst had aangenomen. Hij voelt zich gediscrimineerd omdat de inlener uit het enkele feit dat hij in Midden-Amerika is geboren, heeft opgemaakt dat daarom zijn Spaans niet zal voldoen aan de eisen. Hij houdt verweerster als intermediair hiervoor mede verantwoordelijk.
Verweerster heeft verklaard voornoemde functie-eis nooit te hebben begrepen als 'geboren in', en heeft verzoeker daarom ook zonder aarzeling daaromtrent voorgedragen als kandidaat. Bij de afhandeling van de sollicitatie is er sprake geweest van miscommunicatie, vermoedelijk door grote werkdruk onder het personeel, hetgeen verweerster betreurt.
De Commissie overweegt dat, nu vaststaat dat verweerster verzoeker heeft voorgedragen als kandidaat en tevens duidelijk is dat verzoeker zich door voornoemde functie-eis niet heeft laten weerhouden om te solliciteren, verzoeker niet voldoende feiten heeft aangevoerd die onderscheid in strijd met de gelijke behandelingswetgeving jegens verzoeker kunnen doen vermoeden.
Geen strijd met de wet.

04 | 134

14 oktober 2004

Artikel 7 AWGB
Artikel 2 lid 5 AWGB

Bevoegdheid Commissie. Vaststelling hoogte van het instellingscollegegeld is beleid dat getoetst kan worden aan AWGB. Betreffende regeling maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit.

Verzoeker, 34 jaar, heeft de Albanese nationaliteit en verblijft met een geldige verblijfsvergunning in Nederland. Verzoeker volgt de mastersopleiding voor journalistiek bij verweerster. Hij betaalt daarvoor in 2004-2005 € 5.100,–. Dit in tegenstelling tot andere studenten met een nationaliteit die onder de Europese Economische Ruimte valt. Verzoeker voelt zich ongelijk behandeld op grond van zijn nationaliteit, te meer omdat hij, als hij onder de 30 jaar was geweest, studiefinanciering had ontvangen. De student die studiefinanciering geniet, betaalt het wettelijk collegegeld, zoals vastgelegd in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Voor studenten die niet onder de wettelijke regeling vallen, wordt de hoogte van het instellingscollegegeld bepaald door het instellingsbestuur. Verweerster is van mening dat de vaststelling van de hoogte en de regels die zij daaromtrent hanteert, zijn aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift. Verweerster acht de Commissie op grond van de AWGB niet bevoegd om dit algemeen verbindend voorschrift te toetsen.
De WHW geeft het instellingsbestuur de bevoegdheid tot het vaststellen van de hoogte van het instellingscollegegeld voor studenten die niet onder de WHW vallen en stelt daaraan een minimum. Dat brengt niet mee dat die vaststelling van de hoogte van het instellingscollegegeld een algemeen verbindend voorschrift is. Het instellingsbestuur krijgt van de wet de vrijheid om zelf de hoogte te bepalen en de verschillende instel-

lingsbesturen kunnen onderling verschillende bedragen vaststellen. De Commissie oordeelt in dit geval dat het daarom gaat om beleidsregels en dat zij daarom bevoegd is te oordelen over de onderhavige situatie.
Uit de WHW blijkt niet dat het instellingsbestuur verplicht is om bij de vaststelling van de hoogte van het bedrag onderscheid te maken naar nationaliteit. Nu dit het criterium is op grond waarvan verzoeker het hogere instellingscollegegeld moet betalen, maakt verweerster direct onderscheid op grond van nationaliteit.
Strijd met de wet.

04 | 135

15 oktober 2004

Artikel 7:646 BW

Ongelijke beloning. Verweerster niet geslaagd in de weerlegging van het vermoeden.

Verzoekster is op 1 maart 1987 in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van verweerster in de functie van leerling administratief medewerker bedrijfsadministratie. Verzoekster heeft diverse functies bij verweerster uitgeoefend, laatstelijk heeft zij in de buitendienst gewerkt. Verzoekster is op 9 december 1997 uitgevallen met heupklachten. Verzoekster heeft tot april 2000 gewerkt, waarna zij volledig arbeidsongeschikt werd. Zij ontvangt thans een volledige WAO-uitkering.
Verzoekster heeft aan verweerster om opheldering gevraagd betreffende het loonverschil tussen haar en haar collega, de maatman. Verzoekster was met het antwoord niet tevreden en heeft de kwestie aan zowel de kantonrechter als de Commissie voorgelegd omdat zij van mening is dat er sprake is van ongelijke beloning in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.
Verweerster heeft gesteld dat verzoekster minder ervaring had in de betreffende buitendienstfunctie en daarom lager is ingeschaald. Daarnaast heeft verweerster aangevoerd dat verzoekster niet goed functioneerde.
De Commissie heeft geoordeeld dat verweerster haar stellingen niet hard heeft kunnen maken. Verzoekster had weliswaar niet evenveel ervaring in de functie als haar maatman, maar er was geen sprake van een zodanig verschil in ervaring dat dit het verschil in beloning rechtvaardigde. Tevens heeft verweerster niet kunnen bewijzen dat verzoekster niet functioneerde. Verweerster heeft daarom het vermoeden van onderscheid niet kunnen weerleggen.
Strijd met de wet.

04 | 136

18 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen feiten die onderscheid op grond van ras bij discriminatoire bejegening op werkvloer kunnen doen vermoeden. Klachtbehandeling levert geen strijd met wetgeving gelijke behandeling op.

Verzoeker heeft op zijn werk een conflict gehad met een collega over het verkopen van een tweedehands fiets. Het verkopen van fietsen was verboden door verweerster.
Verzoeker heeft over het gedrag en de beweerdelijke uitlatingen van de collega geklaagd bij verweerster. Verweerster heeft een onderzoek ingesteld naar het voorval. Verweerster heeft niet kunnen vaststellen wat er precies is voorgevallen en is gezegd. Het is het woord van de een tegen de ander. Verweerster heeft dit laten weten aan verzoeker.
Verzoeker heeft geen feiten aangedragen die kunnen doen vermoeden dat het conflict met zijn collega verband hield met zijn joodse afkomst. Het enkele gegeven dat verzoeker ontevreden is over het resultaat van het onderzoek van verweerster levert op zich geen feiten op die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden, dan wel anderszins strijd met de wetgeving gelijke behandeling.
Geen strijd met de wet.

04 | 137

19 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen verboden onderscheid op grond van nationaliteit bij taaleis. Indirect onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Aanbevelingen aan verweerster.

Verzoekster heeft gesolliciteerd op de functie van grondstewardess. Verweerster hanteert voor de functie een taaleis, namelijk een goede beheersing van de Nederlandse taal met een nadruk op de uitspraak en de verstaanbaarheid van het Nederlands. Verweerster, een uitzendbureau, heeft verzoekster afgewezen vanwege haar Italiaanse accent. Dit leidt tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit. Immers, mensen wier nationale herkomst buiten Nederland ligt zullen vaker een accent hebben als gevolg waarvan hun Nederlands

aan verstaanbaarheid inboet, dan mensen die buiten deze groep vallen. Om de objectieve rechtvaardigingsgrond te beoordelen van de taaleis als zodanig is de opdrachtgever van verweerster door de Commissie als getuige gehoord.
De doelen van de taaleis zijn het voorkomen van verwarring bij passagiers waardoor schade kan ontstaan en de veiligheid voor alle luchthavengebruikers op de luchthaven.
De Commissie is van oordeel dat de doelen legitiem zijn. Het middel om de doelen te bereiken, de taaleis, is passend en noodzakelijk. Voor zover het gaat om de taaleis als zodanig is het onderscheid objectief gerechtvaardigd, zodat verweerster niet in strijd heeft gehandeld met de wetgeving gelijke behandeling.
De Commissie beveelt verweerster aan om haar vacatures specifieker te omschrijven en zich volledig op de hoogte te stellen van relevante functie-eisen voor functies die zij krijgt aangeboden door haar opdrachtgevers opdat zij in staat is de gestelde eisen op gelijke behandelingsaspecten te beoordelen.
Geen strijd met de wet.

04 | 138

25 oktober 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 5 lid 2 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 7 lid 2 AWGB
Artikel 12 lid 2 AWGB

Door invoering van de voorgenomen kledingvoorschriften zullen de Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad en het bestuur van een vereniging van scholen voor primair katholiek onderwijs op onderdelen onderscheid op grond van godsdienst maken.

Een Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad, hierna: de GMR, en het bestuur van de vereniging van 55 scholen voor primair katholiek onderwijs hebben gezamenlijk de vraag voorgelegd of in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving zou worden gehandeld door in te stemmen met, respectievelijk door invoering van, de concept beleidsnotitie 'Gedragscode ten aanzien van kleding' voor alle tot de vereniging behorende scholen, hierna: de concept gedragscode. In deze concept gedragscode is bepaald dat de directies van scholen eisen aan kleding van zowel leerlingen als van medewerkers kunnen stellen. Deze eisen betreffen het dragen van kleding in het algemeen, waarbij gedacht wordt aan extreem uitdagende, slordige en afwijkende kleding. Daarnaast is bepaald dat het dragen van een chador, niqaab of burqa niet is toegestaan en ten aanzien van een hoofddoek dat iedere school zelfstandig een keuze kan maken om het dragen daarvan al dan niet toe te staan. De GMR meent ten aanzien van dit laatste dat als algemeen standpunt moet worden geformuleerd dat het dragen van een hoofddoek is toegestaan tenzij dit strijdig is met de cultuur of identiteit van de school, en heeft daarom een variant voorgelegd.
Allereerst is geconcludeerd dat de GMR ontvankelijk is in haar verzoek aangezien in het Reglement voor de GMR deze bevoegdheid aan hem is gegeven.
De algemene kledingeisen (artikel 1) betreffen aspecten waarop de gelijkebehandelingswetgeving niet van toepassing. Derhalve is geen sprake van verboden onderscheid. Hierbij is echter opgemerkt dat als afwijkende kleding wel een uiting van godsdienst is, dat dan de voorwaarden als bij de navolgende kledingeisen gelden.
Met het niet toestaan van het dragen van een chador, niqaab of burqa wordt direct onderscheid op grond van godsdienst gemaakt, aangezien direct verwezen wordt naar een kledingstuk dat een uiting is van godsdienst. Direct onderscheid is altijd verboden tenzij een beroep wordt gedaan op een wettelijke uitzondering, te weten het zijn van een school voor bijzonder onderwijs (artikel 5, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, AWGB). Aangezien hierop geen beroep is gedaan, is dit niet aan de orde. Derhalve wordt met deze kledingeis verboden onderscheid gemaakt. Opgemerkt wordt dat het dragen van genoemde en andere (geheel of gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kledingstukken wel mogen worden verboden als deze de communicatie en identificatie belemmeren en de veiligheid op de school aantasten. Hierbij dient een neutrale formulering te worden gebruikt zonder directe verwijzing naar om godsdienstige redenen gedragen kleding. In dat geval wordt geen direct, maar indirect onderscheid gemaakt, dat objectief gerechtvaardigd kan zijn. Het aan de scholen zelf overlaten van stellen van eisen met betrekking tot het dragen van een hoofddoek, kan er toe leiden dat een school het dragen van een hoofddoek verbiedt. Hiermee wordt dan direct onderscheid gemaakt dat is verboden tenzij een beroep kan worden gedaan op het zijn van een school voor bijzonder onderwijs. Dit laatste is slechts mogelijk als (a) aantoonbaar het beleid van de school consistent op de grondslag/identiteit van de school berust, (b) de gestelde eis of het verbod gelet op het doel van de school noodzakelijk is voor de verwezenlijking van haar grondslag en (c) de gestelde eis of het verbod consequent wordt uitgevoerd en gehandhaafd. Dit geldt voor leerlingen en (zeker) voor leerkrachten. De variant van de GMR leidt niet tot verboden onderscheid,

mits ook daarbij aantoonbaar wordt voldaan aan de drie hiervoor genoemde voorwaarden.
Hierbij is tevens overwogen of een afzonderlijke school zich kan beroepen op de wettelijke uitzondering in artikel 5, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, AWGB of alleen het bevoegd gezag (de vereniging/bestuur). Op grond van de wettelijke uitzonderingsbepaling, waarin wordt verwezen naar een 'instelling' van bijzonder onderwijs, en de interne regelgeving van de vereniging kan een afzonderlijke school als instelling van bijzonder onderwijs, een beroep doen op de genoemde wettelijke uitzondering.
Verzoekers zullen door instemming met en invoering van de concept gedragscode op onderdelen onderscheid maken op grond van godsdienst.
De Commissie doet enkele aanbevelingen over, onder meer, concrete formuleringen voor een gedragscode.
Wel en geen strijd met de wet.

04 | 139

25 oktober 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Verzoeker is niet geschikt.

Verzoeker is als trajectbegeleider in dienst getreden bij verweerster, een reïntegratiebureau, op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Verzoeker heeft dyslexie. Verweerster heeft verzoeker aangetrokken voor één bepaald project. Toen in de loop van het jaar bleek dat dit project onvoldoende werk met zich bracht, heeft verweerster verzoeker tevens ingeschakeld bij een tweede project. Verweerster heeft verzoeker na afloop van zijn arbeidsovereenkomst geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden en niet in portefeuille gehouden voor een andere functie als trajectbegeleider.
Volgens verzoeker heeft verweerster onderscheid gemaakt op grond van handicap in strijd met de WGBH/CZ, omdat zijn dyslexie voor verweerster de reden was om niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te gaan met hem.
Tussen partijen is niet in geschil dat het project, waarvoor verzoeker is aangetrokken, inmiddels is geëindigd. Geoordeeld wordt derhalve dat verweerster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te gaan met verzoeker voor dat bepaalde project.
Voor wat het tweede project betreft, heeft verweerster voldoende aannemelijk gemaakt dat verzoeker niet in staat was goede, logisch opgebouwde trajectplannen te schrijven en dat dit geen verband hield met zijn dyslexie. Dit betreft een wezenlijk vereiste voor de functie van trajectbegeleider. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat verzoeker niet geschikt is voor die functie, waardoor niet meer kan worden toegekomen aan de vraag of verweerster heeft nagelaten een doeltreffende aanpassing te maken. De benodigde aanpassing betekent in feite dat een essentieel onderdeel van de functie van trajectbegeleider niet meer door verzoeker zou worden vervuld.
Verweerster heeft derhalve niet in strijd gehandeld met de WGBH/CZ door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te gaan met verzoeker voor het tweede project.
Geen strijd met de wet.

04 | 140

25 oktober 2004

Artikel 2 WGBH/CZ
Artikel 6 WGBH/CZ

Kosten voor aangepast examen doorberekend aan gehandicapten. Strijd met de wet.

Een anti-discriminatiebureau klaagt over een stichting die examens afneemt in de horecabranche. Deze stichting biedt aan examenkandidaten met een leeshandicap de mogelijkheid om een aangepast examen af te leggen. Het aangepaste examen vindt plaats in een aparte ruimte. Het is schriftelijk of wordt voorgelezen. De examenkandidaat krijgt 15 minuten extra tijd. De stichting rekent voor een aangepast examen standaard € 90,– extra. Een regulier examen kost € 71,–.
Volgens het anti-discriminatiebureau handelt de stichting in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) door de kosten van de aanpassing in rekening te brengen bij gehandicapte examenkandidaten. Volgens de stichting dekken de € 90,– de kosten niet. Het bedrag weerhoudt gehandicapte examenkandidaten er niet van om een aangepast examen af te leggen. Het weerhoudt niet-gehandicapten er wel van om ten onrechte een aanpassing aan te vragen.
De Commissie verklaart zichzelf bevoegd nu het gaat om een examen dat toetst of iemand specifieke kennis heeft die nodig is voor het functioneren in een bepaald beroep. De Commissie concludeert dat de stichting weliswaar doeltreffende aanpassingen heeft verricht, maar toch in

strijd handelt met de WGBH/CZ door de meerkosten van aangepaste examens in rekening te brengen bij gehandicapte examenkandidaten. Strijd met de wet.

04 | 141

29 oktober 2004

Artikel 3 WGBL
Artikel 7 lid 1 WGBL
Artikel 8 lid 2 WGBL

Onderscheid op grond van leeftijd en op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst in pensioenregeling vanwege belonen van anciënniteit.

In het bedrijf van verzoekster is een pensioenregeling van kracht. Op basis van deze regeling stijgt de werkgeversbijdrage in de pensioenpremie naarmate een werknemer langer in dienst is. De vraag is of het bedrijf onderscheid op grond van leeftijd maakt.
De Commissie overweegt dat anciënniteit indirect onderscheid op grond van leeftijd kan opleveren. De Commissie stelt vast dat door de werkgeversbijdrageregeling in overwegende mate jongere werknemers worden benadeeld. Derhalve is sprake van indirect onderscheid op grond van leeftijd. Het doel van de werkgeversbijdrageregeling is het belonen van voortdurende inzet en betrokkenheid van werknemers.
Daarnaast beoogt het bedrijf een aantrekkelijke werkgever te zijn door de (toenemende) vakbekwaamheid te belonen. De Commissie acht het gestelde doel legitiem.
Het toekennen van een hogere werkgeversbijdrage in de pensioenpremie van werknemers die langere tijd in dienst zijn van het bedrijf is een passend middel.
Het doel kan echter ook worden bereikt met andere middelen, waarbij geen of minder onderscheid wordt gemaakt. Het onderscheid naar leeftijd dat voortvloeit uit de werkgeversbijdrageregeling is niet objectief gerechtvaardigd. Het bedrijf handelt in strijd met de WGBL.
Ten aanzien van de vraag of sprake is van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst stelt de Commissie vast dat de werkgeversbijdrageregeling in overwegende mate werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd benadeelt, waardoor onderscheid ontstaat.
Dit onderscheid is evenmin objectief gerechtvaardigd. Het bedrijf handelt daarmee ook in strijd met artikel 7:649 BW.
Het verzoek is mede ingediend door de ondernemingsraad van het bedrijf.
De ondernemingsraad heeft in november 2003 ingestemd met de laatste wijziging van de regeling. Aangezien deze datum is gelegen vóór de datum van inwerkingtreding van de WGBL, en na de datum van inwerkingtreding van de WOBOT, is de Commissie alleen bevoegd te beoordelen of de ondernemingsraad onderscheid heeft gemaakt op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De Commissie concludeert dat de ondernemingsraad heeft gehandeld in strijd met artikel II WOBOT. Strijd met de wet. Niet bevoegd.

04 | 142

2 november 2004

Artikel 7 lid 1 WGBL
Artikel 8 lid 3 WGBL

Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij een beschikbare premieregeling, waarbij de beschikbare premie wordt vastgesteld op basis van een afgevlakte staffel.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of een beschikbare premieregeling met een afgevlakte staffel in strijd is met de WGBL. Met een afgevlakte staffel wordt in dit geval bedoeld de staffel waarbij de premie, uitgedrukt in een percentage van de pensioengrondslag, per 5-jaren leeftijdscohort lineair toeneemt, in plaats van de progressieve toename van de fiscaal maximale staffel.
Nu bij het hanteren van een afgevlakte staffel voor verschillende leeftijdsgroepen een verschillende premie beschikbaar wordt gesteld is er sprake van onderscheid op grond van leeftijd. Beoordeeld dient te worden of hiervoor een uitzondering geldt, en zo niet, of sprake is van een objectieve rechtvaardiging. De Commissie oordeelt dat de voorgelegde staffel niet valt onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL, omdat met het verschil in premie niet voor alle leeftijdscategorieën een gelijk pensioen wordt bereikt.
De Commissie oordeelt voorts dat geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Het doel, het streven naar een redelijk pensioenniveau ter hoogte van 70% van het middelloon met indexering alsmede het bevorderen van kostenbeheersing, is legitiem, nu dit voldoet aan de werkelijke behoefte van werkgevers. De afgevlakte staffel wordt als middel passend geacht om dit doel te bereiken. Het middel wordt niet noodzakelijk

geacht, nu er een alternatief is voor de afgevlakte staffel waarbij geen verboden onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, te weten de staffel waarbij 7/9e deel van de fiscaal maximale staffel beschikbaar wordt gesteld. De Commissie oordeelt dat financieel-economische argumenten, die verzoekster naar voren heeft gebracht, alleen als objectieve rechtvaardiging kunnen dienen, als de gelijke behandeling op grond van leeftijd zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten voor de werkgever, dan wel tot een disproportionele versobering van de pensioenregeling voor werknemers. De Commissie oordeelt dat niet verondersteld kan worden dat de alternatieve regeling in zijn algemeenheid leidt tot disproportionele gevolgen voor werkgevers of werknemers. Op grond hiervan wordt geoordeeld dat de afgevlakte staffel geen noodzakelijk middel is om het doel te bereiken. Verzoekster maakt derhalve verboden onderscheid op grond van leeftijd. Strijd met de wet.

04 | 143

2 november 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 2 lid 1 AWGB

Onderscheid op grond van ras door verzoeker af te wijzen voor telemarketeer vanwege zijn buitenlandse accent.

Verzoeker is in Nederland geboren en heeft de Nederlandse nationaliteit. Zijn ouders zijn van Marokkaanse origine. Verzoeker heeft bij verweerster, een bedrijf dat beveiligingssystemen verkoopt voor woonhuizen, via het internet gesolliciteerd naar de functie van telemarketeer. Naar aanleiding van deze sollicitatie heeft verzoeker een 'belcase' gedaan. Dat wil zeggen dat hij in een rollenspel telefonisch beveiligingssystemen moest verkopen. Nadat hem aanvankelijk was meegedeeld dat hij was aangenomen, heeft verweerster verzoeker afgewezen voor de functie. Verzoeker is van mening dat verweerster jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door deze afwijzing. Hiertoe heeft verzoeker aangevoerd dat hem is meegedeeld dat hij niet kon worden aangenomen vanwege zijn buitenlandse accent.
Voor de Commissie is komen vast te staan dat verzoeker is afgewezen als telemarketeer op grond van zijn buitenlandse accent. Verweerster heeft immers de stellingen van verzoeker onvoldoende weerlegd. Hieruit volgt dat verweerster jegens verzoeker indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van ras. De Commissie stelt vast dat verweerster haar standpunt, dat personen die Nederlands spreken met een buitenlands accent minder verkopen dan personen zonder buitenlands accent, op geen enkele wijze heeft onderbouwd met feiten. Dit standpunt van verweerster kan dan ook niet dienen ter rechtvaardiging van het indirecte onderscheid op grond van ras. Strijd met de wet.

04 | 144

2 november 2004

Artikel 3 WGBL
Artikel 7 lid 1 WGBL

Onderscheid op grond van leeftijd ingeval van een overstap van een collectieve ziektekostenverzekering met een leeftijdsonafhankelijke premie naar een collectieve ziektekostenverzekering met een leeftijdsafhankelijke premie.

Verzoekster vraagt de Commissie te beoordelen of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd indien zij (I) een nieuw systeem invoert van een collectieve ziektekostenverzekering met een leeftijdsafhankelijke premie en (II) in dit nieuwe systeem aan de werknemers die deelnemen aan deze verzekering 50% van de premie vergoedt. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de vergoeding door de werkgever van (een deel van) de ziektekostenpremie valt onder het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin van de WGBL. In het onderhavige geval valt – hoewel geen sprake is van verplichte deelname – ook het afsluiten en aanbieden van de collectieve ziektekostenverzekering onder het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin van de WGBL.
Indien verzoekster overstapt naar een systeem van leeftijdsafhankelijke ziektekostenpremies zal zij onderscheid op grond van leeftijd gaan maken, aangezien er door dit systeem een verschil in premie per leeftijdsgroep ontstaat.
De Commissie concludeert dat in het onderhavige geval geen sprake is van een daadwerkelijk bij verzoekster bestaande behoefte dan wel een voldoende zwaarwegend belang om deze overstap te gaan maken. Het gaan maken van onderscheid is dan ook niet objectief gerechtvaardigd.
De Commissie komt niet toe aan de beantwoording van de vraag of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd indien verzoekster na de overstap 50% van de premie blijft vergoeden. Ten overvloede overweegt de Commissie ten aanzien hiervan dat ook hierbij sprake zal zijn van onderscheid op grond van leeftijd dat niet objectief is

gerechtvaardigd, nu niet is voldaan aan de vereiste noodzakelijkheid van het middel.
Strijd met de wet.

04 | 145

5 november 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

Beoordelings- en beloningssysteem leidt niet tot onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.

Verweerster, een werkgever, hanteert sinds 1999 een nieuw beoordelings- en beloningssysteem. Op grond hiervan komt een medewerker slechts voor een loonsverhoging in aanmerking indien op grond van een beoordeling blijkt dat de medewerker over het daaraan voorafgaande jaar minimaal voldoende heeft gepresteerd. Medewerkers die onvoldoende hebben gepresteerd of waarvan het functioneren wegens verzuim niet kon worden beoordeeld, krijgen geen salarisverhoging.
Verzoeker, de ondernemingsraad van verweerster, stelt dat dit systeem onderscheid oplevert op grond van handicap of chronische ziekte. Medewerkers die vanwege ziekte langdurig afwezig zijn, kunnen immers niet worden beoordeeld op hun prestaties en krijgen volgens dit systeem geen loonsverhoging.
De Commissie overweegt dat de WGBH/CZ juist het vooroordeel dat gehandicapten en chronisch zieken vaker langdurig verzuimen dan anderen beoogt weg te nemen. Door verzoeker zijn geen (andere) feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het door verweerster gehanteerde systeem met name of in overwegende mate personen benadeelt die worden beschermd door de WGBH/CZ. Het oordeel luidt dat er geen beschermde grond in het geding is en dat er door verweerster geen onderscheid is gemaakt in strijd met de WGBH/CZ.
De Commissie concludeert in dit oordeel voorts dat de regels inzake de verdeling van de bewijslast niet alleen gelden voor individuen in wiens nadeel onderscheid is gemaakt, maar ook voor personen en organisaties die uit hoofde van hun functie en/of doelstellingen belang hebben bij een oordeel van de Commissie.
Geen strijd met de wet.

04 | 146

5 november 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

School wijst man met handicap af voor vacature wegens gebrek gezag en overwicht. Strijd met de WGBH/CZ.

Een scholengemeenschap is op zoek naar een receptiemedewerker en wil deze inlenen via een werkvoorzieningschap. De man die door het werkvoorzieningschap wordt voorgedragen, heeft hydrocefalie, ook wel waterhoofd genoemd. Een gesprek met het hoofd facilitaire zaken van de scholengemeenschap leidt tot de afspraak dat de man enkele dagen later kan beginnen. Op de dag waarop hij zou beginnen, krijgt hij echter van de directeur te horen dat hij alsnog wordt afgewezen. Volgens de man heeft de school in strijd gehandeld met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Hij is van mening dat hij is afgewezen vanwege zijn handicap omdat tijdens de gesprekken is gebleken dat de scholengemeenschap nare reacties van leerlingen verwachtte op de handicap van de man.
De scholengemeenschap heeft laten weten dat zij de man heeft afgewezen omdat hij als totale persoon niet geschikt is voor de functie. Dit staat volgens de scholengemeenschap los van de handicap.
De Commissie stelt vast dat de handicap van de man een (doorslaggevende) rol heeft gespeeld bij de afwijzing en dat niet is gebleken dat de man, los van zijn handicap, niet geschikt is voor de functie. Zodoende is sprake van direct onderscheid op grond van handicap.
Strijd met de wet.

04 | 147

9 november 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7:646 lid 8 BW

Onderscheid op grond van geslacht zowel door verzoekster niet te vrijwaren van discriminatoire bejegening, als door haar klacht daaromtrent niet zorgvuldig te behandelen en door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.

Verzoekster is in dienst getreden bij verweerster als internationaal vrachtwagenchauffeur op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van

een jaar. Verweerster heeft na afloop van dat jaar geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden omdat verzoekster teveel ziek zou zijn geweest. Verzoekster heeft aangevoerd dat zij tijdens een reis naar Roemenië discriminatoir is bejegend door een collega-chauffeur, alsmede dat verweerster haar klacht tegen die collega onzorgvuldig heeft behandeld. Verweerster zou geen nieuw contract hebben aangeboden vanwege die klacht. Verzoekster is van mening dat verweerster hierdoor onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht.
De Commissie stelt vast dat verzoekster seksueel is geïntimideerd door de collega-chauffeur. Verweerster is hiervoor verantwoordelijk. De Commissie heeft geconstateerd dat verweerster geen onafhankelijk vertrouwenspersoon had ingesteld. Bovendien heeft verweerster geen schriftelijke verslagen gemaakt van de gesprekken met beide collega-chauffeurs en van de maatregelen die naar aanleiding hiervan zijn getroffen. Mede op grond hiervan is de Commissie van oordeel dat verweerster niet heeft voldaan aan de vereisten van een zorgvuldige klachtbehandeling. De Commissie concludeert uit de voorhanden informatie dat niet het veelvuldige ziekteverzuim van verzoekster, maar dat zij na de ziekte onvoldoende zou hebben gepresteerd de reden is geweest voor het niet-aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Deze reden valt evenwel moeilijk te rijmen met de voortdurende inzet van verzoekster, het uitblijven van kritiek en dat er niets was aan te merken op haar functioneren. Verweerster heeft dan ook tevens onderscheid gemaakt op grond van geslacht jegens verzoekster door geen nieuwe arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.
Strijd met de wet.

04 | 148

15 november 2004

Artikel 7 AWGB

Direct onderscheid op grond van godsdienst.

Verweerster exploiteert een sportaccommodatie. Verzoekster is moslim en draagt op grond van haar godsdienstige overtuiging een hoofddoek. Toegang tot de sportaccommodatie van verweerster is alleen mogelijk op basis van abonnement. Om als abonnee aangemerkt te worden, dient men zich akkoord te verklaren met het door verweerster opgestelde huisreglement. In het huisreglement van verweerster is opgenomen dat uitingen van religie (zoals hoofddoek, tulband etc.) binnen het centrum niet zijn toegestaan. Verzoekster wil haar hoofddoek ook tijdens het sporten dragen. Onder verwijzing naar het huisreglement is haar daarom een abonnement geweigerd. Hiermee is verzoekster de mogelijkheid bij verweerster te sporten ontzegd. De Commissie oordeelt hiertoe dat verweerster direct onderscheid maakt op grond van godsdienst.
Strijd met de wet.

04 | 149

15 november 2004

Artikel 7 AWGB

Verzoek niet ontvankelijk.

Verzoekster verzoekt de Commissie te beoordelen of een sportcentrum vrouwen met een sporthoofddoek mag weigeren met een beroep op de veiligheid. Het betreft hier geen klacht gericht tegen een verweerder maar een verzoek om een principe oordeel. Deze vraag is gerezen naar aanleiding van het oordeel 1997-149 van 24 december 1997 waarin de Commissie heeft overwogen: 'Hoewel in deze zaak het handelen van verweerder objectief gerechtvaardigd is, sluit de Commissie niet uit dat een hoofddoek gemaakt kan worden, die enerzijds voldoet aan minimalisering van veiligheidsrisico's tijdens de gymles en anderzijds niet strijdt met de godsdienstige overtuiging van verzoeksters'. De Commissie oordeelt dat het verzoek te onbepaald is en derhalve niet ontvankelijk.
Niet ontvankelijk.

04 | 150

15 november 2004

Artikel 3 WGBL
Artikel 7 lid 1 WGBL

Afbouwregeling en regeling leeftijdsvakantiedagen in strijd met WGBL.

Bij verzoekster is een afbouwregeling en een leeftijdsvakantiedagenregeling van kracht.
Op grond van de afbouwregeling hebben werknemers van 57,5 jaar en ouder die tenminste tien jaar bij verzoekster werkzaam zijn de mogelijkheid om minder te gaan werken tegen 50% van het brutoloon over de uren dat minder zal worden gewerkt. Hierdoor ontstaat onderscheid op grond van leeftijd. Het doel van de regeling is het werknemers

mogelijk maken geleidelijk terug te treden uit het arbeidsproces en zich zo te kunnen voorbereiden op hun pensionering. Dit doel is legitiem. Het middel is vanwege het anciënniteitscriterium echter niet geschikt om het gestelde doel te bereiken. Oudere werknemers die niet tien jaar in dienst zijn bij verzoekster kunnen immers een even grote behoefte hebben om geleidelijk terug te treden uit het arbeidsproces en zich zo te kunnen voorbereiden op hun pensionering. Indien het anciënniteitscriterium buiten beschouwing wordt gelaten geldt dat het middel weliswaar geschikt is, maar niet noodzakelijk. Het voorbereiden van werknemers op hun pensioen kan namelijk ook worden bereikt door het aanbieden van een speciaal daarvoor ontwikkelde cursus. Verzoekster maakt derhalve verboden onderscheid op grond van leeftijd in de afbouwregeling.
Op grond van de leeftijdsvakantiedagenregeling hebben werknemers vanaf 50 jaar recht op extra vakantiedagen, oplopend van één dag voor werknemers van 50 tot 55 jaar, naar twee dagen voor werknemers van 55 tot 60 jaar, tot drie dagen voor werknemers ouder dan 60 jaar. Dit leidt tot onderscheid op grond van leeftijd. Het ziekteverzuim bij verzoekster is laag. Voorzover sprake is geweest van een relatief hoog ziekteverzuim van oudere werknemers, houdt dit geen verband met de factor leeftijd. Ook anderszins is niet gebleken van een relatief zware belasting van oudere werknemers. Ook uit recent TNO-onderzoek blijkt dat het verband tussen leeftijd en gezondheid in het algemeen zeer zwak is en niet leidt tot afname van inzetbaarheid. Het doel van de regeling voldoet daarmee niet aan een werkelijke behoefte en is evenmin voldoende zwaarwegend.
Het doel is derhalve niet legitiem. Verzoekster maakt derhalve verboden onderscheid op grond van leeftijd in de leeftijdsvakantiedagenregeling. Strijd met de wet.

04 | 151

18 november 2004

Artikel 7:648 BW

Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur door verzoeker niet naar rato compensatie te geven voor feestdagen die onevenredig vaak op zijn vaste vrije dag vallen.

Verzoeker is bij verweerster werkzaam voor 32 uur per week, verdeeld over 4 dagen, 8 uur per dag. Hij is wekelijks op maandag vrij. In geding is of verweerster onderscheid maakt op grond van arbeidsduur door verzoeker geen compensatie te geven voor de nationale feestdagen die onevenredig vaak op zijn vaste vrije dag, de maandag, vallen.
Het jaarurensysteem van verweerster houdt geen rekening met nationale feestdagen die op een vaste vrije dag van een deeltijder vallen. Dit heeft tot gevolg dat voltijders volledig profiteren van feestdagen die op werkdagen vallen en dat deeltijders hiervan verschillend profiteren, afhankelijk van de dag van de week waarop hun vaste vrije dag(en) valt/vallen. Voor verzoeker, die een vaste vrije dag heeft op de maandag, geldt dat ieder jaar in elk geval twee nationale feestdagen op zijn vaste vrije dag vallen, terwijl daarnaast de kans bestaat dat andere nationale feestdagen ook op een maandag vallen. Dit heeft tot gevolg dat verzoeker naar verhouding een (gering) aantal uren per jaar meer dient te werken dan een voltijder. Mitsdien maakt verweerster ten nadele van verzoeker onderscheid op grond van arbeidsduur.
Het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd. Het door verweerster gestelde doel, dat iedere werknemer een, naar verhouding van de arbeidsduur, gelijk aantal uren dient te werken, kan niet met het middel, het jaarurensysteem van verweerster, worden bereikt. Het middel is dan ook niet passend. Ten overvloede is geconstateerd dat er tenminste één jaarurensysteem is waarbij geen, dan wel minder, onderscheid wordt gemaakt op grond van arbeidsduur. Dit is het systeem dat in CGB 13 februari 2002, oordeel 2002-11 is genoemd.
Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Strijd met de wet.

04 | 152

25 november 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Geen vermoeden van onderscheid. Geen strijd met de wet.

Verzoeker is in Nederland geboren en van Turkse afkomst. Op 4 augustus 2003 is hij in dienst getreden bij verweerster op basis van een arbeidsovereenkomst voor een half jaar, met uitzicht op een contract voor onbepaalde tijd bij goed functioneren.
Verweerster exploiteert een klein bedrijf. In het najaar van 2003 heeft verzoeker verweerster gevraagd om een intentieverklaring gericht op een vast dienstverband, in verband met een hypotheekaanvraag. Verweerster zou bij de vraag van verzoeker over de stand van zaken hieromtrent opmerkingen hebben gemaakt over de afkomst van verzoeker. Voorts zou verweerster op een

onheuse wijze het conflict hebben aangepakt. Verzoeker en verweerster spreken elkaar tegen voor wat betreft de aard van de gemaakte opmerkingen die tot het conflict hebben geleid. De Commissie kan derhalve niet vaststellen wat er is gezegd en of dit te herleiden is tot de afkomst van verzoeker. Geen onderscheid op grond van afkomst bij de bejegening. Verweerster heeft zich voldoende ingespannen om de discriminatieklacht te behandelen.
Geen strijd met de wet.

04 | 153

30 november 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB

Verboden onderscheid op grond van godsdienst door de cliënte van verzoekster vanwege haar kleding, waaronder haar hoofddoek, niet in aanmerking te laten komen voor een stageplaats. Voorgelegde conceptrichtlijnen zijn in strijd met gelijkebehandelingswetgeving indien ze als beleid zouden worden vastgesteld.

Cliënte van verzoekster is moslim en draagt een hoofddoek. Zij heeft gesolliciteerd bij verweerster voor een stageplaats maatschappelijk werk. Verweerster heeft de sollicitatie intern besproken en daarbij kwam de kleding en presentatie aan de orde. Verweerster wierp de vraag op of met de kleding, zwarte jurk en hoofddoek, van de cliënte van verzoekster de neutraliteit van de instelling wordt uitgedragen. De cliënte van verzoekster is voor de stage afgewezen, omdat verweerster nog geen regels had omtrent 'passende' kleding.
Dat dit voor de cliënte van verzoekster neerkomt op een afwijzing op grond van haar uiterlijke verschijning, waaronder een als 'zwaar' aangemerkte hoofddoek die zij droeg uit religieuze overwegingen, is niet betwist. Dit brengt direct onderscheid op grond van godsdienst met zich mee.
Verweerster heeft conceptrichtlijnen opgesteld op het terrein van uiterlijke verzorging, kleding en presentatie. Verweerster verbiedt religieuze kleding, waaronder de hoofddoek, niet als zodanig, maar verbiedt kleding die de neutraliteit van de instelling en van de hulpverlening kan belemmeren. De Commissie is van oordeel dat dit indirect onderscheid op grond van godsdienst met zich meebrengt. Personen die vanwege hun godsdienstige overtuiging de voornoemde kleding dragen, kunnen niet aan de conceptrichtlijnen van verweerster voldoen. Personen met geen of andersoortige geloofsovertuigingen kennen deze belemmering niet. Zodoende worden door de toepassing van de conceptrichtlijnen mensen die met hun kleding uitdrukking willen geven aan hun (islamitische) geloofsovertuiging onevenredig zwaar getroffen ten opzichte van mensen die dat niet doen.
Het indirect onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd, nu het middel, het stellen van kledingeisen, niet passend en noodzakelijk is. Dit leidt tot het oordeel dat verweerster onderscheid zou maken op grond van godsdienst, indien de conceptrichtlijnen beleid zouden worden.
Strijd met de wet.

04 | 154

2 december 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Verboden onderscheid op grond van geslacht door in het kledingreglement geen bermuda op te nemen voor mannen.

Verzoeker is de ondernemingsraad van verweerster, een aanbieder van openbaar vervoer. Verweerster hanteert een kledingreglement, waarin is bepaald dat het slechts aan vrouwen is toegestaan een bermuda te dragen.
Verzoeker is van mening dat verweerster hierdoor verboden onderscheid maakt op grond van geslacht.
De Commissie legt het begrip arbeidsvoorwaarden van artikel 7:646 BW ruim uit op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Zij begrijpt hieronder tevens arbeidsomstandigheden, alsmede voorschriften op grond van het instructierecht van de werkgever. Het kledingvoorschrift van verweerster heeft zowel kenmerken van een arbeidsvoorwaarde, als van een arbeidsomstandigheid en van een voorschrift op grond van het instructierecht van de werkgever. Het verzoek kan daarom worden getoetst aan artikel 7:646 BW.
De Commissie stelt vast dat verweerster verschillende kledingvoorschriften hanteert voor mannen en vrouwen door uitsluitend vrouwen toe te staan een bermuda te dragen. Hierdoor zijn vrouwen beter dan mannen in staat zich te beschermen tegen de hitte tijdens hun werk. Bovendien stelt verweerster hogere representativiteitseisen aan mannen dan aan vrouwen. Dit is in strijd met artikel 5 van het VN-Vrouwenverdrag, dat vooroordelen, gewoonten en gebruiken verbiedt die zijn gebaseerd op stereotiepe ideeën over mannen en vrouwen.

De Commissie is daarom van oordeel dat verweerster direct onderscheid maakt op grond van geslacht door het mannen niet net als vrouwen toe te staan een bermuda te dragen. Strijd met de wet.

04 | 155

2 december 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 8 AWGB

Direct onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden door de woorden 'houding is correct, maar wel erg Surinaams' in het functioneringsverslag. Onderscheid op grond van ras bij de beëindiging van de arbeidsverhouding. Strijd met wet bij klachtbehandeling. Sprake van victimisatie vanwege klagen van verzoekster. Aanbevelingen aan verweerster.

Verzoekster werkte als uitzendkracht bij verweerster. Verzoekster vond op het faxapparaat een faxbevestiging van een zogeheten 'functioneringsverslag' dat haar leidinggevende aan het uitzendbureau had gestuurd. Daarin stond onder andere 'haar houding is correct, maar wel erg 'Surinaams'. Slordige fouten.' Verzoekster heeft hierover geklaagd bij het hoofd personeelszaken.
De leidinggevende heeft in een gesprek verzoekster kwalijk genomen dat ze had geklaagd en wilde in eerste instantie niet meer met haar verder. Niettemin heeft zij verzoekster korte tijd gegund tot herstel van het onderlinge vertrouwen en om zich te bewijzen op voorwaarde dat verzoekster eerst bij haar met haar klachten moest komen.
Verzoekster vond dat deze korte tijd haar geen eerlijke kans bood. Zij vond dat haar klagen een dermate grote rol had gespeeld bij de leidinggevende dat zij zich genoodzaakt voelde haar werkzaamheden te beëindigen.
Verweerster heeft voor het woordgebruik 'erg Surinaams' en 'slordige fouten' als verklaring gegeven dat deze woorden verband hielden met de wijze waarop verzoekster telefoongesprekken met klanten voerde. Haar houding aan de telefoon zou als ongeïnteresseerd overkomen. De Commissie is van oordeel dat er sprake is van direct onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden.
De Commissie is van oordeel dat het opzeggen van de arbeidsverhouding door verzoekster gezien moet worden tegen de achtergrond van de als onderscheid aangemerkte bejegening. Dat kan onderscheid op grond van ras doen vermoeden. Verweerster is er niet in geslaagd te bewijzen dat onderscheid op grond van ras geen rol heeft gespeeld. Dit brengt onderscheid op grond van ras bij de beëindiging van de arbeidsverhouding mee.
Verweerster heeft voorts in strijd gehandeld met de wet door bij de klachtbehandeling verzoekster niet op de hoogte te houden van de conclusies en genomen maatregelen naar aanleiding van haar klacht.
Tenslotte is sprake van victimisatie, nu verzoekster zich mede vanwege de reactie op haar klagen gedwongen voelde de arbeidsverhouding met verweerster te beëindigen.
De Commissie doet aanbevelingen aan verweerster.
Strijd met de wet.

04 | 156

3 december 2004

Artikel 3 WGBL
Artikel 7 lid 1 WGBL

Onderscheid op grond van leeftijd door toepassen van leeftijdsbewust personeelsbeleid. Strijd met de WGBL door verzoeker niet te wijzen op klachtenregeling.

Verzoeker, 60 jaar, is bij verweerster in dienst als wetenschappelijk medewerker. Verweerster heeft een leeftijdsbewust personeelsbeleid. Onderdeel van dit beleid is dat medewerkers vanaf 59 jaar op initiatief van verweerster, dan wel met diens uitdrukkelijke toestemming, kunnen deelnemen aan een deeltijdvertrekregeling.
Met verzoeker is sinds 2002 gesproken over diens inzetbaarheid. Verzoeker is een aanbod gedaan gebruik te maken van de vertrekregeling. Voorts heeft verweerster verzoeker aangeboden mee te werken aan een detachering. Volgens verzoeker heeft verweerster hem discriminerend bejegend en onderscheid gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden op grond van zijn leeftijd en zijn klachten hieromtrent niet zorgvuldig heeft behandeld.
Voorzover de door verzoekster gestelde gebeurtenissen hebben plaatsgevonden vóór 1 mei 2004 is de Commissie niet bevoegd daarover te oordelen.
Het leeftijdsbewust leeftijdsbeleid geldt alleen voor medewerkers van 59 jaar en ouder. Verweerster zou nog steeds graag zien dat verzoeker gebruik maakt van de vertrekregeling. Verweerster maakt daardoor jegens verzoeker onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden.
Het leeftijdsbewust personeelsbeleid heeft ten doel de duurzame inzetbaarheid en

het behoud van verkregen expertise. Dit doel is legitiem. Verzoeker is gewezen op de functie van docent wiskunde. Verweerster heeft er voorts op aangedrongen gebruik te maken van de vertrekregeling. Deze middelen kunnen niet als passend worden beschouwd om het gestelde doel te bereiken. Het gemaakte onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd. Verweerster heeft door toepassing van het leeftijdsbewust personeelsbeleid verboden onderscheid gemaakt op grond van leeftijd.
Het was verweerster duidelijk dat verzoeker behoefte had aan het bespreken van zijn klacht over leeftijdsdiscriminatie. De directeur heeft laten blijken dat hij de suggestie van leeftijdsdiscriminatie onzinnig vond. Door in deze situatie verzoeker niet te wijzen op de bij verweerster bestaande klachtenregeling, heeft verweerster gehandeld in strijd met de WGBL.
Strijd met de wet.

04 | 157

3 december 2004

Artikel 7: 649 BW
Artikel 4 WGBH/CZ

Thuishulp met oproepovereenkomst werd feitelijk beschouwd als vaste kracht. Geen strijd met de wet.

Een thuishulp is in dienst op basis van een oproepovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij is van mening dat haar werkgever haar als een vaste kracht moet beschouwen en dat hij haar ten onrechte een aantal rechten heeft onthouden.
De werkgever voert aan dat hij haar loon heeft doorbetaald tijdens ziekte en dat hij haar een arbeidsovereenkomst met vastgestelde arbeidsduur heeft aangeboden, maar dat de thuishulp heeft geweigerd hier op in te gaan. De thuishulp heeft dit niet weersproken.
De Commissie concludeert dat partijen niet duidelijk met elkaar hebben gecommuniceerd. Hierdoor zijn de status van de overeenkomst en de rechtspositie van de thuishulp voor beide partijen onduidelijk gebleven.
Geen strijd met de wet.

04 | 158

8 december 2004

Artikel 1a WGB
Artikel 7 WGB

Vergelijkbaarheid van verantwoordelijkheden van een medewerker en haar leidinggevende. Opdracht tot loontechnisch onderzoek.

Een vrouw die als biologische-veiligheidsfunctionaris (BVF) in dienst is bij een universiteit, klaagt over het feit dat haar functie lager is ingedeeld dan de functie van collega's werkzaam bij een andere universiteit respectievelijk een academisch ziekenhuis. Daarnaast vergelijkt zij zich met haar afdelingshoofd, die voor 80% veiligheidskundige is en voor 20% een coördinerende functie heeft. De vrouw is van mening dat zij meer verantwoordelijkheden heeft dan het afdelingshoofd in zijn veiligheidskundige functie.
Volgens de universiteit is de functie van de vrouw niet vergelijkbaar met die van BVF-en bij andere universiteiten en is de functie van het afdelingshoofd hoger ingedeeld omdat hij, in tegenstelling tot de vrouw, verantwoordelijk is voor meerdere personen.
De Commissie acht een vergelijking met een collega in dienst van een academisch ziekenhuis niet mogelijk. Een vergelijking met een collega in dienst van een andere universiteit is in beginsel mogelijk. De vrouw kan zich ook met haar afdelingshoofd vergelijken.
Op basis van hetgeen de vrouw naar voren heeft gebracht, ziet de Commissie onvoldoende aanleiding om een loontechnisch onderzoek te starten voor wat betreft de vergelijking met een collega in dienst van een andere universiteit. De Commissie ziet wel reden een loontechnisch onderzoek te verrichten met betrekking tot de vergelijking met het afdelingshoofd.
Tussenoordeel.

04 159

9 december 2004

Artikel 7 WGB
Artikel 8 WGB
Artikel 9 WGB
Artikel 10 WGB
Artikel 7:646 BW

Ongelijke beloning op grond van geslacht. Dubbele weging van factoren van de functie en daardoor ongelijke toepassing van beloningsmaatstaven.

Verzoeksters werken bij verweerder in de functie van praktijkcoördinator/ kwaliteitsmedewerker op de afdeling Radiotherapie. De functie is ingedeeld in salarisschaal 50 van het functiewaarderingssysteem FWG 3.0. Daarbij krijgen beiden om redenen van 'behoud van personeel en de regionale concurrentiepositie' twee extra periodieken. De mannelijke collega die door verzoeksters als maatman is aangewezen, vervult de functie van opleidingscoördinator op de afdeling Radiologie en Nucleaire Geneeskunde. Zijn functie is conform FWG 3.0 evenals de functie van verzoeksters ingedeeld in salarisschaal 50. Eveneens om redenen van 'behoud van personeel en de regionale concurrentiepositie', is hij op persoonlijke titel ingedeeld in salarisschaal 55.
Verweerster voert aan dat verzoeksters en de maatman in dezelfde schaal vallen, maar dat er toch dusdanige verschillen zijn in de functie dat dit een extra beloningsmaatregel rechtvaardigt.
De Commissie oordeelt echter dat verweerster in feite aspecten van de functie die reeds door het functiewaarderingssysteem zijn meegenomen, nogmaals beloont. Dit levert ongelijke beloning op grond van geslacht op.
Strijd met de wet.

04 160

13 december 2004

Artikel 5 lid 2 AWGB
Artikel 10 AWGB

Verweerster heeft het vermoeden dat verzoekster is afgewezen voor een functie als leerkracht omdat zij geen islamitische achtergrond heeft, niet kunnen weerleggen en daarmee jegens haar onderscheid gemaakt op grond van godsdienst.

Verzoekster werkte als invalleerkracht op een school van verweerster, een islamitische onderwijsorganisatie. Verzoekster solliciteerde naar een functie als leerkracht maar werd hiervoor afgewezen door de school. In haar sollicitatiegesprek kwam verzoeksters christelijke achtergrond niet ter sprake, maar er werd wel gesproken over verzoeksters bereidheid om schoolkinderen naar de moskee te begeleiden. Tijdens de sollicitatieprocedure bleek uit een ouderenquête dat de ouders de voorkeur gaven aan islamitische leerkrachten. Deze uitkomst is besproken in het afwijzingsgesprek met verzoekster, met verwijzing naar haar christelijke geloofsovertuiging. Hiermee heeft verzoekster feiten aangevoerd die een vermoeden van onderscheid hebben gewekt.
Volgens verweerster functioneerde verzoekster onvoldoende en speelde haar geloofsovertuiging geen rol bij de afwijzing. Verweerster stelt een personeelsbeleid te hanteren waarbij godsdienst geen rol speelt. Het staat evenwel vast dat verweerster zich naar aanleiding van de ouderenquête op het standpunt heeft gesteld dat islamitische leerkrachten bij gelijke geschiktheid de voorkeur verdienen.
Verweerster heeft het vermoeden van onderscheid niet kunnen weerleggen.
Al zou verweerster beroep hebben gedaan op de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, Algemene wet gelijke behandeling, dan nog zou er sprake zijn van onderscheid op grond van godsdienst.
Strijd met de wet.

04 | 161

13 december 2004

Artikel 4 WGBH/CZ

WSW-medewerker kan zich wat betreft zijn loon niet vergelijken met niet-gesubsidieerde collega's. Geen strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).

Een man die op basis van de Wet Sociale Werkvoorziening (WSW) in dienst is van een werkvoorzieningsschap, is van mening dat hij ten onrechte voor hetzelfde werk lager wordt beloond dan zijn niet-gesubsidieerde collega's.
De werkgever erkent dat er een verschil in beloning bestaat tussen WSW-medewerkers en niet-gesubsidieerde medewerkers. Dit vloeit voort uit de voor deze groepen geldende verschillende rechtspositie en bijbehorende arbeidsvoorwaarden.
De Commissie overweegt dat de WSW is bedoeld als een sociale beleidsmaatregel ten behoeve van – een bepaalde groep – gehandicapten en chronisch zieken. De WGBH/CZ staat, bij wijze van uitzondering, toe dat in het kader van sociaal beleid onderscheid wordt gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. De Commissie stelt vast dat de WSW-medewerker zich voor wat betreft de beloning niet kan vergelijken met zijn niet-gesubsidieerde collega's.
Geen strijd met de wet.

04 | 162

17 december 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW
Artikel 7: 648 lid 1 BW

Onderscheid op grond van arbeidsduur bij toetreding tot de collectieve ziektekostenverzekering. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur bij de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming in de ziektekosten op basis van het inkomen.

Verzoekster is sinds 1 december 1984 bij verweerster in dienst als docent. Werknemers met een arbeidsduur van minder dan 50%, zoals verzoekster, zijn door verweerster uitgesloten van deelname aan de collectieve ziektekostenverzekering. Docenten die wel zijn verzekerd via de verplichte ziektekostenverzekering ontvangen van verweerster een bijdrage van 4,98% van het premieplichtig maandloon. Vanaf 1 januari 2004 komt verzoekster voor een tegemoetkoming in aanmerking, maar zij blijft uitgesloten van deelname aan de collectieve ziektekostenverzekering. Uitgangspunt is dat aansluiting bij een collectieve ziektekostenverzekering voordeliger is dan het afsluiten van een individuele ziektekostenverzekering. De uitsluiting leidt derhalve tot onderscheid op grond van arbeidsduur. Het doel van de uitsluiting van werknemers met een arbeidsduur van minder dan 50% is het voorkomen van een lastenverzwaring van verweerster. Het gehanteerde middel is niet proportioneel, aangezien de uitsluiting verzoekster als kleine deeltijder bijzonder hard treft. Het doel kan ook op andere wijze worden bereikt. Derhalve maakt verweerster vanaf 1 november 1996 onderscheid op grond van arbeidsduur. De tegemoetkoming in de vorm van een percentage van het premieplichtig maandloon moet worden gezien als beloningscomponent. Door deze toe te kennen als percentage van het premieplichtig maandloon, is geen sprake van onderscheid op grond van arbeidsduur.
Strijd en geen strijd met de wet.

04 | 163

17 december 2004

Artikel 12 WGB
Artikel 7:646 lid 1 WGB

Niet ontvankelijk.

04 | 164

20 december 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 7:646 BW

Verweerster handelt in strijd met de wet.

Verzoekster is moslima en draagt vanwege haar geloofsovertuiging een hoofddoek. Verweerster exploiteert een uitzendbureau. Verzoekster werd benaderd door verweerster met de vraag of zij gedurende drie dagen in totaal, voor de inlener wilde schoonmaken in een psychiatrisch ziekenhuis. Verzoekster stemde in. Op 22 september 2004 heeft verzoekster zich gemeld bij de inlener. De inlener vroeg verzoekster haar hoofddoek af te doen tijdens het werk. Verzoekster heeft dit geweigerd, waarna zij niet voor de inlener mocht werken. De Commissie is van oordeel dat verweerster zelf geen onderscheid heeft gemaakt

jegens verzoekster op grond van godsdienst en/of geslacht. Echter door de reden van de inlener het dragen van de hoofddoek te verbieden niet nader te onderzoeken en de discriminatieklacht niet als klacht te kwalificeren, voldoet verweerster niet aan haar zorgverplichting en handelt zij in strijd met de wet.
Strijd met de wet.

04 | 165

20 december 2004

Artikel 5 AWGB
Artikel 7:646 BW

Verweerster maakt onderscheid op grond van godsdienst en geslacht.

Verzoekster is moslima en draagt vanwege haar geloofsovertuiging een hoofddoek. Verweerster exploiteert een schoonmaakbedrijf. Verzoekster werd benaderd door het uitzendbureau met de vraag of zij gedurende drie dagen voor verweerster wilde schoonmaken op een afdeling binnen een psychiatrisch ziekenhuis. Verzoekster heeft zich gemeld bij verweerster. Verweerster vroeg verzoekster haar hoofddoek af te doen tijdens het werk. Verzoekster heeft dit geweigerd, waarna zij niet voor verweerster mocht werken. Het ziekenhuis heeft schriftelijk laten weten dat er binnen de instelling geen geschreven of ongeschreven regel is die het dragen van hoofddoeken of -deksels verbiedt. De Commissie is van oordeel dat verweerster indirect onderscheid maakt op grond van godsdienst en geslacht. Het doel dat verweerster nastreeft, het minimaliseren van de arbeidsrisico's acht de Commissie legitiem en voldoende zwaarwegend. Vanwege de onbepaaldheid van het middel acht de Commissie het middel echter niet geschikt om het doel te bereiken. Het gemaakte indirecte onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.
Strijd met de wet.

04 | 166

20 december 2004

(mr.drs. M.G. Nicolaï (voorzitter), mr. M. van den Brink en mr.drs. P.H.A. van Geel)

Artikel 4 WGBH/CZ

Een leer-, werk-, en reïntegratiebedrijf maakt geen onderscheid op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de aanstelling tot ambtenaar en/of bij de beloning jegens medewerkers die werkzaam zijn op basis van de Wet sociale werkvoorziening.

Artikel 4, onderdeel c, van de WGBH/CZ bepaalt in samenhang met artikel 1 WGBH/CZ dat onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte is verboden bij onder meer het aanstellen tot ambtenaar. Vaststaat dat een medewerker die werkzaam is op basis van de Wet sociale werkvoorziening (WSW-medewerkers) evenals ieder ander naar een vacante ambtelijke functie kan solliciteren. Hoewel een WSW-medewerker eerst een herindicatietraject zal moeten volgen, staat dit traject het solliciteren naar de ambtelijke functie niet in de weg. In genoemd artikel kan voorts geen verplichting worden gelezen voor werkgevers om iemand als ambtenaar aan te stellen. Door de aanstelling van WSW-medewerkers, niet op verzoek om te zetten in een ambtelijk dienstverband handelt verweerster dan ook niet in strijd met de WGBH/CZ.
Op grond van artikel 4, onderdeel e, van de WGBH/CZ is onderscheid verboden bij de arbeidsvoorwaarden. De beloning behoort tot de primaire arbeidsvoorwaarden. Vaststaat dat de arbeidsrechtelijke positie van een WSW-medewerker dermate afwijkt van die van hun ambtelijke collega's dat een vergelijking van de arbeidsvoorwaarden per onderdeel tot onevenwichtige uitkomsten kan leiden. De Commissie concludeert uit het bovenstaande dat WSW-medewerkers, die arbeid van gelijke of nagenoeg gelijke waarde verrichten, zich voor wat betreft de arbeidsvoorwaarde beloning niet kunnen vergelijken met hun ambtelijke collega's. Door verschillende arbeidsvoorwaardenregelingen toe te passen op WSW-medewerkers en hun ambtelijke collega's handelt verweerster dan ook niet in strijd met de WGBH/CZ.
Geen strijd met de wet.

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 handelt met de wetgeving gelijke behandeling bij de doorstroming van medewerkers met indicatie op basis van de Wet sociale werkvoorziening (WSW) naar een ambtelijke aanstelling en/of bij de beloning.

1.2 De Commissie heeft verweerder in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Op 23 juni 2004 is het verweerschrift bij de Commissie ontvangen. Bij brief van 16 juli 2004 heeft verzoeker schriftelijk op het verweerschrift gereageerd.

1.3 Op 2 november 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen hun standpunten hebben toegelicht.

2 FEITEN

2.1 Verweerder is een leer-, werk-, en reïntegratiebedrijf. Verweerder biedt thans werk aan 2.736 personen in een sociale werkvoorziening en aan 192 personen op basis van een ambtelijk dienstverband. Verweerder voert een drietal wetten uit, te weten de Wet sociale werkvoorziening (WSW), de Wet Inschakeling Werkzoekenden (WIW) en de Wet Reïntegratie Arbeidsgehandicapten (REA). Tevens voert verweerder het Besluit In- en Doorstroombanen uit.

2.2 Verzoeker is de ondernemingsraad van verweerder.

2.3 Tot de doelgroep van de WSW behoren personen die nog niet de leeftijd van 65 hebben bereikt en die door lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen uitsluitend onder aangepaste omstandigheden tot regelmatige arbeid in staat zijn (artikel 1 WSW).

2.4 Verweerder kent zowel de Collectieve arbeidsovereenkomst sociale werkvoorziening (CAO WSW) als de Uitwerkingsovereenkomst Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling voor de sector gemeenten (CAR/UWO). De CAO WSW regelt de arbeidsvoorwaarden voor WSW-medewerkers. In de CAR/UWO zijn arbeidsvoorwaarden neergelegd voor het ambtelijk personeel.

2.5 WSW-medewerkers die vóór 1998 hun WSW-indicatie hebben gekregen worden niet verplicht geherindiceerd. Zij behouden hun WSW-indicatie voor onbepaalde tijd. Deze WSW-medewerkers kunnen wel vrijwillig om herindicatie vragen. WSW-medewerkers die na 1 januari 1998 in dienst zijn getreden worden periodiek verplicht geherindiceerd.

2.6 Bij verweerder zijn op dit moment 31 functies die zowel door een WSW-medewerker als door een ambtelijk medewerker kunnen worden vervuld.

3 STANDPUNTEN VAN VERZOEKER EN GRONDEN VAN HET VERZOEK

3.1 Verzoeker vraagt zich af of verweerder onderscheid maakt op grond van handicap en/of chronische ziekte in strijd met de Wet gelijke behandeling handicap/chronische ziekte (WGBH/CZ) bij de doorstroming van WSW-medewerkers naar een ambtelijke functie. In het verleden konden WSW-medewerkers hun functie laten omzetten in een ambtelijke functie. Verweerder heeft hieraan ongeveer vier jaar geleden een einde gemaakt. Een WSW-medewerker moet nu, om dezelfde functie uit te oefenen in een ambtelijk dienstverband, eerst een herindicatie aanvragen en vervolgens, indien dat leidt tot beëindiging van de WSW-indicatie, solliciteren naar de functie voor zover voor die functie een vacature ontstaat. Dit leidt tot een onevenredig groot risico. Als de WSW-medewerker immers niet in dezelfde functie wordt aangesteld als ambtenaar, is hij/zij zowel zijn oude functie als WSW-indicatie kwijt. Tevens wordt op deze wijze niet voorzien in de mogelijkheid om terug te keren naar de oude situatie, indien het werken op basis van een ambtelijke aanstelling niet zou lukken. Verzoeker zou derhalve willen dat de betreffende WSW-medewerkers in aanmerking kunnen komen voor een ambtelijke aanstelling met behoud van hun WSW-indicatie voor enige tijd.

3.2 Verzoeker stelt bovenstaande rechtsvraag in zijn algemeenheid maar in de praktijk gaat het om zo'n 15 tot 30 personen die in aanmerking zouden kunnen komen voor omzetting van hun WSW-functie in een ambtelijk dienstverband. Deze personen hebben doorgaans voor 1998 hun WSW-indicatie gekregen, waarvoor toen minder strenge eisen golden. Destijds kwamen ook personen met bijvoorbeeld een alcoholver-

slaving en/of met relatief lichte psychische problemen voor een WSW-indicatie in aanmerking. Overigens zal niet iedereen van deze groep de WSW-functie omgezet willen zien in een ambtelijke aanstelling. Verzoeker acht het echter principieel onjuist dat verweerder deze keuzemogelijkheid niet langer biedt.

3.3 Verzoeker vraagt zich ten tweede af of verweerder (verboden) onderscheid maakt op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de beloning. Het komt in de praktijk voor dat WSW-medewerkers functies van gelijke waarde verrichten als hun ambtelijke collega's maar daarvoor lager worden beloond. Hoewel het om WSW-medewerkers gaat, stelt verweerder aan hen in de praktijk dezelfde eisen als aan de ambtenaren. Tevens functioneren deze WSW-medewerkers over het algemeen net zo goed als hun ambtelijke collega's. Dit betreft de eerder genoemde groep van 15 tot 30 WSW-medewerkers.

4 STANDPUNTEN VAN VERWEERDER EN GRONDEN VAN HET VERWEER

4.1 Verweerder stelt zich op het standpunt dat hij noch onderscheid maakt op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de doorstroming van WSW-medewerkers naar een ambtelijke functie noch bij de beloning.

4.2 Op grond van artikel 3, eerste lid, onderdeel b, WGBH/CZ geldt het verbod van onderscheid niet indien het onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte. Dit is bij verweerder aan de orde.

4.3 Verweerder streeft een tweetal doelstellingen na. De eerste is het bieden van werk aan personen die door een lichamelijke, verstandelijke of psychische handicap geen reguliere baan kunnen vinden. De tweede is het helpen van de betreffende personen om zich te ontwikkelen zodat zij na enige tijd wel (weer) aan de slag kunnen op de reguliere arbeidsmarkt.

4.4 Een WSW-indicatie is niet verenigbaar met een aanstelling in een gewone functie. Een WSW-medewerker heeft niet voor niets een WSW-indicatie. Deze indicatie houdt in dat de medewerker is aangewezen op speciale voorzieningen en/of aanpassingen. Deze aanpassingen zijn niet hetzelfde als de aanpassingen zoals bedoeld in de WGBH/CZ. Indien sprake is van aanpassingen zoals bedoeld in de WGB z/hc kan iemand immers wel een reguliere functie vervullen en is de WSW niet van toepassing. Bij aanpassingen voor WSW-medewerkers gaat het om vergaande maatregelen. Tevens geldt voor WSW-medewerkers een geheel ander rechts(beschermings)stelsel.

4.5 Indien een WSW-medewerker de bovengrens bereikt, dat wil zeggen, indien bij herindicatie blijkt dat de WSW-indicatie dient te vervallen, behoort deze persoon niet langer tot de doelgroep van verweerder. Deze persoon dient door te stromen naar reguliere arbeid. Verweerder zet zich in om passende reguliere arbeid aan te bieden. Deze arbeid kan zowel extern als intern worden aangeboden. Passende arbeid moet niet worden verward met 'algemeen aanvaard werk', welke term wordt gebruikt in onder meer de Algemene Bijstandwet. Verweerder zal dus naar arbeid zoeken die daadwerkelijk aansluit bij de betreffende medewerker. Tevens geldt dat een oud WSW-medewerker in de oude functie werkzaam mag blijven totdat passende arbeid is gevonden.

4.6 Indien een WSW-medewerker zijn WSW-functie verlaat, betekent dit niet dat deze functie automatisch vrijkomt. Verweerder zou bijvoorbeeld om organisatorische redenen kunnen besluiten de functie anders te in te vullen of helemaal op te heffen. Het is derhalve niet zo dat een oud WSW-medewerker na herindicatie altijd naar zijn 'oude' functie kan solliciteren.

4.7 Verweerder erkent dat de groep medewerkers waar het in feite om gaat klein is en in de praktijk bestaat uit een beperkt aantal mensen die vóór 1998 een WSW-indicatie hebben gekregen, terwijl zij onder de huidige wetgeving daar niet voor in aanmerking zouden komen. Verweerder stelt zich echter op het principiële standpunt dat, alle WSW-medewerkers die menen op reguliere basis arbeid te kunnen verrichten, om herindicatie dienen te vragen. Deze medewerkers hebben dan immers niet langer de voorzieningen en/of bescherming nodig die de WSW biedt.

5 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

5.1 In geding is of verweerster onderscheid op grond van handicap en/of chronische ziekte

maakt door de functie van bepaalde WSW-medewerkers niet om te willen zetten in een ambtelijke functie. Tevens is in geding of verweerster onderscheid maakt door WSW-medewerkers, die arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verrichten als hun ambtelijke collega's, lager te belonen.

5.2 Op grond van de WSW wordt een WSW-indicatie verstrekt aan personen die nog niet de leeftijd van 65 hebben bereikt en die door lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen uitsluitend onder aangepaste omstandigheden tot regelmatige arbeid in staat zijn. Een WSW-indicatie is derhalve rechtstreeks gerelateerd aan handicap en/of chronische ziekte. Op grond hiervan wordt geconcludeerd dat WSW-medewerkers in principe de bescherming van de WGBH/CZ genieten.

5.3 In artikel 12 WGBH/CZ is bepaald dat artikel 12 van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) van overeenkomstige toepassing is. Artikel 12, tweede lid, onderdeel d, AWGB bepaalt dat een ondernemingsraad, die meent dat in de onderneming waarvoor deze is ingesteld, onderscheid wordt gemaakt, een verzoek om een oordeel bij de Commissie kan indienen. Verzoeker is derhalve ontvankelijk in zijn verzoek.

Aanstelling als ambtenaar

5.4 Artikel 4, onderdeel c, van de WGBH/CZ bepaalt in samenhang met artikel 1 WGBH/CZ dat onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte is verboden bij onder meer het aanstellen tot ambtenaar. Voor WSW-medewerkers zijn twee mogelijkheden om aangesteld te worden als ambtenaar denkbaar. De eerste mogelijkheid is om te solliciteren naar een vacante ambtelijke functie. De tweede is dat verweerder de WSW-functie omzet in een functie met een ambtelijke status.

Een vacante ambtelijke functie

5.5 Indien een ambtelijke functie vacant komt, geldt dat een ieder hiernaar kan solliciteren. Dit geldt derhalve ook voor WSW-medewerkers. Hoewel een WSW-medewerker eerst het herindicatietraject zal moeten volgen, staat dit traject het solliciteren naar de ambtelijke functie niet in de weg. Verweerster heeft in dit verband gemotiveerd gesteld dat ook in de praktijk het herindicatietraject geen obstakel vormt voor een eventuele sollicitatie en aanstelling als ambtenaar. Het traject kan in relatief korte termijn worden afgerond. Voorzover het de mogelijkheid betreft voor een WSW-medewerker om naar een vacante ambtelijke functie te solliciteren, is dan ook geen sprake van onderscheid op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de aanstelling tot ambtenaar.

5.6 De voorwaarde dat een WSW-medewerker een herindicatieprocedure dient te volgen, leidt niet tot een ander oordeel. Uit de WSW volgt dat een WSW-indicatie niet verenigbaar is met een ambtelijke aanstelling. De WSW-indicatie is immers bedoeld om een specifieke doelgroep aan het werk te krijgen en aan het werk te houden onder aangepaste omstandigheden. De onverenigbaarheid volgt tevens uit het feit dat werkgevers voor WSW-medewerkers een rijkssubsidie ontvangen, die is bedoeld om eventueel opbrengstverlies ten gevolge van een geringe(re) arbeidsproductiviteit en eventuele extra kosten voor aanpassingen te compenseren.

Omzetting WSW-status in een ambtelijke functie

5.7 Verzoeker stelt voorts dat de categorische weigering van verweerder om in voorkomende gevallen een WSW-functie vervuld door een medewerker die volledig functioneert, om te zetten in een ambtelijke functie in strijd is met de WGBH/CZ.

5.8 Hoewel verzoeker deze rechtsvraag in het algemeen stelt, betreft deze vraag feitelijk een groep van naar schatting 15 tot 30 WSW-medewerkers, die voor 1998 een WSW-indicatie hebben gekregen. Vóór 1 januari 1998 gold een minder afgebakende regelgeving, waardoor ook mensen met een lichte handicap of ziekte voor de WSW-indicatie in aanmerking kwamen, alsook mensen van wie de handicap en/of chronisch ziekte eindig was, althans niet langer in de weg staat aan participatie op de arbeidsmarkt. De Commissie spitst haar beoordeling dan ook toe op deze specifieke groep.

5.9 Volgens verzoeker verricht (een deel van) deze groep WSW-medewerkers arbeid van nagenoeg gelijke waarde als hun ambtelijke collega's en hebben sommigen van hen er belang bij om hun dienstverband omgezet te zien in een ambtelijke status. Verweerder stelt zich op het – principiële – standpunt dat deze WSW-medewerkers kennelijk niet

meer hoeven te worden beschermd door de WSW en derhalve een herindicatie kunnen vragen, waarna de weg naar een reguliere aanstelling als ambtenaar of anderszins open ligt.

5.10 Artikel 4, onderdeel c, van de WGBH/CZ bepaalt dat onderscheid is verboden bij het aanstellen tot ambtenaar. In deze verbodsbepaling kan echter niet de verplichting voor een werkgever worden gelezen om iemand, waaronder een WSW-medewerker, als ambtenaar aan te stellen. Dit artikel kent een beperktere reikwijdte, namelijk dat, indien een ambtenaar wordt aangesteld, hierbij geen onderscheid mag worden gemaakt op grond van handicap en/of chronische ziekte. Nu er op grond van de WGBH/CZ geen verplichting is voor werkgevers om iemand als ambtenaar aan te stellen, wordt geoordeeld dat verweerder, door te weigeren WSW-functies desgevraagd om te zetten in een ambtelijk dienstverband, niet in strijd handelt met de WGBH/CZ.

Gelijke beloning en WSW

5.11 Op grond van artikel 1 van de WGBH/CZ, in samenhang met artikel 4, onderdeel e, van de WGBH/CZ is onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte verboden bij de arbeidsvoorwaarden. De beloning behoort tot de primaire arbeidsvoorwaarden.

5.12 Verzoeker heeft gesteld dat enkele WSW-medewerkers worden beloond volgens de CAO/WSW, terwijl zij dezelfde werkzaamheden verrichten als hun ambtelijke collega's, die worden beloond volgens de CAR/UWO.

5.13 Verweerder heeft daar tegenover gesteld dat WSW-medewerkers onder een ander beloningsgebouw vallen dan hun niet-gesubsidieerde ambtelijke collega's. Het gevolg daarvan is, zo verstaat de Commissie verweerder, dat de betreffende WSW-medewerkers zich niet zonder meer kunnen vergelijken met hun niet-gesubsidieerde collega's. Naast een verschil in juridische status hebben WSW-medewerkers, in vergelijking met niet-gesubsidieerde medewerkers, in het algemeen beperkingen die van invloed zijn op de uitoefening van hun functie en worden zij, ook bij verweerder, in mindere mate aangesproken op bijvoorbeeld een lagere productiviteit dan niet-gesubsidieerde medewerkers.

5.14 Dit roept de vraag op of WSW-medewerkers, vanwege het verschil in juridische status, onverkort een beroep toekomt op de gelijk loonbepaling van de WGBH/CZ, in de zin dat zij zich ook kunnen vergelijken met niet-WSW'ers. In dit verband is allereerst van belang dat WSW'ers met een werkgever een arbeidsovereenkomst aangaan, zoals bedoeld in artikel 7:610, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (BW). Om evenwel een arbeidsovereenkomst te kunnen sluiten die valt onder het beschermingsbereik van de WSW, moet er sprake zijn van een WSW-indicatie.

5.15 Achterliggende gedachte bij de WSW is, dat personen behorend tot de doelgroep van de WSW wel in staat zijn tot regelmatige arbeid maar – door hun lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen – niet in staat zijn een plaats in het reguliere arbeidsproces te verwerven. De WSW beoogt deze personen alsnog de mogelijkheid te bieden om zelfstandig een inkomen te verwerven door het verrichten van arbeid, zij het onder aangepaste omstandigheden. Deze regeling is bedoeld om een anders onoverkomelijke achterstand op de arbeidsmarkt als gevolg van lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen weg te nemen (*Kamerstukken II* 1995/96, 24787, nr. 3, p. 23).

5.16 Met het oog op de doelstelling van de WSW, hebben de wetgever en de sociale partners aan WSW-medewerkers een sterkere rechtspositie toegekend dan aan medewerkers met een reguliere arbeidsovereenkomst. WSW-medewerkers genieten meer rechtsbescherming dan medewerkers met een reguliere arbeidsovereenkomst.

5.17 Uit het voorgaande komt naar voren dat de WSW is bedoeld als maatregel van sociaal beleid ten behoeve van een bepaalde groep gehandicapten en chronisch zieken. De WGBH/CZ staat, bij wijze van uitzondering, toe dat in het kader van sociaal beleid onderscheid wordt gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. Volgens artikel 3, eerste lid, onderdeel b, WGBH/CZ geldt het verbod van onderscheid immers niet, indien het onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte.

5.18 In dit verband is de vraag relevant of beleid als bedoeld in artikel 3 WGBH/CZ in zijn

totaliteit moet worden beoordeeld, of dat elk onderdeel van een pakket maatregelen afzonderlijk moet worden gewaardeerd op zijn positieve effect op leden van de doelgroep. De Commissie overweegt hieromtrent dat, anders dan bij de beoordeling van beloning als arbeidsvoorwaarde, het positieve effect van sociaal beleid dat de wetgever heeft willen uitzonderen van het verbod op onderscheid, in zijn totaliteit beoordeeld zal moeten worden. Immers veel van de samenstellende delen van een dergelijk pakket zullen geen voor de hand liggend equivalent hebben in een regulier arbeidsvoorwaardenpakket. De arbeidsrechtelijke positie van een WSW-medewerker wijkt dermate af van die van andere (niet-WSW-) medewerkers dat een vergelijking per onderdeel tot zeer onevenwichtige uitkomsten kan leiden. De (effecten van) maatregelen van sociaal beleid moeten daarom in hun totaliteit en niet afzonderlijk worden bezien en beoordeeld.

5.19 Ook de regering heeft bij de behandeling van het wetsvoorstel WGBH/CZ laten weten ervan uit te gaan dat bepalingen van de WSW onder de uitzondering vallen van artikel 3, eerste lid, onderdeel b, van het wetsvoorstel (*Kamerstukken I* 2002/03, 28 169, nr. 48a, p. 12). Zonder een dergelijke bepaling ware het niet mogelijk om ook in de toekomst sociaal beleid te kunnen voeren voor gehandicapten en chronisch zieken (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 31). Gezien het voorgaande ziet de Commissie geen aanleiding om bij de vraag naar gelijke beloning anders te concluderen. Verschillen in arbeidsvoorwaarden, waaronder loon, die zijn te herleiden tot de WSW, kunnen in beginsel niet worden getoetst aan het verbod van onderscheid.

5.20 De Commissie concludeert uit het bovenstaande dat WSW-medewerkers die arbeid van gelijke of nagenoeg gelijke waarde verrichten, zich voor wat betreft de arbeidsvoorwaarde beloning niet kunnen vergelijken met hun ambtelijke collega's. Verweerder handelt derhalve niet in strijd met de WGBH/CZ door verschillende arbeidsvoorwaardenregelingen toe te passen op de WSW-medewerkers en reguliere medewerkers.

6 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . jegens haar werknemers met een WSW-status geen onderscheid maakt op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de doorstroming naar een ambtelijke functie. De Commissie Gelijke Behandeling spreekt tevens als haar oordeel uit dat . . . . geen onderscheid maakt op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de beloning van WSW-medewerkers.

7 AANBEVELINGEN

Uit de door partijen ter zitting geschetste situatie blijkt dat vermoedelijk tenminste enkele WSW-medewerkers, die reeds lange tijd hun functie vervullen op een wijze die gelijkwaardig of nagenoeg gelijkwaardig is aan die van hun ambtelijke collega's, hun arbeidsrechtelijke positie omgezet zouden willen zien in een ambtelijke, terwijl zij niet het door verweerder uitgezette herindicatietraject willen volgen. Dit traject brengt immers veel onzekerheden met zich, waaronder het mogelijke verlies van de eigen functie. In de praktijk heeft dit tot gevolg dat enkele WSW-medewerkers een WSW-functie vervullen die zij even goed in regulier dienstverband zouden kunnen vervullen. Daarom kan de strikte toepassing van de herindicatie-eis van verweerder voor deze specifieke groep medewerkers in de praktijk een averechts effect hebben op de doorstroming van deze medewerkers naar reguliere arbeid. Nu het een relatief kleine groep WSW-medewerkers betreft die bovendien niet meer zal groeien, gezien de eisen die thans aan een WSW-indicatie worden gesteld, beveelt de Commissie verweerder aan om te onderzoeken of het traject voor doorstroming naar reguliere arbeid – in dezelfde functie – voor deze specifieke groep WSW-medewerkers bij wijze van uitzondering met meer garanties gepaard kan gaan.

04 | 167

21 december 2004

Artikel 7:648 BW

De voorwaarde die verweerder stelde om in aanmerking te komen voor een extra tegemoetkoming in de reiskosten levert verboden onderscheid op jegens deeltijders. Verweerder heeft jegens verzoekster geen onderscheid gemaakt op grond van geslacht.

Verweerder kende tot 1 oktober 2004 een standaard (auto)reiskostenvergoeding. Daarnaast bestond de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een extra tegemoetkoming in de reiskosten. Een werknemer diende hiervoor een OV-kaart, OV-verklaring of een stamkaart met 10 maandkaarten te overleggen. De extra vergoeding werd uitgekeerd naar rato van het aantal werkdagen per week. Verzoekster had aanspraak op drievijfde deel van de extra vergoeding. Dit was voor verzoekster zodanig ongunstig dat zij losse vervoersbewijzen kocht. Zij kwam dan evenwel niet in aanmerking voor de extra tegemoetkoming maar voor de – lagere – standaard (auto) reiskostenvergoeding. Op grond hiervan wordt geoordeeld dat sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur. De vraag die beantwoord moet worden is of dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd. De Commissie acht de door verweerder gestelde doelen, verminderen van de parkeerdruk en de minimale belasting van de administratie, legitiem en niet discriminerend. Het middel wordt geacht geschikt te zijn om de doelen te bereiken. Er is echter in ieder geval één middel dat niet, dan wel tot minder onderscheid leidt ten aanzien van deeltijders, namelijk de huidige reiskostenregeling, zoals die geldt vanaf 1 oktober 2004, van verweerder met het individuele reiskostenbudget. Het middel is dan ook niet noodzakelijk.
Ten aanzien van de vraag of verweerder onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht is vast komen te staan dat verzoekster door haar zwangerschaps- en bevallingsverlof geen persoonlijk nadeel heeft ondervonden van de betreffende reiskostenvergoedingsregeling. De Commissie oordeelt op grond hiervan dat verweerder jegens verzoekster geen onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht.
Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Geen onderscheid op grond van geslacht.
Strijd en geen strijd met de wet.

04 | 168

21 december 2004

Artikel 5 AWGB

Onderscheid op grond van godsdienst bij de beëindiging van een arbeidsverhouding niet verboden vanwege de identiteit van de onderwijsinstelling.

Verzoeker is als leerkracht verbonden aan de school van verweerster, een instelling voor bijzonder onderwijs. Verzoeker heeft verweerster laten weten dat hij zich heeft vrijgemaakt van de Gereformeerde Kerken Vrijgemaakt. Daarop heeft verweerster verzoeker ontslag aangezegd omdat hij niet langer voldoet aan de door haar gestelde functie-eis van lidmaatschap van één van de Gereformeerde Kerken Vrijgemaakt. Verzoeker meent dat verweerster hiermee onderscheid maakt op grond van godsdienst. Verzoeker stelt tevens dat verweerster geen beroep meer toekomt op de uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van godsdienst, sinds verweerster heeft besloten dat ook leden van Christelijk Gereformeerde Kerken op haar school benoembaar zijn. Daarmee heeft verweerster volgens verzoeker haar identiteit dusdanig opgerekt dat zij zich daarop niet meer kan beroepen. Ten tweede stelt verzoeker dat hij feitelijk nog steeds voldoet aan de door verweerster gestelde functie-eis.
Onder verwijzing naar het in oordeel 2000-67 door de Commissie ontwikkelde toetsingskader oordeelt de Commissie dat, gelet op het doel van verweerster, de functie-eis kan worden beschouwd als noodzakelijk voor de verwezenlijking van de grondslag van verweerster. Verzoeker betwist de consequentheid van het door verweerster gevoerde beleid. Verzoeker heeft daartoe echter uitsluitend inhoudelijke argumenten aangevoerd. Conform vaste jurisprudentie is het niet aan de Commissie om te treden in meningsverschillen over theologische leerstellingen. Omdat voor het overige de consequentheid van het door verweerster gevoerde beleid niet is betwist, stelt de Commissie vast dat verweerster zich mag beroepen op de uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van godsdienst voor identiteitsgebonden instellingen.
De tweede stelling van verzoeker treft evenmin doel nu deze feitelijk overeenkomt met zijn eerste stelling.
Geen strijd met de wet.

04 | 169

21 december 2004

Artikel 7:646 BW

Geen verboden onderscheid op grond van geslacht vanwege zwangerschap bij niet verlengen/omzetten van arbeidsovereenkomst. Wel aanbevelingen aan verweerster.

Verzoekster stelt dat aan haar is toegezegd dat ze na afloop van haar jaarcontract in vaste dienst zou komen. Nadat zij echter aan verweerster meldde dat ze zwanger was, kreeg ze na korte tijd te horen dat haar dienstverband niet zou worden voortgezet, omdat haar team werd opgeheven en er geen werk meer was voor haar.
De Commissie oordeelt dat er onvoldoende feiten zijn die naar objectieve maatstaven onderscheid kunnen doen vermoeden. Het valt verweerster wel aan te rekenen dat door haar handelen en nalaten zij onbedoeld heeft bijgedragen aan het bij verzoekster ontstane beeld dat zij vanwege haar zwangerschap niet in aanmerking zou komen voor een nieuwe arbeidsovereenkomst. De Commissie doet aanbevelingen aan verweerster.
Geen strijd met de wet.

04 | 170

21 december 2004

Artikel 5 AWGB

Geen vermoeden van onderscheid op grond van afkomst.

Verzoekers zijn van Marokkaanse afkomst. Zij zijn sinds vijf jaar bij verweerster in dienst. Verweerster is een klein familiebedrijf. De helft van het personeel is van niet-Nederlandse afkomst.
Verzoekers stellen dat de directeur van verweerster hen discriminatoir bejegent op grond van hun afkomst. Dit begon nadat zij een vaste aanstelling hadden gekregen en verergerde toen verzoekers enige tijd ziek waren geweest. De directeur zou discriminerende opmerkingen maken, niet optreden tegen het maken van seksueel getinte grappen door collega's, en hen ten onrechte hebben beschuldigd van sabotage. Op de werkvloer mocht alles behalve Arabisch worden gesproken. Alleen collega's van Nederlandse afkomst kregen een loonsverhoging. Verzoekers vermoeden dat verweerster eigenlijk alleen medewerkers van Nederlandse, althans Europese afkomst wenst, maar destijds door krapte op de arbeidsmarkt verzoekers wel moest aannemen. Verweerster bestrijdt met klem dat zij verzoekers discriminatoir bejegent vanwege hun Marokkaanse afkomst en heeft verklaringen van medewerkers overgelegd die de stellingen van verzoekers op diverse punten weerspreken. In het bijzijn van verzoekers zijn een keer seksueel getinte opmerkingen gemaakt, maar onbetwist is dat verweerster onmiddellijk heeft gereageerd op de klacht van verzoekers hierover. Een medewerker van Nederlandse en een van niet-Nederlandse afkomst hebben een loonsverhoging gekregen in verband met functieverandering.
De Commissie kan niet vaststellen wat de directeur wel of niet heeft gezegd nu partijen elkaar op dit punt weerspreken. Vast staat dat verweerster verzoekers min of meer expliciet heeft beschuldigd van sabotage. Verzoekers hebben echter geen feiten aangevoerd die een verband tussen de beschuldiging en hun afkomst kunnen doen vermoeden. Verweerster heeft de overige door verzoekers aangevoerde stellingen afdoende weerlegd. Bovendien weerspreken de overlegde verklaringen van medewerkers de door verzoekers geschetste sfeer in het bedrijf. Geen onderscheid.
Geen strijd met de wet.

04 | 171

23 december 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 5 lid 6 AWGB

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat jegens verzoeker door het hanteren van een franchise ter hoogte van 10/7e maal de AOW aan alleenstaanden.

Verzoeker, alleenstaand, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of zijn werkgever (verweerster) onderscheid op grond van burgerlijke staat maakt, door bij de pensioenberekening een franchisebedrag ter hoogte van 10/7e maal de AOW voor alleenstaanden af te trekken. De aftrek van dit franchisebedrag resulteert voor een kostwinnersrelatie in een pensioen (optelsom van de AOW en de door verweerster aangeboden pensioenregeling) van 84% van het inkomen, voor een alleenstaande 70% van het inkomen en voor een tweeverdienersrelatie 58% van het inkomen. Verzoeker is van mening dat er tussen hem en gehuwde collega's waarvan de partner geen betaalde arbeid verricht onderscheid op grond van burgerlijke staat wordt gemaakt.

De Commissie oordeelt met betrekking tot de periode voorafgaand aan 1 januari 2002, dat het verzoek niet-ontvankelijk is omdat het verbod op het maken van onderscheid op grond van burgerlijke staat tot 1 januari 2002 niet gold voor pensioenvoorzieningen.
Ten aanzien van de periode na 1 januari 2002 oordeelt de Commissie dat er geen sprake is van direct onderscheid op grond van burgerlijke staat, nu de verschillende pensioenuitkomsten niet direct samenhangen met de burgerlijke staat van de werknemers, maar met diens woon- en leefomstandigheden. Evenmin is sprake van indirect onderscheid. Indien de alleenstaanden ten opzichte van alle paren minder pensioen zouden opbouwen, zou sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Nu alleenstaanden over het algemeen ongehuwd zijn en paren voor een groot deel gehuwd, zouden ongehuwden dan in overwegende mate getroffen worden door de aftrek van de franchise en zou er daarom sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Nu er ook paren zijn die minder pensioen opbouwen, omdat beide partners werken, is de Commissie van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat ongehuwden in overwegende mate worden getroffen door de aftrek van de franchise en dat er daarom geen sprake is van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat.
Geen strijd met de wet. Deels niet ontvankelijk.

04 | 172

23 december 2004

Artikel 5 lid 1 AWGB
Artikel 5 lid 6 AWGB

Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat jegens verzoeker door het hanteren van een franchise ter hoogte van 10/7e maal de AOW aan alleenstaanden.

Verzoeker, alleenstaand, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of de pensioenverzekeraar, die de pensioenregeling van zijn werkgever uitvoert, (verweerster) onderscheid op grond van burgerlijke staat maakt, door bij de pensioenberekening een franchisebedrag ter hoogte van 10/7e maal de AOW voor alleenstaanden af te trekken. De aftrek van dit franchisebedrag resulteert voor een kostwinnersrelatie in een pensioen (optelsom van de AOW en de door verweerster aangeboden pensioenregeling) van 84% van het inkomen, voor een alleenstaande 70% van het inkomen en voor een tweeverdienersrelatie 58% van het inkomen. Verzoeker is van mening dat er tussen hem en gehuwde collega's waarvan de partner geen betaalde arbeid verricht onderscheid op grond van burgerlijke staat wordt gemaakt.
De Commissie oordeelt met betrekking tot de periode voorafgaand aan 1 januari 2002, dat het verzoek niet-ontvankelijk is omdat het verbod op het maken van onderscheid op grond van burgerlijke staat tot 1 januari 2002 niet gold voor pensioenvoorzieningen.
Ten aanzien van de periode na 1 januari 2002 oordeelt de Commissie dat er geen sprake is van direct onderscheid op grond van burgerlijke staat, nu de verschillende pensioenuitkomsten niet direct samenhangen met de burgerlijke staat van de werknemers, maar met diens woon- en leefomstandigheden. Evenmin is sprake van indirect onderscheid. Indien de alleenstaanden ten opzichte van alle paren minder pensioen zouden opbouwen, zou sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Nu alleenstaanden over het algemeen ongehuwd zijn en paren voor een groot deel gehuwd, zouden ongehuwden dan in overwegende mate getroffen worden door de aftrek van de franchise en zou er daarom sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Nu er ook paren zijn die minder pensioen opbouwen, omdat beide partners werken, is de Commissie van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat ongehuwden in overwegende mate worden getroffen door de aftrek van de franchise en dat er daarom geen sprake is van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat.
Geen strijd met de wet. Deels niet ontvankelijk.

04 | 173

23 december 2004

Artikel 3 WGB
Artikel 3 lid 1 WGB
Artikel 3 lid 2 WGB
Artikel 3 lid 3 WGB

Reservering functie voor een vrouw is geen toelaatbaar voorkeursbeleid. Bij aanbieden van vacature in strijd met wet gehandeld.

Verweerder heeft voor de functie van hoofd personeel en organisatie een vacaturetekst uitgezet waarin wordt aangegeven dat deze functie voor een vrouw is gereserveerd. Verweerder geeft aan een voorkeursbeleid te voeren binnen zijn organisatie.
Verzoeker, de ondernemingsraad, onderschrijft de wens om meer vrouwen in de organisatie te

krijgen, maar meent dat de reservering van een functie voor vrouwen in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.
De Commissie is van oordeel dat niet is voldaan aan de criteria inzake voorkeursbeleid op grond waarvan van het verbod van onderscheid mag worden afgeweken. Verweerder heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de functie te reserveren voor een vrouw.
Verweerder heeft tevens in strijd met de wet gehandeld door uit de tekst van de advertentie niet te laten blijken dat zowel mannen als vrouwen voor de betreffende betrekking in aanmerking kunnen komen en niet uitdrukkelijk de grond voor de voorkeur voor een vrouw te vermelden.
Strijd met de wet.

04 174

24 december 2004

(mr. M.M. van der Burg (voorzitter), mr. A.B. Terlouw en mr. B. Romkes)

Artikel 7 lid 1 WGBL
Artikel 8 lid 3 WGBL

Verplichte beschikbare premieregeling, waarbij de werknemersbijdrage 40% van de gestaffelde premie bedraagt in strijd met de WGBL. Vrijwillige aanvullende beschikbare premieregeling, waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de beschikbare premie uit de basisregeling aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel niet in strijd met de WGBL.

Verzoekster, een pensioenverzekeraar, heeft de Commissie verzocht om een oordeel over de vraag of de twee door haar voorgelegde beschikbare premieregelingen in strijd met de WGBL zijn.
De eerste regeling is een voor de werknemers verplichte beschikbare premieregeling, waarbij de eigen bijdrage van de werknemer 40% bedraagt van de fiscaal optimale staffel uit het Staffelbesluit. De Commissie oordeelt dat deze leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. In het kader van de vraag of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is, heeft de Commissie de vier door verzoeker aangevoerde doelen in relatie tot het middel onderzocht en is zij tot het oordeel gekomen dat deze geen objectieve rechtvaardiging kunnen vormen voor het gemaakte onderscheid. De verplichte beschikbare premieregeling, waarbij een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage wordt gevraagd, is derhalve in strijd met de WGBL.
De tweede regeling is een vrijwillige beschikbare premieregeling, in aanvulling op de basisregeling, waarbij een leeftijdsafhankelijke premie wordt gevraagd van de werknemer. De Commissie oordeelt dat met het vragen van een leeftijdsafhankelijke premie onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Ten aanzien van de vraag of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is, wordt geoordeeld dat het doel van het onderscheid, het bewerkstelligen dat werknemers, naarmate zij ouder worden, voldoende mogelijkheden behouden om door middel van vrijwillig bijsparen tot de opbouw van een adequaat pensioen te komen, legitiem is. Het vragen van een leeftijdsafhankelijke premie is een passend middel. Aangezien niet is gebleken dat er een alternatief middel bestaat waarmee geen of minder onderscheid wordt gemaakt en waarmee het doel eveneens kan worden bereikt en het middel vanwege de vrijwilligheid in evenredige verhouding tot het doel staat, is het middel noodzakelijk. Het onderscheid in de vrijwillige aanvullende regeling is derhalve objectief gerechtvaardigd en daarom niet in strijd met de WGBL.
Wel en geen strijd met de wet.

1 PROCESVERLOOP

1.1 Bij de voornoemde verzoekschriften heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of de hierna genoemde door haar aangeboden pensioenregelingen op basis van een beschikbare premie in strijd zijn met de op 1 mei 2004 in werking getreden Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).
Het gaat om de volgende pensioenregelingen:
1) een beschikbare premieregeling, waarbij de werknemersbijdrage 40% van de gestaffelde premie bedraagt (regeling 1);
2) een vrijwillige beschikbare premieregeling, ter aanvulling op een verplicht gestelde pensioenregeling, waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de premie aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel (regeling 2).

1.2 Op 15 juni 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar verzoekster haar verzoeken en standpunten mondeling heeft toegelicht.

1.3 Na de zitting is besloten het oordeel over de twee regelingen aan te houden en een nader onderzoek in te stellen. Deze beslissing is

opgenomen in tussenoordeel CGB 13 augustus 2004, oordeel 2004-103.

1.4 In het kader van het nadere onderzoek heeft de Commissie een deskundige, prof. dr. E. Lutjens (hierna: de deskundige), op 5 augustus 2004 verzocht om een advies. De deskundige heeft op 31 augustus 2004 een rapport uitgebracht (dat als bijlage bij dit oordeel is opgenomen). Verzoekster is in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op dit rapport. Op 20 oktober 2004 heeft de Commissie deze reactie ontvangen.

1.5 Op 29 november 2004 heeft de Commissie opnieuw een zitting gehouden waar verzoekster haar reactie op het deskundigenrapport mondeling heeft toegelicht en waar zij in de gelegenheid is gesteld de deskundige mondeling vragen te stellen.

2 TOELICHTING EN MOTIVERING VAN HET VERZOEK

2.1 Verzoekster acht regeling 1 om de hierna volgende redenen objectief gerechtvaardigd in de zin van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL.

2.2 Als de werkgever een gestaffelde premie beschikbaar stelt, is de eigen bijdrage van de werknemer, als deze moet bestaan uit een percentage van de pensioengrondslag, een steeds hoger percentage van de totale beschikbare premie naarmate de werknemer jonger is. Het kan zelfs zo zijn dat de premie volledig voor rekening van de werknemer komt. Hierdoor wordt de kans dat jongere werknemers afstand doen van hun pensioen groter. In reactie op hetgeen de deskundige stelt in zijn rapport, te weten dat de werkgever deelname aan de pensioenregeling contractueel kan verplichten, merkt verzoekster op dat de mogelijkheid om afstand te doen van pensioen past binnen het karakter van de beschikbare premieregeling. De beschikbare premieregeling kenmerkt zich namelijk door de keuzemogelijkheden die aan werknemers worden geboden.

2.3 Ook zou een dergelijke regeling betekenen dat het pensioen voor de werkgever geen echt middel meer zou zijn om werknemers aan zich te binden. Omdat de regeling nadelig is voor jonge werknemers zal de pensioenregeling juist voor hen geen reden zijn om zich aan de werkgever gebonden te achten.

2.4 De werkgeversbijdrage krijgt bij een gestaffelde pensioentoezegging, waarbij de werknemersbijdrage bestaat uit een percentage van de pensioengrondslag, een steiler verloop. Omdat werkgevers nu al vinden dat ze voor oudere werknemers teveel premie moeten betalen, is het gevolg hiervan dat de drempel voor de werkgever om oudere mensen in dienst te nemen hoger wordt casu quo de behoefte om oudere werknemers voortijdig te laten afvloeien groter wordt.

2.5 Verder heeft het vragen van een eigen bijdrage, die bestaat uit een bepaald percentage van de beschikbare premie, ook tot doel het voorkomen dat de beschikbare premieregeling voor werkgevers zo onaantrekkelijk wordt, dat zij zullen afzien van deze vorm van pensioenregeling. Het voordeel van een beschikbare premieregeling ten opzichte van een salarisdiensttijdregeling, een eind- of middelloonregeling, is dat bij een beschikbare premieregeling meer keuzemogelijkheden kunnen worden geboden. Bij een eind- of middelloonregeling is het aantal keuzemogelijkheden veel beperkter. Ook is de beheersbaarheid van de kosten voor de werkgever een kenmerk van de beschikbare premieregeling. Deze unieke kenmerken van de beschikbare premieregeling zullen verdwijnen als wordt afgezien van deze pensioenregeling.

2.6 Desgevraagd heeft verzoekster verklaard dat haar niet bekend is hoe werknemers tegenover een beschikbare premieregeling staan. Zij vermoedt dat werknemers de voorkeur hebben voor een eindloonregeling, maar kan hier niet met zekerheid uitsluitsel over geven, aangezien iedere regeling voor- en nadelen heeft.

2.7 Verzoekster acht regeling 2 om de volgende redenen objectief gerechtvaardigd in de zin van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL. Zij plaats deze redenen tevens als kanttekeningen bij het oordeel 2004-51 van de Commissie (CGB 17 mei 2004, oordeel 2004-51). Dit oordeel heeft betrekking op vrijwillige aanvullende pensioenregelingen in de vorm van een beschikbare premieregeling, waarbij de werknemers de mogelijkheid wordt geboden de premie aan te vullen tot 100% van de maximale staffel volgens het Staffelbesluit.

2.8 Het doel van de leeftijdsafhankelijke premie bij de vrijwillige regeling is het voorkomen dat de mogelijkheden, om door middel van bijsparen alsnog tot de opbouw van een

adequaat pensioen te komen, afnemen naarmate de werknemer ouder wordt.
De bijspaarruimte in vrijwillige regelingen wordt door het hiervoor genoemde oordeel 2004-51 van de Commissie beperkt tot de bijspaarruimte van werknemers in de jongste leeftijdsgroep. Dit zal betekenen dat de mogelijkheden, om door middel van bijsparen alsnog tot de opbouw van een adequaat pensioen te komen, afnemen naarmate de werknemer ouder wordt. Verzoekster vraagt zich af wiens belang hiermee is gediend.

2.9 Indien bij de vrijwillige regeling leeftijdsonafhankelijke tarieven zouden worden gehanteerd, is het niet reëel om te veronderstellen dat een jonge werknemer bereid zou zijn vrijwillig een bijspaarpremie te betalen die vele malen hoger ligt dan de premie die nodig zou zijn om dezelfde voorziening in de lijfrentesfeer in te kopen. Het gevolg van een dergelijke regeling zal antiselectie zijn, waarbij slechts de oudere werknemers zullen willen deelnemen aan de vrijwillige regeling. De solidariteit tussen jongeren en ouderen die van een vrijwillige regeling met leeftijdsonafhankelijke tarieven wordt gevergd, is veel groter dan de solidariteit tussen mannen en vrouwen bij geslachtsonafhankelijke tarieven en deze vergelijking is derhalve onjuist.

2.10 De vraag of de vrijwillige regeling niet de vorm van een middelloonregeling zou kunnen hebben, beantwoordt verzoekster als volgt.
In de praktijk wordt een bijspaarmodule meestal aangeboden in de vorm van een beschikbare premieregeling. De achtergrond hiervan is de flexibiliteit voor wat betreft de omvang van de premiestorting, maar ook de mogelijkheid om zelf te bepalen in welke fondsen die premie wordt belegd en welk pensioen er met die premie wordt aangekocht. Omdat de bijspaarpremie veelal volledig voor rekening van de werknemer komt, is het voor de werknemer van groot belang dat hij de premie naar eigen keuze kan besteden. Bij een middelloonregeling is dat slechts beperkt mogelijk.

3 BEOORDELING VAN HET VERZOEK

3.1 Ter beantwoording ligt de vraag voor of verzoekster in strijd met de WGBL handelt indien zij de volgende pensioenregelingen zou uitvoeren:
- Regeling 1: Een beschikbare premieregeling, waarbij de beschikbare premie oploopt naarmate een werknemer ouder wordt en waarbij de werknemersbijdrage 40% van deze gestaffelde premie bedraagt.
- Regeling 2: Een vrijwillige beschikbare premieregeling, ter aanvulling op een verplicht gestelde pensioenregeling, waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de premie aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel.

Regeling 1

3.2 Zoals de Commissie reeds eerder heeft geoordeeld, wordt bij het vragen van een eigen bijdrage die bestaat uit een percentage van de (met de leeftijd oplopende) beschikbare premie direct onderscheid op grond van leeftijd gemaakt (CGB 17 mei 2004, oordeel 2004-51 en CGB 17 mei 2004, oordeel 2004-52).

3.3 Ingevolge het bepaalde in artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL kan het maken van onderscheid op grond van leeftijd onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dienen feiten te worden aangedragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid geen strijd op met de WGBL.

3.4 De eigen bijdrage als percentage van de beschikbare premie heeft vier doelen:
1. Het binden van werknemers aan de werkgever.
2. Het voorkomen dat jongere werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw.
3. Het voorkomen dat oudere werknemers minder snel worden aangenomen of sneller moeten afvloeien.

4. Het voorkomen dat werkgevers zullen afzien van de beschikbare premieregeling als pensioenvoorziening.

De vier genoemde doelen zullen hieronder apart worden behandeld.

3.5 De Commissie oordeelt dat het eerste doel, het binden van werknemers aan de werkgever, een legitiem doel is aangezien dit voldoet aan een werkelijke behoefte van de werkgever en het doel geen discriminerend oogmerk heeft.

3.6 Het middel, regeling 1, is geschikt om dit doel te bereiken aangezien niet is uitgesloten dat een lagere eigen bijdrage voor de opbouw van een pensioenvoorziening voor de werknemer (mede) een reden kan zijn om bij de werkgever in dienst te blijven.

3.7 Ten aanzien van de vraag of het middel noodzakelijk is overweegt de Commissie dat het binden van werknemers aan de werkgever op vele manieren kan worden bereikt. Zo zullen aantrekkelijke (secundaire) arbeidsvoorwaarden, waaronder een pensioen, en een prettige werkomgeving voor werknemers een reden zijn om bij een werkgever te blijven werken. De Commissie acht het niet aannemelijk dat dit doel alleen kan worden bereikt door regeling 1 te handhaven en is daarom van oordeel dat het middel niet noodzakelijk is om het doel te bereiken.

3.8 Het eerste doel kan derhalve niet leiden tot een objectieve rechtvaardiging van de onderscheid makende regeling 1.

3.9 Het tweede doel, het voorkomen dat werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw, is een legitiem doel. Het doel is voldoende zwaarwegend en heeft geen discriminerend oogmerk.

3.10 De Commissie acht het middel passend om het doel te bereiken, aangezien het betalen van een lagere eigen bijdrage aan de opbouw van de pensioenvoorziening door een werknemer minder aanleiding voor hem zal kunnen zijn om af te zien van een pensioenregeling.

3.11 Zoals de deskundige in zijn rapport stelt in 5.4 kan een werkgever ook met een ander middel voorkomen dat werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw. Een werkgever kan de deelname in de pensioenregeling contractueel verplichten, waardoor het onmogelijk wordt om afstand te doen. Nu met dit alternatieve middel geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt terwijl het doel hiermee eveneens kan worden bereikt, is het middel niet noodzakelijk.

3.12 Overigens is het daarnaast, voor de beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel, relevant of (jonge) werknemers daadwerkelijk zullen afzien van een beschikbare premieregeling waarbij zij een groot percentage van de totale beschikbare premie zelf moeten betalen. Werknemers zullen het opbouwen van pensioen over het algemeen van belang vinden. Er zijn geen argumenten aangevoerd door verzoekster waaruit blijkt dat een werknemer in bijvoorbeeld de lijfrentesfeer tegen een lagere premie dezelfde voorziening zal kunnen inkopen en daardoor een pensioen in de lijfrentesfeer zal verkiezen boven het door de werkgever geboden pensioen, ook al zal een groot gedeelte van de premie door henzelf moeten worden betaald. Op grond hiervan oordeelt de Commissie dat het middel waarbij onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt (regeling 1), niet in evenredige verhouding staat tot het doel, het voorkomen dat (jonge) werknemers afstand zullen doen van hun pensioen. Het middel is daarom niet noodzakelijk.
Het tweede doel kan derhalve evenmin leiden tot een objectieve rechtvaardiging van de onderscheid makende regeling 1.

3.13 De Commissie acht het derde doel, het voorkomen dat oudere werknemers niet worden aangenomen casu quo eerder moeten afvloeien, legitiem. Met dit doel wordt voldaan aan een werkelijke behoefte, het doel is voldoende zwaarwegend en er ligt geen discriminerend oogmerk aan ten grondslag.

3.14 Aangenomen kan worden dat de werkgever met het middel, regeling 1, minder kosten ten behoeve van oudere werknemers hoeft te maken dan met een regeling waarbij de eigen bijdrage is gebaseerd op een percentage van de pensioengrondslag. Hierdoor zal het voor de werkgever aantrekkelijker kunnen zijn om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. Het voorkomen dat een oudere werknemer wordt benadeeld doordat hij niet wordt aangenomen of eerder moet afvloeien, is, zoals in 3.13, overwogen een legitiem doel. De Commissie acht een middel waarbij oudere werknemers op een andere wijze worden benadeeld, in casu

door een met de leeftijd oplopende werknemersbijdrage, echter niet geschikt om dit doel te bereiken. Het derde doel kan evenmin leiden tot een objectieve rechtvaardiging voor de onderscheid makende regeling 1.

3.15 Ten aanzien van het vierde doel wordt het volgende overwogen.
Een beschikbare premieregeling heeft, zoals door de deskundige is geformuleerd en ook door verzoekster is verklaard (zie onder 2.6), voor- en nadelen voor werkgevers en werknemers. Voordelen zijn bijvoorbeeld de budgettaire kostenbeheersing voor werkgevers en de flexibiliteit en keuzemogelijkheden voor werknemers. Een belangrijk nadeel voor de werknemer is dat er onzekerheid bestaat over het uiteindelijke pensioen, nu er geen gegarandeerde uitkering wordt toegezegd. De vraag of een werknemer de voorkeur heeft voor een beschikbare premieregeling boven een salarisdiensttijdregeling zal afhangen van de economische omstandigheden en de inschatting van de te behalen rendementen. Ook een salarisdiensttijdregeling heeft voor- en nadelen voor werkgevers en werknemers.
Een beschikbare premieregeling geniet niet per definitie de voorkeur boven een salarisdiensttijdregeling. De Commissie acht het doel, het voorkomen dat werkgevers afzien van een beschikbare premieregeling, dan ook onvoldoende zwaarwegend om het onderscheid op grond van leeftijd dat door regeling 1 wordt gemaakt te kunnen rechtvaardigen.

3.16 Op grond van de overwegingen onder 3.5 tot en met 3.15 wordt geconcludeerd dat regeling 1 niet objectief is gerechtvaardigd en dat deze regeling derhalve in strijd is met de WGBL.

Regeling 2

3.17 Zoals de Commissie reeds eerder heeft overwogen, is ook een vrijwillige beschikbare premieregeling een arbeidsvoorwaarde indien deze vrijwillige regeling slechts openstaat voor werknemers (CGB 17 mei 2004, oordeel 2004-51). Ook bij een vrijwillige pensioenregeling geldt derhalve dat er tussen werknemers geen onderscheid op grond van leeftijd mag worden gemaakt, tenzij de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL van toepassing is of het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

3.18 Bij de staffel uit het Staffelbesluit is het verschil in beschikbare premies terug te voeren op actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening is gehouden, zodat daarmee voor alle leeftijdscategorieën een zelfde pensioen wordt bereikt. De hoogte van de premie die een werknemer echter in de vrijwillige regeling moet betalen, is afhankelijk van de premie die de werkgever in de basisregeling beschikbaar stelt, de aanvulling die hij daarnaast aan werknemers biedt en of de werkgever al dan niet een bijdrage levert aan de aanvullende regeling. De hoogte van de premie voor de werknemers in de aanvullende regeling en de verschillen in de premies voor de diverse leeftijdsgroepen zijn daarom in zijn algemeenheid niet slechts terug te voeren op actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening is gehouden, maar zijn afhankelijk van de keuzes van de werkgever. De aanvullende regeling valt daarom niet onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL.

3.19 Uit het bovenstaande volgt dat bij de leeftijdsafhankelijke premies in het algemeen onderscheid op grond van leeftijd in de zin van de WGBL wordt gemaakt. Het maken van onderscheid op grond van leeftijd kan echter objectief gerechtvaardigd zijn onder bepaalde omstandigheden (zie onder 3.3).

3.20 Het doel van de leeftijdsafhankelijke premie voor werknemers in een vrijwillige beschikbare premieregeling is om te bewerkstelligen dat werknemers, naarmate zij ouder worden, voldoende mogelijkheden behouden om door middel van vrijwillig bijsparen tot de opbouw van een adequaat pensioen te komen.

3.21 De Commissie oordeelt dat het doel voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend is en daarmee legitiem.

3.22 Het middel is passend, aangezien met de aanvullende pensioenregeling een adequaat pensioen kan worden opgebouwd.

3.23 Ten aanzien van de vraag of het middel noodzakelijk is, in de zin dat er geen ander middel bestaat waarbij geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt en waarmee toch het doel kan worden bereikt, strekken de volgende overwegingen.

3.24 Verzoekster heeft gesteld, en de deskundige heeft dit in zijn rapport bevestigd, dat een leeftijdsonafhankelijke premie bij een aanvullende regeling wel mogelijk is, maar

dat dit zal leiden tot een lage uniforme premie, omdat de hoogte van die premie wordt beperkt door de fiscale staffels. Door dit lage percentage zal een werknemer naarmate hij ouder wordt steeds minder pensioen kunnen verwerven. De Commissie is daarom van mening dat met een leeftijdsonafhankelijke premie bij een vrijwillige aanvullende beschikbare premieregeling, het doel van het opbouwen van een adequaat pensioen niet kan worden bereikt. Derhalve is dit alternatief geen in de praktijk te hanteren middel.

3.25 De deskundige heeft desgevraagd verklaard dat er mogelijkheden zijn voor een vrijwillige aanvullende regeling, waarbij zowel de door de werknemer betaalde premie, als de pensioenuitkering voor alle leeftijdsklassen gelijk is. Dit zou mogelijk zijn door het hanteren van leeftijdsonafhankelijke tarieven. Zowel verzoekster als de deskundige hebben daarbij echter de kanttekening geplaatst dat dit een erg groot beroep op solidariteit zou vergen. Dit zou betekenen dat een jonge werknemer actuarieel te weinig pensioenaanspraken zal verwerven voor de door hem betaalde premie. Dit zal er volgens verzoekster toe leiden dat jonge werknemers afzien van de vrijwillige regeling en hun pensioen liever in de lijfrentesfeer zullen willen verzekeren, waardoor dit zou leiden tot antiselectie.
Vanwege de genoemde grote solidariteit en de vermoedelijke antiselectie die daarvan het gevolg zal zijn, acht de Commissie het hanteren van leeftijdsonafhankelijke tarieven geen reëel alternatief voor regeling 2.

3.26 Ten aanzien van de vraag of een vrijwillige voorziening in de vorm van een middelloonregeling met gelijke premies en gelijke uitkeringen voor alle leeftijdsgroepen een alternatief zou kunnen zijn, overweegt de Commissie dat ook bij deze regeling de solidariteit tussen jong en oud groot zal zijn. Weliswaar is deze solidariteit, zoals de deskundige heeft verklaard, minder zichtbaar, maar het is niet uitgesloten dat de hoge solidariteit ook bij deze regeling zal leiden tot de situatie dat jonge werknemers niet willen deelnemen aan de vrijwillige regeling. Verder heeft de deskundige nog verklaard dat een vrijwillige aanvullende middelloonregeling nog een aantal praktische bezwaren kent. De vraag zou namelijk hierbij kunnen rijzen hoeveel flexibiliteit de werknemer heeft om jaarlijks de omvang van zijn premiestorting te bepalen. In een beschikbare premieregeling is dat vanwege de aard van de regeling vrij gemakkelijk te realiseren. In een middelloonregeling zal dat eventueel realiseerbaar zijn indien zou kunnen worden geopteerd voor wisselende opbouwpercentages en daarvan afgeleide premies. De praktische uitvoerbaarheid van gelijke (niet naar leeftijd gedifferentieerde) premies en uitkeringen lijkt dan echter volgens de deskundige in de knel te komen. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat ook een middelloonregeling geen alternatief is om het doel te bereiken.

3.27 Naast de hiervoor beschreven subsidiariteittoets dient voor de beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel ook de vraag te worden beantwoord of het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. De Commissie is van oordeel dat het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel, nu het betalen van de leeftijdsafhankelijke premie door werknemers geschiedt op basis van vrijwilligheid. Zij worden niet verplicht om op hogere leeftijd een groot gedeelte van hun inkomen te spenderen aan hun pensioenpremie, maar kunnen zelf de afweging maken of zij willen bijsparen.

3.28 Nu niet is gebleken dat er voor de leeftijdsafhankelijke premies bij een vrijwillige aanvullende beschikbare premieregeling een alternatief middel bestaat dat geen onderscheid maakt, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel, oordeelt de Commissie dat het middel noodzakelijk is.

3.29 Op grond van het bovenstaande is het onderscheid op grond van leeftijd dat wordt gemaakt, door het hanteren van leeftijdsafhankelijke premies bij een vrijwillige beschikbare premieregeling, objectief gerechtvaardigd en niet in strijd met de WGBL.

4 OORDEEL

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . :

- in strijd met de WGBL handelt, indien zij een beschikbare premieregeling uitvoert waarbij de werknemersbijdrage 40% van de gestaffelde premie bedraagt;
- niet in strijd met de WGBL handelt, indien zij een vrijwillige aanvullende beschikbare premieregeling uitvoert waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de beschikbare premie uit de basisregeling aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel.

BIJLAGE

ADVIES Beschikbare premieregelingen en leeftijdonderscheid

Aan: Commissie Gelijke Behandeling – CGB
Van: Prof. dr. E. Lutjens, Vrije Universiteit Amsterdam
D.d.: 31 augustus 2004.

Inleiding

Bij brief van 5 augustus 2004, zoals gecorrigeerd bij brief van 23 augustus 2004, hebt u mij ter advisering enige vragen voorgelegd met betrekking tot pensioenregelingen van het type beschikbare premieregeling – hierna: BPR – en de invloed van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. De vragen bespreek ik hieronder.

1 Vraag 1a en 1b: is het verschil in premie voor leeftijdcohorten volgens het fiscale Staffelbesluit terug te voeren op actuariële berekeningen, waarbij met leeftijd rekening is gehouden teneinde een zelfde pensioenaanspraken te realiseren en geldt dit zowel wanneer een rekenrente van 4%, als wanneer een rekenrente van 3% of 2% is gehanteerd?

1.1 Deze vraag komt voort uit artikel 8, tweede lid, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid – hierna: WGBL – waarin is bepaald dat het verbod van onderscheid – zoals bedoeld in de WGBL – niet van toepassing is op 'actuariële berekeningen' bij pensioenvoorzieningen 'waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden'.

1.2 Actuariële berekeningsfactoren zijn divers. Het betreft de elementen die voor de berekening van de hoogte van de premie en de uitkering in een pensioenvoorziening in aanmerking worden genomen. Die berekening is wiskundig – of anders gezegd: actuarieel – van aard en wordt (gewoonlijk) uitgevoerd en normaal gesproken in ieder geval gecontroleerd door een actuaris. De meest gehanteerde actuariële berekeningsfactoren zijn te verdelen in drie groepen:
– rekenrente;
– kansstelsels zoals met name: sterftekansen, arbeidsongeschiktheids- en revalidatiekansen, frequenties van gehuwd zijn, soms ook toekomstige salarisontwikkeling of indexatiebeleid, en ook (aanvangs)leeftijd;
– kostenopslagen.

1.3 Voor verzekeraars geldt dat zij 'toereikende technische voorzieningen' moeten aanhouden en deze op 'adequate wijze' moet vaststellen (artikel 66 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, hierna: Wtv). Dit geldt voor onder de Wtv vallende levensverzekeraars die op de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) gebaseerde pensioentoezeggingen uitvoeren. Dergelijke pensioentoezeggingen vallen als arbeidsvoorwaarde onder de regels van de WGBL.
De interpretatie van (onder meer) artikel 66 Wtv is door de toezichthouder, de Pensioen- & Verzekeringskamer (PVK) gegeven in de zogenaamde 'actuariële principes leven'. De PVK hanteert hierbij ook de driedeling in rekenrente, kanssystemen en kostenopslagen.
Voor pensioenfondsen gelden eigen actuariële principes. De actuariële principes zullen – binnen afzienbare termijn – vervangen worden door een Financieel ToetsingsKader (FTK). Voor het begrip van actuariële berekeningselementen zal dit FTK geen wijziging meebrengen.

1.4 De rekenrente is de factor waarbij feitelijk geanticipeerd wordt op de te verwachten rendementen, oftewel de (veronderstelde) beleggingsopbrengsten op de (toekomstige) premies. Een groot actuariskantoor in Nederland geeft de volgende omschrijving van het begrip rekenrente: 'Fictief rendementspercentage dat het belegde pensioenvermogen wordt geacht op te brengen in de toekomst. Bij de berekening van contante waarden van toekomstige betalingen wordt van dit rendementspercentage uitgegaan'. Het betreft zo omschreven dus het rendementspercentage. Dat zegt nog niets over de periode waarover dit percentage gegenereerd zal (kunnen) worden.

1.5 De staatssecretaris van Financiën heeft bij Besluit van 28 april 2003, nr. CPP2003/308M, uniform toepasbare beschikbarepremiestaffels voor verschillende pensioensoorten gepubliceerd (hierna te noemen: het Staffelbesluit). Het Staffelbesluit beoogt een vereenvoudiging voor de praktijk en de fiscale autoriteiten te bewerkstelligen. Immers zo zegt de toelichting op het Staffelbesluit: 'De intredeleeftijd van de werknemer, het pensioengevend loon, de AOW-franchise, de toegezegde pensioensoorten en de pensioeningangsdatum van de regeling zijn bepalende factoren voor een staffel. Zoals ook tijdens de parlementaire behandeling van de Wet fiscale behandeling van pensioenen is aangegeven, zouden tientallen

beschikbare-premiestaffels ontstaan indien bij het samenstellen van staffels met deze individuele factoren rekening wordt gehouden'. En voorts: 'Op deze wijze wordt de praktijk een handreiking geboden om ter zake van collectieve regelingen een uniform toepasbare beschikbare-premiestaffel te hanteren waarbij een ruimte wordt geboden die voor alle werknemers binnen de begrenzingen van de Wet LB blijft. De staffels moeten worden beschouwd als een collectief toepasbare richtlijn, waarvan in individuele omstandigheden kan worden afgeweken indien aannemelijk kan worden gemaakt dat in het individuele geval een andere staffel dient te worden toegepast'.

1.6 Het Staffelbesluit betreft een uitwerking van de wettelijke uitgangspunten, die onder meer inhouden dat in een BPR de premie 'actuarieel' wordt vastgesteld 'per leeftijdklasse van ten hoogste vijf jaren' en dat een rekenrente in aanmerking wordt genomen van 'ten minste vier procent' (artikel 18a, lid 3 Wet op de loonbelasting, hierna Wet LB). De verwijzing naar leeftijdklassen is gebaseerd op de mogelijkheid om de premie te laten wijzigen (stijgen) met de leeftijd van de werknemer, waarover hieronder nog nader.

1.7 Overigens is er geen fiscale noodzaak om de premie met de leeftijd te laten stijgen. Zoals de toelichting op het Staffelbesluit ook expliciteert mag een gelijkblijvende premie worden vastgesteld: 'Bij een beschikbare-premieregeling mag de premie voor alle jaren gelijk zijn of gebaseerd zijn op een vast percentage van de pensioengrondslag. Voorwaarde is dat de premie maximaal gelijk is aan de laagste premie of het laagste premiepercentage dat in een fiscaal zuivere staffel is toegestaan. In dat geval leidt de vaste premie of het vaste premiepercentage op zich niet tot een onzuivere pensioenregeling. Voor 15- tot en met 19-jarigen mag het premiepercentage voor 20- tot en met 24-jarigen worden gehanteerd'. De opmerking omtrent de laagste premie valt terug te voeren op de norm van een fiscaal maximaal pensioen, waarbij de het wettelijk uitgangspunt is dat de premie afgestemd is op een pensioen van (niet meer dan) 70% van het laatste loon (eindloon) na 35 jaren opbouw (artikel 18a, lid 3, Wet LB). Deze 70% norm bij 35 dienstjaren is door de wetgever een maatschappelijk aanvaard pensioenniveau bevonden.
Evenmin als het fiscaal noodzakelijk is de premie met de leeftijd te laten stijgen, is er geen fiscale noodzaak om de premie te laten stijgen met de trend die uit het Staffelbesluit voortvloeit. Een minder 'steile' (of afgetopte) stijging van de premie per leeftijdklasse (zie omtrent leeftijdklassen punt 1.10 en volgende) is fiscaal toegestaan. Ook uit de PSW vloeit mijns inziens geen beperking voort wat betreft een minder 'steile' stijging. Artikel 7a PSW verplicht tot een ten minste tijdsevenredige financiering van pensioenen en daar is aan voldaan in geval van een afgetopte stijging.

1.8 Om uitgaande van de norm van 70% bij 35 dienstjaren een uniform model neer te leggen, geeft het Staffelbesluit als gezegd een premie niet geënt op het eindloonmodel – hetgeen het wettelijk uitgangspunt is –, maar op het middelloonmodel. De spiegeling aan het middelloonmodel betekent dat in overeenstemming met de Wet LB uitgegaan mag worden van een jaarlijkse opbouw voor het ouderdomspensioen van 2,25% per dienstjaar (die 2,25% is gegeven in artikel 18a, lid 2 Wet LB als het maximum van het ouderdomspensioen per dienstjaar in een middelloonstelsel).

1.9 Het Staffelbesluit gaat uit van een rekenrente van 4%. Dit is in overeenstemming met de laagst toelaatbare rekenrente op grond van artikel 18a, lid 3 Wet LB.

1.10 Het Staffelbesluit is geënt op leeftijdklassen van 5 jaar. Artikel 18a, lid 3 Wet LB kent als gezegd het uitgangspunt dat er met leeftijdsklassen van ten hoogste 5 jaren wordt gewerkt.

1.11 In de wetsgeschiedenis (van de Wet fiscale behandeling van pensioenen , waarbij artikel 18a Wet LB werd ingevoerd) zijn die leeftijdsklassen als volgt toegelicht: 'Om het pensioenresultaat in een beschikbaarpremiestelsel overeen te laten komen met het resultaat dat in een eindloonregeling zou zijn bereikt, moet voor de bepaling van het af te storten bedrag rekening worden gehouden met een groot aantal te verwachten ontwikkelingen die invloed zullen hebben op de te verwachten uitkeringen. Voor zover nodig worden die grondslagen hier verder toegelicht.
a. Met het oplopen van de leeftijd zal de gestorte premie minder opbrengsten genereren omdat de periode van storten tot de pensioeningangsdatum korter is. Daarom zal de beschikbare premie per leeftijdsklasse oplopen. Het is omwille van de eenvoud toegestaan leeftijdsklassen vast te stellen van ten hoogste vijf jaren. De per

leeftijdsklasse te bepalen beschikbare premie wordt afgestemd op de gemiddelde leeftijd in de klasse' (waarna onder b en c de veronderstelling omtrent salarisstijging en rekenrente worden toegelicht) .

1.12 Het Staffelbesluit kent een met de wet overeenkomende indeling van leeftijdklassen. Daar ligt dezelfde gedachte aan ten grondslag als hierboven uit de wetsgeschiedenis aangehaald. Het Staffelbesluit kent op het punt van de leeftijdklassen ook geen afwijking of invulling van de wettelijke uitgangspunten; die invulling geeft het Staffelbesluit slechts door de spiegeling aan het middelloonresultaat in plaats van het eindloonresultaat. De veronderstelling omtrent het genereren van minder inkomsten bij een storting dichter bij de pensioendatum, geldt dan ook overeenkomstig bij het Staffelbesluit.

1.13 Het is dit aspect – ik bedoel: het minder opbrengst genereren naarmate de beleggingsperiode korter is – dat in de memorie van toelichting bij de WGBL ook is aangehaald ter verklaring van de uitzondering in artikel 8, lid 3 WGBL ter zake van actuariële berekeningen: 'Bij de berekening van premies en koopsommen die nodig zijn om pensioenen te financieren wordt gebruik gemaakt van grondslagen van de actuariële techniek. Leeftijd vormt daarbij een belangrijke grondslag in de vorm van levens- en sterftekansen en de gemiddelde levensduur. De kosten van een pensioenvoorziening zijn mede afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer. De opbouw van pensioen is duurder naarmate men ouder is, want hoe ouder men is hoe korter de ingelegde premies kunnen renderen, dus hoe hoger de premies moeten zijn om toch tot een zelfde uitkomst voor alle deelnemers te kunnen komen'.

Conclusie vraag 1

1.14 Gezien het bovenstaande zou ik menen dat geconcludeerd kan worden dat de leeftijd van de werknemer één van de actuariële factoren is voor de berekening van de hoogte van de premie in een BPR binnen het Staffelbesluit. Het verschil in premie tussen de leeftijdklassen is daarop terug te voeren. De leeftijd is hierbij wel de bepalende factor die een verschil in premies voor de verschillende (groepen van) werknemers veroorzaakt.

1.15 De te hanteren rekenrente is hierbij irrelevant. Rekenrente en leeftijdklassen zijn twee te onderscheiden elementen bij de actuariële berekeningsfactoren. Dus ongeacht de rekenrente zijn de leeftijdklassen het gevolg van actuariële berekeningsfactoren waarbij met leeftijd is rekening gehouden.

1.16 Niettemin kan gesignaleerd worden dat de rekenrente in zoverre relevant kan zijn, wanneer de rekenrente volgens het Staffelbesluit afwijkt van de rekenrente die de verzekeringsmaatschappij hanteert binnen het kader van de tariefstelling voor de pensioenverzekering. De rekenrente voor de tariefstelling is – mede gezien de Actuariële principes Leven – veelal 3%. Indien conform het Staffelbesluit een rekenrente van 4% wordt gehanteerd voor het berekenen van de fiscaal toegestane premie, terwijl de tariefstelling een rekenrente kent van 3%, zou dit op de pensioendatum tot een verschil in uitkomsten kunnen leiden tussen werknemers in verschillende leeftijdklassen. Hetzelfde is mogelijk het geval bij een fiscale rekenrente van 2% en een tariefstellingsrekenrente van 3%. Actuariële berekeningen zouden dit desgewenst inzichtelijk kunnen maken.

1.17 Hierbij meen ik nog aanvullend er op te moeten wijzen dat het Staffelbesluit, noch de Wet LB, noch de PSW, een bijdrage van de werkgever aan de premiebetaling voor een pensioenvoorziening voorschrijven. Een pensioenvoorziening die uitgaat van een 100%-werknemerspremie is derhalve rechtsgeldig. Juist bij de vrijwillige pensioenverzekeringen (zie nader daarover onder punt 4 hieronder) komt de 100%-werknemerspremie – zonder enige bijdrage van de werkgever – veel voor. Ook in het geval er sprake is van een 100%-werknemerspremie, moet de fiscale toelaatbaarheid van de premie getoetst worden aan het Staffelbesluit en ook dan geldt dat – op de aangevoerde argumenten – de premie voor een 'oudere' werknemer minder lang rendement kan opleveren en dus hoger moet (en fiscaal mag) zijn om toch het beoogde pensioen per dienstjaar (2% eindloon of 2,25% middelloon) op te kunnen leveren. Ook voor de (vrijwillige) pensioenvoorzieningen met een 100% werknemerspremie geldt derhalve dat het verschil in premie tussen de verschillende leeftijdsklassen als bedoeld in het Staffelbesluit, is terug te voeren op de relevante actuariële berekeningsfactoren.

2 Vraag 2: wat zijn de gevolgen voor de verzekeraar, werkgever en werknemer als een eigen bijdrage niet mag bestaan uit een

percentage van de beschikbare premie, maar alleen uit een percentage van de pensioengrondslag.

2.1 Deze vraag bouwt voort op de oordelen van de CGB 2004-51 en 2004-52. De voorbeeldberekeningen in oordeel 2004-52 – in overwegingen 2.4 en 2.5 van dat oordeel – geven een illustratie van het verschil tussen een premie als percentage van de pensioengrondslag en een premie als percentage van de – met de leeftijd oplopende – premie.

2.2 Hieruit blijkt ook dat in geval de premie voor de werknemer in een BPR – uitgaande van een met leeftijdklassen stijgende totale premie conform de wettelijke systematiek van artikel 18a, lid 3 Wet LB en/of het Staffelbesluit – niet is uitgedrukt in een percentage van de premie, maar in een percentage van de pensioengrondslag er de volgende gevolgen denkbaar zijn:
- bij gelijkblijvende totale premie zal een groter deel van die totale premie ten laste van de werkgever komen; het (verondersteld) pensioenresultaat voor de werknemer verandert dan niet;
- wanneer de werkgever deze toename van zijn premielast wenst te vermijden, is er eigenlijk maar één alternatief, namelijk het (aanzienlijk) verlagen zijn bijdrage in de premie, waarbij wel rekening gehouden dient te worden met een stijging die voor evenredige opbouw naar leeftijd zal zorgen (de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer zegt immers: 'Als de beschikbare premie bij het toenemen van de leeftijd cohortsgewijs toeneemt (afhankelijk is van de leeftijd derhalve) is dat op grond van artikel 8, derde lid van dit wetsvoorstel uitsluitend toegestaan als het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen. Dat wil zeggen dat verschil in premie is toegestaan indien daarmee voor alle leeftijdscategorieën een zelfde pensioen wordt bereikt' . Dat laatste zal niet makkelijk te combineren zijn met het voorkomen van kostenstijging, gegeven het feit dat naarmate de beleggingsperiode korter is tot aan de pensioenleeftijd, de premie hoger moet zijn, zoals bij vraag 1 uiteen is gezet. Een (aanzienlijke) verlaging van de premie, zal voor werknemers een (aanzienlijke) verlaging van het pensioenresultaat opleveren (waarbij de effecten groter zijn naarmate de mate van verlaging van de premie ten opzichte van het huidige/oorspronkelijke niveau groter is, dus in het algemeen zal dit vooral voor de 'oudere' werknemers per dienstjaar minder verondersteld pensioen opleveren);
- de verlaging van de werkgeversbijdrage kan in de vorm gegoten worden van een uniforme premie op het laagst toelaatbare fiscale niveau, zie punt 1.7 hierboven. Voor de 'oudere' werknemers – in leeftijd boven de onderste leeftijdklasse van het Staffelbesluit – zal dat per dienstjaar niet (bij het vorderen van de leeftijd bij lange na niet) tot pensioenaanspraken in redelijke verhouding tot het eindloon of middelloon leiden. De premie is daarvoor dan – gegeven de korte(re) beleggingsperiode tot de pensioendatum – niet meer toereikend. Het totale pensioenresultaat zal voor de werknemers dan dalen, soms aanzienlijk dalen (de concrete invloed is afhankelijk van entreeleeftijd in de regeling en uit-dienst-leeftijd, maar ongeacht deze factoren zal het pensioenresultaat dalen);
- een andere theoretische mogelijkheid is het verhogen van de werknemerspremie, maar gegeven de koppeling aan de pensioengrondslag en de omstandigheid dat de – dus niet leeftijdafhankelijke – premie rekening moet houden met het fiscale maximum in de jongste klasse, zal hier praktisch geen of nauwelijks ruimte voor zijn.

2.3 Hoe een en ander in concreto zal uitpakken, moet de praktijk aantonen. Een ervaringsfeit in de praktijk – zo ervaar ik – is wel dat werkgevers veelal voor een BPR opteren in verband met het aspect van kostenbeheersing en kostencalculatie. De beheersbaarheid van de kosten is het veel gehoorde argument (bij werkgevers) om voor een BPR te opteren. Een (aanzienlijke) stijging van het werkgeversaandeel in de totale premie zal door veel werkgevers daarom als ongewenst ervaren worden. Een aanzienlijke daling van de premie en een overeenkomstige daling van het daaraan gekoppelde veronderstelde pensioenresultaat zal door werknemers niet worden gewaardeerd of geaccepteerd.

2.4 Wat de uitkomst in dit belangenconflict zal zijn, zal moeten blijken uit het arbeidsvoorwaardenoverleg, al dan niet tezamen met vakbonden en/of ondernemingsraad.

2.5 Hierbij dient er aanvullend op gewezen te worden dat een pensioenvoorziening meer en meer bestaat uit een collectief basisgedeelte en een vrijwillige pensioenverzekering. Op de vrijwillige pensioenverzekering kom ik terug bij de behandeling van vraag 4.

Conclusie vraag 2

2.6 Bij ongewijzigd premiebeleid zal het gevolg van de in de vraag gesignaleerde premiebenadering zijn dat of het werkgeversaandeel in de totale premie stijgt, of de totale premie over de hele linie (aanzienlijk) zal dalen met een overeenkomstige (aanzienlijke) daling van het (voor de werknemer te verwachten) pensioenresultaat. Waar het op uitkomt, is een kwestie van arbeidsvoorwaardenvorming.

2.7 De positie van de verzekeraar heb ik in het bovenstaande niet afzonderlijk genoemd, omdat de premieverdeling over werkgever en werknemer en de methodiek van premievaststelling voor de verzekeraar geen gevolgen heeft. Welke premieverdeling of – methodiek ook geldt, de verzekeraar zal, althans kan, dat uitvoeren. Het gaat hier ook in de eerste plaats om de vaststelling van de pensioenregeling, met inbegrip van de premie en premieverdeling over werkgever en werknemer, dus om arbeidsvoorwaardenvorming. De verzekeraar is in principe slechts uitvoerder van de in het arbeidsvoorwaardenoverleg vastgestelde pensioenregeling.

2.8 Nochtans kan niet ontkend worden dat ook de verzekeraar een eigen verantwoordelijkheid heeft tegenover de werknemers in hun hoedanigheid van verzekerden/begunstigden uit de pensioenverzekeringsovereenkomst (vlg. artikel 3 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW). Die eigen verantwoordelijkheid is in het kader van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij pensioenvoorzieningen ook 'vertaald' naar juridisch aanspreekbaarheid en aansprakelijkheid van de verzekeraar. Daaruit vloeien ook eigen informatieverplichtingen richting de werknemers uit voort (die mogelijk met vervanging van de PSW door de Pensioenwet in de toekomst aangescherpt zouden kunnen worden). Indien het gevolg zou zijn dat de totale beschikbare premie in een BPR (aanzienlijk) wordt verlaagd, zal de verzekeraar (mede) de communicatietaak krijgen – al dan niet formeel juridisch – alleen al omdat de verzekeraar de (aanzienlijk lagere) pensioenen zal moeten uitkeren en dat zal ongetwijfeld vragen oproepen. Aan de andere kant: dat neemt de verzekeraar op de koop toe wanneer hij een dergelijke BPR-toezegging van de werkgever in verzekering en uitvoering neemt.

3 Vraag 3: wat zijn voor de pensioenverzekeraar, de werkgever en de werknemer de voor- en nadelen van een beschikbare premieregeling ten opzichte van een salarisdiensttijdregeling

3.1 De BPR aan de ene kant en de salarisdiensttijdregelingen – met als tegenwoordig nog voorkomende verschijningsvormen: de eindloonregeling en de middelloonregeling – aan de andere kant, zijn principieel verschillend van aard.

3.2 Bij een BPR zegt de werkgever een premie toe. De premie moet wel tot een pensioenuitkering leiden, maar het pensioenresultaat is enkel gebaseerd op de premie en niet afgeleid van het (eind- of middel-)loon. Er is diensttijdgerelateerde premiebetaling.

3.3 Bij een salarisdiensttijdregeling is er een directe koppeling bij de berekening van het pensioen tussen dienstjaren en het eindloon (eindloonregeling, kan ook een gemitigeerd of gematigd eindloon zijn) of het in elk dienstjaar afzonderlijk genoten loon (middelloonregeling).

In de memorie van toelichting bij de Wet fiscale behandeling van pensioenen is het als volgt toegelicht : 'Globaal kunnen de volgende drie typen pensioenregelingen worden onderscheiden. Het onderscheid tussen de verschillende typen betreft met name de vormgeving van de opbouwsystematiek en de definiëring van de pensioenrechten.

a. Eindloonregelingen: het pensioen is een percentage van de laatst geldende pensioengrondslag op uittredingsleeftijd. Soms wordt de pensioenopbouw voor ouderen gemitigeerd. We spreken dan van een gemitigeerd eindloonsysteem. Kenmerkend voor eindloonregelingen is dat salarisstijgingen doorwerken naar pensioen over voorgaande jaren, waardoor back-servicelasten ontstaan.

b. Middelloonregelingen: in dit type regeling wordt voor elk dienstjaar een pensioen toegekend dat is gebaseerd op de pensioengrondslag van het desbetreffende dienstjaar. Het aldus opgebouwde pensioen wordt doorgaans wel jaarlijks aangepast conform de opgetreden algemene salarisontwikkeling of eventueel de prijsontwikkeling. De overige verhogingen of verlagingen van de pensioengrondslag hebben alleen gevolgen voor de

jaren na de salariswijziging; er ontstaat derhalve geen backservice ter zake van niet uit "indexatie" voortvloeiende verhogingen. Het te bereiken ouderdomspensioen is in deze regelingen dus gerelateerd aan het gemiddelde "geïndexeerde" loon gedurende de opbouwperiode.

c. Beschikbare-premieregelingen: het bereikbare pensioen is in essentie afhankelijk van een beschikbaar gestelde premie. De hoogte van de pensioenuitkering is mede afhankelijk van een aantal factoren zoals aanvangsleeftijd van de gerechtigde en het toekomstige salarisverloop. In veel collectieve beschikbare premieregelingen wordt de in opbouwregelingen gebruikelijke "indexering" vervangen door verhoging van het pensioen uit de (extra) beleggingsopbrengsten ("overrente") boven de gebruikelijke rekenrente van 4%'.

3.4 De wetgeving houdt met de verschillende pensioensystemen rekening. In artikel 8 lid 10 PSW (artikel 9 lid 9 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW) is voor een pensioenregeling die 'kan worden beschouwd als alleen te worden bepaald door de door de werkgever of de deelnemer beschikbaar gestelde premie of bijdragen' een andere norm vastgesteld voor de 'ontslagrechten' (premievrije pensioenaanspraak) dan voor de salarisdiensttijdregeling. Bij een salarisdiensttijdregeling geld de norm van een evenredig ouderdomspensioen (artikel 8 lid 2 PSW, artikel 9 lid 2 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW) waarbij sprake kan zijn van een aanvullende financieringsplicht – de zogenaamde affinanciering – voor de werkgever teneinde dat evenredige pensioen te bereiken. In het kader van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen laat artikel 12c Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (thans nog en tot 1 januari 2005) een onderscheid toe bij het bereken van de uitkeringen uit een BPR op basis van voor mannen en vrouwen verschillende actuariële berekeningselementen.

3.5 Wat de voor- of nadelen zijn van de regelingen is een kwestie van appreciatie. Vastgesteld kan naar mijn mening wel het volgende worden, zulks naast het reeds in punt 3.4 hiervoor gestelde:

a) de salarisdiensttijdregeling geeft de werknemer meer zekerheid omtrent de hoogte van zijn pensioen in verhouding tot zijn loon. Deze zekerheid is het meest aanwezig bij een eindloonregeling, omdat daar een loonsverhoging in enig dienstjaar mede doorwerkt in de pensioenaanspraken opgebouwd in voorgaande jaren (de back-service). Bij een BPR regeling is de premie vastgesteld rekening houdende met actuariële berekeningsfactoren als onder meer verwachte loonstijging. Indien het actuele loon van de werknemer in werkelijkheid meer stijgt, komt de werknemer premie tekort. In tijden van hoge looninflatie kan dit dus voor de werknemer een nadeel van de BPR zijn;
b) de onder a bedoelde zekerheid van de salarisdiensttijdregeling heeft zijn prijs. Die prijs – de hogere premie – wordt gewoonlijk voor een belangrijk deel door de werkgever opgebracht, waar de werknemer in het algemeen een premie betaalt als percentage van zijn loon of pensioengrondslag. Voor de verhoging van pensioenaanspraken over verstreken diensttijd (back-service) wordt vaak als een onvoorziene en ongewenste last voor een werkgever gezien. In een BPR heeft de werkgever deze last in principe niet. Dat geeft de BPR voor de werkgever het belangrijke voordeel van kostenvoorspelbaarheid van de regeling;
c) de salarisdiensttijdregeling geeft de werknemer ook meer zekerheid in geval van tegenvallende beleggingsopbrengsten. De rekenrente van 4% in een BPR is veel te weinig indien het rendement daar minder dan de inflatie boven zit, of – nog erger – beneden de 4% daalt (dat kan ook tot zelfs beneden de 0%, dus een negatief rendement, een realiteit van de voorbije slechte beleggingsjaren). In een BPR smelt bij negatieve rendementen het kapitaal weg, hoewel opgemerkt moet worden dat er ook wel BPR-pensioenvoorzieningen die een bepaalde minimumrendementsgarantie kennen. Het is niet zo dat per definitie het beleggingsrisico altijd volledig bij de werknemer ligt.
Van het wegsmelten van kapitalen hebben met name pensioenfondsen ook wel last gehad, maar dat zal slechts in een situatie van – kort gezegd – financieel onvermogen van het pensioenfonds tot het korten op toegezegde uitkeringen kunnen leiden (vgl. artikel 7, lid 1, i, PSW). In beginsel is het toegezegde pensioen (eindloon of middelloon) echter gewaarborgd (wel zijn ook werknemers de afgelopen jaren met premiestijgingen geconfronteerd, met het – naar de toekomst toe – versoberen van pensioenregelingen en – wat betreft gepensioneerden – het verminderen van de indexering);

d) de BPR heeft voor de werknemer de kans van het kunnen profiteren van hogere beleggingsrendementen dan aan de actuariële premieberekening ten grondslag heeft gelegen (met inachtneming van een fiscaal maximaal pensioen van 100% van het laatste loon bij ingang, artikel 18a lid 9 Wet LB). Bij een salarisdiensttijdregeling heeft de werknemer recht op de toegezegde pensioenaanspraken en niet een afzonderlijke aanspraak op beleggingsrendementen, of zulks hoogtuit in de vorm van indexering van ingegane pensioenen en premievrije pensioenaanspraken.

Conclusie vraag 3

3.6 Het bovenstaande geeft aan dat de verschillen in de BPR resp. salarisdiensttijdregeling zijn terug te voeren op het verschillende karakter van deze regelingen. Voor de werkgever is het meest gehoorde voordeel van de BPR de kosteninzichtelijkheid en kostenvoorspelbaarheid. Dat voordeel speelt met name ook een rol bij de vrijwillige pensioenverzekeringen. Voor de werknemer is het meest gehoorde nadeel van de BPR de onzekerheid ten aanzien van de pensioenresultaten in verband met de onzekerheid over looninflatie en beleggingsrendementen.

3.7 Een overeenkomstige benadering is overigens terug te vinden in de studie van de WRR, Pensioensystemen vergeleken: wie draag de risico's. Dit betreft een vergelijking van eindloon-, middelloon- en beschikbare premieregelingen. Geconcludeerd wordt dat in een salarisdiensttijdregeling veel risico's zijn afgedekt, maar de beheersbaarheid en doelmatigheid een probleem zijn. De beheersbaarheid is in een BPR groot, maar de risico's liggen grotendeels bij de deelnemer. De WRR concludeert dat het optimum ligt bij een middelloonregeling met voorwaardelijke indexering: het beloningskarakter komt tot zijn recht, geen onwenselijke overdrachten, voldoende afdekking van risico's en meer mogelijkheden voor een risicodragende beleggingsportefeuille.

3.8 Voor de verzekeraar is een BPR makkelijker te verzekeren dan een eindloonregeling in verband met de omstandigheid dat de benodigde reservering voor een uitkering uit een eindloonregeling met minder zekerheden is omgeven en derhalve uit prudentieel oogpunt met de nodige marges, dus niet te laag, vastgesteld mag worden. De mindere beheersbaarheid van in het bijzonder een eindloonregeling, maakt dus ook de verzekerbaarheid lastiger.

4 Vraag 4: zijn er mogelijkheden voor een vrijwillige pensioenverzekering waarbij zowel de door de werknemer betaalde premie als de pensioenaanspraak voor alle leeftijdklassen gelijk is of minimaal verschilt.

4.1 Een vrijwillige pensioenverzekering definieer ik als een pensioenvoorziening waarbij de werknemer keuzevrijheid heeft om (al dan niet) aan de regeling deel te nemen. Dat is het begrip van de 'facultatieve' voorzieningen die door de uitdrukking 'anders dan door die persoon zelf tot stand gebracht' in artikel 12a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen onder de werking van die wet zijn gebracht. Ook aan de vrijwillige voorziening ligt immers een pensioentoezegging (in de zin van de PSW) van de werkgever ten grondslag en die aanvaardt de werknemer slechts; hij brengt die voorziening niet tot stand.

4.2 In de Regeling Taakafbakening Pensioenfondsen is een meer uitdrukkelijke omschrijving van vrijwillige pensioenvoorziening opgenomen: dat deel van de pensioenregeling waaraan deelname afhankelijk is van de individuele keuze van de werknemer (artikel 1, sub b van de Regeling). Hoewel de regeling is geschreven voor de uitvoering van pensioenvoorzieningen door pensioenfondsen, is deze omschrijving ook relevant en adequaat voor de vrijwillige pensioenvoorzieningen die door verzekeraars worden uitgevoerd.

4.3 Een vrijwillige pensioenvoorziening is meestal – ik zou menen zo goed als altijd, hoewel deze opmerking niet het resultaat is van empirisch onderzoek – gebaseerd op een 100% werknemersbijdrage. Dat is inherent of wordt als zodanig ervaren aan de eigen vrijwillige keuze van de werknemer. Hij kiest voor zichzelf om in de vorm van een vrijwillige pensioenvoorziening voor de mogelijkheid om extra pensioen te verwerven: dan moet die werknemer dat ook maar zelf financieren. Het argument van kostenbeheersing speelt voor werkgevers bij de vrijwillige pensioenverzekeringen dan ook een belangrijke rol. De werkgever wenst niet met premielasten geconfronteerd te worden indien de werknemer zelf kiest voor een (aanvullende) vrijwillige pensioenverzekering.

4.4 Vrijwillige pensioenvoorzieningen kennen onder meer de vorm van een aanvulling van

het pensioenniveau tot een beoogd resultaat, zoals dat voortvloeit uit het voor de werknemer verplichte onderdeel van de pensioenvoorziening. Dat verplichte onderdeel duid ik aan als collectieve basisregeling, conform de Regeling Taakafbakening Pensioenfondsen. De aanvulling tot het beoogde pensioenresultaat stelt de werknemer gewoonlijk in staat om zijn pensioen uit de basisregeling – in vorm van een vrijwillige pensioenverzekering, gewoonlijk met een volledige werknemerspremie – aan te vullen tot het maatschappelijk aanvaarde niveau van 70% bij 35 dienstjaren.

4.5 Vrijwillige pensioenvoorzieningen zijn – wettelijk gezien – niet noodzakelijk in de vorm van een BPR gegoten. Ook een salarisdiensttijdregeling is mogelijk, maar sluit minder goed aan bij het in punt 4.3 genoemde algemene karakter, waarbij ook voor de werknemer kostenbeheersing een aandachtspunt zal zijn, terwijl de werkgever niet geconfronteerd kan worden met een uit de eigen keuze van de werknemer voortvloeiende affinancieringsplicht indien er sprake is van een BPR.

4.6 Wanneer de collectieve basisregeling een BPR is, zal de daarbovenop bouwende vrijwillige voorziening naar verwachting steeds ook van het BPR-type zijn.

4.7 Indien de premie voor de vrijwillige BPR-pensioenvoorziening slechts uitgedrukt mag zijn als percentage van de pensioengrondslag, zal het – op grond van hetgeen hiervoor onder punt 2 al is besproken – voor de 'oudere' werknemer niet mogelijk zijn een pensioen per dienstjaar te verwerven dat (ook maar enigszins) in de buurt komt van de in dat dienstjaar mogelijke 2% opbouw van ouderdomspensioen in een eindloonregeling of 2,25% in een middelloonregeling. Op zich kan de premie natuurlijk wel uniform – niet gedifferentieerd naar leeftijd – vastgesteld worden, maar dat zal dan een lage uniforme premie zijn, althans moeten zijn om binnen de kaders van de fiscale behandeling van pensioenen te blijven (zie punt 1.7).

4.8 Indien de premie voor de vrijwillige verzekering en uitgaande van een 100% werknemerspremie niet uitgedrukt kan/mag zijn in een – leeftijdsafhankelijk – percentage van de beschikbare premie, zal dus (zie punt 4.7) de premie dalen en wil de werkgever dat de werknemer toch het maatschappelijk aanvaarde pensioen van 70% bij 35 dienstjaren bereikt, dan zal de werkgever moeten bijfinancieren. Werkgevers zullen naar verwachting weinig bereidheid tonen om met extra pensioenkosten opgezadeld te worden als gevolg van de keuze van de werknemer voor een aanvullende vrijwillige pensioenverzekering. Werkgevers zullen niet zonder (financiële) reden het niveau van de basisregeling beperkt hebben gehouden (dus onder het niveau van 70% bij 35 dienstjaren). Omdat werkgevers naar verwachting niet bereid zullen zijn om bij te financieren en omdat een vrijwillige pensioenverzekering gebaseerd op een premie uitgedrukt in een percentage van de pensioengrondslag slechts zeer beperkte pensioenuitkeringen zal opleveren, zal mogelijk een werkgever niet eens meer bereid zijn een vrijwillige verzekering onderdeel te laten zijn van de pensioenvoorziening. Hoe dan ook: indien de basisregeling niet opgetrokken wordt en de werkgever niet zal bijfinancieren aan de premie voor de vrijwillige pensioenverzekering, zal voor veel werknemers een pensioen op het niveau van de 70%-norm niet haalbaar zijn.

4.9 Indien sprake zou zijn van een uniforme premie (uitgedrukt in percentage van de pensioengrondslag) is het volgende actuariële aspect dat de uniforme premie voor de 'oudere' werknemer minder pensioenaanspraak oplevert dan de – zelfde, immers uniforme – premie voor de jongere werknemer. Dat onderscheid in uitkomst is uiteraard weg te rekenen, zoals in een BPR op grond van de wijziging van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen vanaf 1 januari 2005 (in beginsel) de uitkeringen voor mannen en vrouwen gelijk getrokken moeten worden. Zo kan het ook zo zijn dat de uitkeringen in een BPR voor werknemers ongeacht hun leeftijd en voor een niet leeftijdgebonden premie, gelijk getrokken worden. Dit zou verzekeraars nopen om leeftijdsonafhankelijke tarieven te hanteren. Dat zal ongetwijfeld net als bij de gelijktrekking van de uitkeringen voor mannen en vrouwen op praktische bezwaren stuiten. Onmogelijk is dit echter naar mijn oordeel niet.

De praktische effecten van het gelijk trekken van de uitkeringen zijn moeilijk in te schatten. Een gegeven is dat een zodanig stelsel van gelijk getrokken uitkeringen een (flinke) overheveling of solidariteit vereist, waarbij de 'jonge' werknemers individueel actuarieel gezien te weinig pensioen aanspraken zullen verwerven voor hun individuele premie. Wat betreft de gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft de

regering er ondanks een kritiek op een overeenkomstige overheveling niettemin voor gekozen om vrijwillige BPR-voorzieningen ook onder de verplichting tot het gelijk trekken van uitkeringen per 1 januari 2005 te brengen. Er is op zich geen formeel beletsel om in relatie tot de leeftijd niet ook tot het gelijktrekken van uitkeringen over te gaan. Niettemin kunnen de niet bekende praktische effecten groot zijn. Die praktische effecten worden dan gekleurd door vraagpunten als:

- zal een werknemer nog wel kiezen voor een vrijwillige pensioenvoorziening indien hij wel zelf de volledige premie moet betalen, maar niet zelf de volle voordelen geniet, zulks omdat zijn premie ook een stukje solidariteitspremie omvat;
- zal er niet een ongewenste concurrentie tussen verzekeraars ontstaan om de gunst van de jonge werknemer (hoewel het hebben van een bepaalde leeftijd anders dan het zijn van een bepaald geslacht uit de aard een tijdelijk 'voordeel' is);
- zal het totale pensioen voor werknemers niet ongewenst negatief beïnvloedt gaan worden.

De vraag is in dit licht ook welke 'prijs' de samenleving bereid is te betalen voor gelijke behandeling. Van de in het kader van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de uitkeringen in een BPR veronderstelde negatieve gevolgen voor de hoogte van de pensioenen – een zo gestelde verslechtering – kan men ook zeggen – los van het feit dat wat voor de een verslechtering is, voor de ander een verbetering kan zijn – dat het feit dat er gelijk behandeld wordt op zich al een verbetering is. Hierbij moet men zich wel realiseren dat het gelijktrekken van uitkeringen naar leeftijd uitgaat van een premie op 'laagste' niveau, want horend bij de onderste leeftijdklasse. Die premie is derhalve op zich al enkel voor de onderste leeftijdklasse toereikend om in een dienstjaar een pensioen te verwerven in verhouding tot een 2% opbouw in een eindloonregeling of een 2,25% opbouw in een middelloonregeling. Indien deze premie ook nog eens vanwege het gelijktrekken van uitkeringen in de solidariteit betrokken wordt, zal over veel lagere haalbare pensioenen gesproken worden. Dat leidt derhalve gezien de fiscale beperkingen – en de veronderstelde afwezigheid van bereidheid van de werkgever om bij te financieren – tot een verslechtering van de pensioenverwervingsmogelijkheden voor werknemers. Voor veel werknemers zal de pensioennorm van 70% niet meer haalbaar zijn.

4.10. Andere alternatieven waarbij en de premies en de uitkeringen gelijk zijn voor werknemers, kunnen gevonden worden in salarisdiensttijdregelingen. Werden deze hierboven niet de eerste optie genoemd voor een vrijwillige pensioenvoorziening. Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat bij een middelloonregeling het risico voor de werkgever van affinancieringsverplichtingen niet of nauwelijks aanwezig is, vanwege het feit dat bij een middelloonregeling geen sprake is van back-service. Ook bij een middelloonregeling speelt uiteraard het gegeven dat de premie van een oudere werknemer feitelijk minder tijd heeft om rendementen te genereren dan voor een jongere werknemer geldt, zodat dit in beginsel per definitie tot een verschil in premie op basis van leeftijd zou leiden. Aangezien evenwel in een middelloonregeling er anders dan in een BPR geen directe koppeling is tussen premie en pensioenresultaat, is de solidariteit minder zichtbaar indien sprake is van een gelijke (niet naar leeftijd gedifferentieerde) premie. Bij een BPR zal – ten opzichte van de huidige situatie bij een gelijke premie ongeacht leeftijd – echt van het gelijktrekken van uitkering sprake moeten zijn. Bij een middelloonregeling zijn de uitkeringen per definitie gelijk. Dat in de premiehoogte – bij een gelijke premie – dan (belangrijke) solidariteitselementen tussen leeftijdsklassen zit, is minder zichtbaar en wellicht daarom makkelijker te communiceren. Een ander aspect is dat in de middelloonregeling geen fiscaal premieplafond zit, zoals dat wel bij de BPR het geval is. In een middelloonregeling is de fiscale behandeling gericht op het meten van de opbouw van 2,25% per dienstjaar en niet op de daarvoor benodigde premie. Uitgaande van dezelfde pensioenopbouw ongeacht leeftijd – van maximaal gelet op de fiscale normen 2,25% per dienstjaar – en voor werknemers dezelfde (althans niet naar leeftijd gedifferentieerde) premie, zal de jongere in de premie veel solidariteit op moeten brengen met de oudere werknemers. Het verschil in hoogste en laagste premie volgens het Staffelbesluit is hiervoor indicatief. De vraag is of zoveel solidariteit in de huidige tijd nog aanvaardbaar gevonden zal worden.
In verband met de toepassing van de middelloonregeling als pensioenvorm van een vrijwillige pensioenverzekering, zou de vraag kunnen rijzen hoeveel flexibiliteit de werknemer heeft om jaarlijks de omvang van zijn premiestorting te bepalen. In een BPR is dat vanwege de aard van de regeling vrij gemakkelijk te realiseren. In een

middelloonregeling zal dat eventueel realiseerbaar zijn indien geopteerd zou kunnen worden voor – jaarlijks – wisselend opbouwpercentages en daarvan afgeleide premies. De praktische uitvoerbaarheid van gelijke (niet naar leeftijd gedifferentieerde) premies en uitkeringen lijkt mij dan echter in de knel te komen.

Conclusie vraag 4

4.11 Met inachtneming van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er geen formele belemmeringen zijn om bij vrijwillige pensioenvoorzieningen gegeven een voor werknemers gelijke premie, ook de uitkeringen gelijk te trekken.

4.12 Wel kan worden vastgesteld dat zowel de fiscale beperkingen aan de premie in een BPR, als kostenoverwegingen bij de werkgever, in een BPR tot een verslechtering van de pensioenopbouwmogelijkheden via vrijwillige pensioenvoorzieningen zal leiden. De fiscale beperkingen gelden niet (althans in mindere mate – de beperking zit in de opbouw per dienstjaar) voor de (vrijwillige pensioenvoorziening in de vorm van een) middelloonregeling. Voor de werkgever zullen kostenoverwegingen het belangrijkste beslispunt blijven.

5 Vraag 5: kunnen werknemers 'afstand' doen van hun pensioen of kan de werkgever deelneming 'verplicht' stellen.

5.1 Het afstand doen begrijp ik gezien de koppeling met het verplicht stellen van deelneming als de vraag naar een vrijwillige keuze van de werknemer omtrent toetreding tot de pensioenregeling.

5.2 Tenzij er sprake is van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, geldt er op grond van de wetgeving geen autonome verplichting voor werknemers om deel te nemen in de pensioenregeling.

5.3 Dat blijkt overigens ook al hier uit, dat de pensioenregeling de vorm kan hebben van een vrijwillige pensioenvoorziening, waarbij de keuze voor deelname bij de werknemer ligt. Hierbij plaats ik de verbijzondering ten opzichte van punt 5.2 dat een vrijwillige pensioenvoorziening ook onderdeel kan zijn van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. In dat geval is ook daar sprake van een keuze van de werknemer wat betreft toetreding tot de pensioenregeling.

5.4 Ook verder is de PSW niet gebaseerd op de verplichting van de werkgever om een pensioenregeling te treffen. De werkgever kan in het verlengde daarvan ook bepalen of hij de deelneming aan een getroffen pensioenregeling verplicht stelt of voor de werknemer vrijwillig laat zijn. Uit artikel 2, lid 2 PSW vloeit impliciet ook voort dat werkgever en werknemer overeen kunnen komen dat een in de onderneming geldende pensioenvoorziening niet op die werknemer van toepassing zal zijn (met de woorden 'tenzij het tegendeel uitdrukkelijk blijkt' wordt een in de onderneming geldende pensioenregeling geacht op de werknemer van toepassing te zijn). Indien evenwel de pensioenregeling van de werkgever als basisregeling moet worden aangemerkt, dan zal de werknemer niet de keuze hebben om niet deel te nemen. Dat accepteert de werknemer met aanvaarding van de arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder de pensioenregeling, als onderdeel van de arbeidsverhouding. In zoverre kan de werkgever deelneming in de pensioenregeling dus contractueel verplicht stellen.

5.5 Verder kan uit een CAO de verplichting voor de werkgever voortvloeien om deze op al zijn werknemers toe te passen (artikel 14 Wet CAO) en voor de gebonden werknemer geldt dat zijn arbeidsovereenkomst automatisch door de CAO gemodelleerd wordt (artikel 9 Wet CAO). Tenzij de pensioenvoorziening in de CAO zelf als voor de werknemer vrijwillige pensioenvoorziening aangemerkt moet worden, zal een CAO de contractsvrijheid voor CAO-gebonden werkgever en CAO-gebonden werknemer dus wel beperken.

5.6 Ten overvloede: nadat een pensioenvoorziening tot stand is gekomen, zijn de mogelijkheden voor de werknemer om afstand te doen beperkt gezien de beperkingen inzake wijziging (artikel 8c PSW) en vooraf vanwege het afkoopverbod (artikel 32 lid 4 PSW).

Conclusie vraag 5

5.7 De werkgever kan deelneming in een pensioenregeling contractueel verplicht stellen, maar het uitgangspunt van de PSW is 'vrijheid' op dit punt (geen verplichting om een pensioenregeling te treffen, vrijwillige pensioenvoorzieningen zijn toegestaan).

5.8 Uit de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds kan wel de verplichte toetreding voor de werknemer voortvloeien,

tenzij er sprake is van een vrijwillige pensioenvoorziening als onderdeel van de verplichtstelling. Dat kan en zo'n vrijwillige pensioenvoorziening bij een bedrijfstakpensioenfonds kan ook zijn een BPR met leeftijdgedifferentieerde premie. De regel van doorsneepremie bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds geldt niet voor de vrijwillige pensioenvoorzieningen (artikel 8 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds).

6 Vraag 6: is het mogelijk (fiscaal of anderszins) om een (jonge) werknemer meer eigen bijdrage te laten betalen dan aan premie voor hen wordt afgedragen.

6.1 Het betalen van een hogere werknemersbijdrage voor de pensioenvoorziening dan feitelijk betaald wordt aan de pensioenuitvoerder, is naar mijn oordeel niet toegestaan.

6.2 In de vraagstelling in de brief van de CGB is aangegeven dat de vraag alleen relevant is ingeval er voor de werknemer sprake is van verplichte deelneming in de pensioenvoorziening, dus in ieder geval niet bij de vrijwillige pensioenvoorzieningen.

6.3 Indien er sprake is van wettelijke of contractueel verplichte deelneming in de pensioenregeling, zal de dan verplichte (op basis van wet of contract) eigen bijdrage van de werknemer aangemerkt moeten worden als een verplichte loonbesteding. Een dergelijke verplichte loonbesteding is enkel – voor zover hier van belang – toegestaan indien het gaat om a. het deelnemen in een PSW-pensioenfonds of b. het bijdragen aan de premiebetaling voor een PSW-pensioenverzekering (artikel 7:631 lid 3 BW). Hoewel sub a niet uitdrukkelijk, zoals sub b wel, de koppeling met de premiebetaling door de werknemer legt, is dat wel de bedoeling. Dat blijkt daaruit dat artikel 7:631, lid 3 een uitzondering is op de 'hoofdregel' van artikel 7:631 lid 2 BW, inhoudende dat nietig is het beding waarbij de werknemer zijn loon op een bepaalde wijze te besteden. Het betalen en niet afdragen-beding kan mijns inziens niet worden aangemerkt als loonbesteding, noch als het deelnemen in een PSW-fonds. Daartoe steun ik ook op de omschrijving van pensioenfonds in artikel 1, lid 1, onder b en c, PSW als een instelling waarin gelden worden bijeengebracht strekkende tot het verzekeren van pensioen. In de praktijk heeft zich nochtans wel de situatie voorgedaan dat premie op het loon van de werknemers is ingehouden, maar niet is afgedragen aan de pensioenuitvoerder omdat er een 'premie-vakantie' was overeengekomen. Of hier een handelen in strijd met de artikel 7:631 moet worden aangenomen of een toelaatbare invulling gelet op de conjuncturele invulling van afspraken tussen werkgever en pensioenuitvoerder, zou nog punt van nader onderzoek moeten zijn. Een structureel aan de pensioenregeling inherent systeem van het niet afdragen van ingehouden premies, acht ik niet toegestaan. Bedingen in strijd met artikel 7:631 lid 2 zijn nietig.

6.4 Op grond van artikel 11 lid 1, sub j Wet LB geldt dat – voor de heffing van loonbelasting – niet tot het loon worden gerekend bedragen die worden ingehouden als bijdrage ingevolge een pensioenregeling. De bedoeling die hieraan ten grondslag ligt, is dat de ingehouden bijdrage daadwerkelijk voor de pensioenregeling gebruikt wordt, maar dat lijkt fiscaal nochtans niet per definitie noodzakelijk. Ook hier kan het voorbeeld van de premievakantie worden genoemd.
Het inhouden van bedragen anders dan ingevolge een pensioenregeling is niet nietig. De sanctie is dat de bedragen tot het loon worden gerekend.

Conclusie vraag 6

6.5 Een beding waarbij de werknemer verplicht is zijn loon te besteden, zonder dat dit daadwerkelijk afgedragen wordt aan de pensioenuitvoerder, acht ik nietig gelet op artikel 7:631 BW, met de gemaakte nuancering mede in relatie tot de premie-vakantie.

6.6 Aanvullend wijs ik er – waarschijnlijk ten overvloede – op dat er geen civielrechtelijke, fiscale of andere verplichting is om tegenover de afgedragen premie ook werkelijk overeenkomstige individuele pensioenrechten te laten verwerven (individuele equivalentie tussen premie en aanspraak is niet verplicht).

Tot slot

De vragen bij de verschillende vragen heb ik in de tekst telkens van een beantwoording voorzien. Het lijkt mij niet doelmatig dit hier ter afsluiting te herhalen, terwijl een samenvatting afbreuk zou kunnen doen aan de nuances.

Prof. dr. E.Lutjens,
31 augustus 2004

04 175

28 december 2004

Artikel 2 lid 2 AWGB
Artikel 7 lid 1 AWGB
Artikel 9 AWGB
Artikel 12 lid 2 AWGB
Artikel 1 Besluit gelijke behandeling
Artikel 31 Besluit werkwijze CGB

Onderscheid op grond van geslacht door verzoeker geen Vierdaagsekruis toe te kennen.

Verzoeker heeft deelgenomen aan een door verweerder georganiseerd wandelevenement. Verzoeker diende dagelijks de reglementaire afstand van 50 kilometer af te leggen om in aanmerking te komen voor een officiële beloning, in de vorm van het zogenaamde Vierdaagsekruis. Voor vrouwen, geboren in hetzelfde jaar als verzoeker, gold een reglementaire afstand van 40 kilometer per dag. Verzoeker heeft met succes de afstand van 40 kilometer per dag afgelegd. Volgens verzoeker heeft verweerder jegens hem onderscheid op grond van geslacht gemaakt, door hem geen medaille toe te kennen.
Ten aanzien van het door verweerder gevoerde ontvankelijkheidsverweer geldt dat de AWGB dwingend recht is en bedingen in strijd met deze wet nietig zijn. Verzoeker kan zijn recht op gelijke behandeling daarom niet, zoals verweerder stelt, verwerken door in te stemmen met de reglementen. Verweerder heeft jegens verzoeker direct onderscheid gemaakt op grond van geslacht.
In oordeel 2004-6 heeft de Commissie geoordeeld dat van het verbod van onderscheid naar geslacht slechts mag worden afgeweken indien sprake is van één van de wettelijke uitzonderingen. In verband met de uitzondering met betrekking tot geslachtsbepaaldheid bij de deelname aan activiteiten op het terrein van spel of sport heeft verweerder advies gevraagd aan deskundigen op het gebied van de inspanningsfysiologie. Nu het samengevatte advies geen onderbouwing bevat van de stelling van verweerder dat sprake is van een relevant verschil tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen en dat deze verschillen vervolgens nopen tot het gehanteerde verschil in looppresteties, is niet voldaan aan de voorwaarde voor een beroep op de uitzondering. Strijd met de wet.

04 176

27 december 2004

Artikel 7:646 lid 1 BW

Geen onderscheid tussen mannen en vrouwen door verzoeker niet langer in te lenen.

Verzoeker was werkzaam bij verweerster, een elektronicabedrijf, op basis van een detacheringsovereenkomst. Volgens verzoeker heeft verweerster hem vervangen door een vrouwelijke medewerker omdat zij de voorkeur zou geven aan een vrouw. Verweerster maakt daarmee verboden onderscheid op grond van geslacht.
Verzoeker heeft echter geen feiten aangevoerd die onderscheid tussen mannen en vrouwen kunnen doen vermoeden.
Geen strijd met de wet.

04 177

28 december 2004

Artikel 7 WGB
Artikel 8 WGB
Artikel 9 WGB
Artikel 9 lid 1 WGB
Artikel 10 WGB
Artikel 7:646 lid 1 BW

Onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen gelijke beloningsmaatstaven.

Verzoekster is sinds september 1992 in dienst bij verweerster, een bedrijf dat zich bezighoudt met de in- en verkoop van staalproducten. Sinds augustus 1995 is zij bij verweerster werkzaam als office sales manager. Zij vergelijkt zich wat betreft de beloning met twee mannelijke collega's, die na haar in dienst kwamen en bij indiensttreding een hoger salaris kregen dan verzoekster op dat moment verdiende.
De Commissie heeft haar functiewaarderingsdeskundige verzocht een loononderzoek uit te voeren. Uit dit onderzoek, de schriftelijke stukken en hetgeen ter zitting door partijen naar voren is gebracht, concludeert de Commissie dat verweerster verschillende beloningsmaatstaven toepast en dat niet kan worden uitgesloten dat het beloningsverschil tussen verzoekster en de twee door haar aangewezen maatmannen (mede) kan zijn toe te schrijven aan de factor geslacht.

Verboden onderscheid vanwege geslacht.
Strijd met de wet.

04 | 178

30 december 2004

Artikel 3 WGBL

Onderscheid op grond van leeftijd bij de sollicitatie en de afwijzing voor een functie.

Verzoeker is vijftig jaar. Verzoeker reageerde op een vacature voor een functie bij verweerster die door een bemiddelingsbureau op een website werd aangeboden. Na een gesprek met verzoeker heeft het bemiddelingsbureau hem als kandidaat aan verweerster voorgesteld.
Vervolgens deelde het bemiddelingsbureau verzoeker mede dat hij door verweerster vanwege zijn leeftijd was afgewezen voor de functie.
Verweerster ontkent echter dat leeftijd de werkelijke reden was voor de afwijzing. Die was volgens verweerster gelegen in het ontbreken van voldoende ervaring voor de betreffende seniorfunctie.
Verweerster erkent echter dat zij bij het bemiddelingsbureau de indruk kan hebben gewekt dat leeftijd een afwijzingsreden was. Bovendien erkent verweerster dat in dit gesprek met het bemiddelingsbureau ook de leeftijd van verzoeker in relatie tot de teamsamenstelling aan de orde is geweest als eventuele belemmering voor het functioneren van verzoeker.
Op grond hiervan is de Commissie van oordeel dat verweerster niet heeft bewezen dat leeftijd niet (mede) een rol heeft gespeeld bij de behandeling bij de vervulling van de betrekking en bij de afwijzing van verzoeker. Verweerster heeft verboden onderscheid op grond van leeftijd jegens verzoeker gemaakt.
Verzoeker heeft ook een oordeel gevraagd over het bemiddelingsbureau en deze zaken zijn ter zitting gevoegd behandeld. In deze gevoegde zaak is een oordeel gegeven met het nummer 2004-179.
Strijd met de wet.

04 | 179

30 december 2004

Artikel 3 WGBL

Bemiddelingsbureau maakt onderscheid op grond van leeftijd door zich te conformeren aan de afwijzingsreden van de opdrachtgever.

Verweerster is een bemiddelingsbureau. Verzoeker is vijftig jaar. Verzoeker reageerde op een vacature die door verweerster op een website werd aangeboden. Verweerster heeft verzoeker als kandidaat voor de betreffende functie voorgedragen bij de opdrachtgever.
Verweerster erkent dat de opdrachtgever tegen verweerster heeft gezegd dat verzoeker vanwege zijn leeftijd werd afgewezen voor de functie. Verweerster heeft dit aan verzoeker doorgegeven.
Volgens vaste jurisprudentie hebben bemiddelende instanties als verweerster een eigen verantwoordelijkheid die inhoudt dat zij erop moeten toezien dat de opdrachtgever zich van verboden onderscheid in de zin van de gelijke behandelingswetgeving onthoudt.
Uit deze verplichting vloeit voort dat verweerster in een dergelijke situatie de opdrachtgever in ieder geval dient te wijzen op het uitgangspunt dat onderscheid naar leeftijd bij de arbeid is verboden, tenzij er een goede reden voor is (een objectieve rechtvaardiging). Verder dient de verweerster te vragen naar de reden/rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Verweerster erkent dat zij dit niet heeft gedaan.
Dit leidt tot de conclusie dat verweerster onderscheid op grond van leeftijd bij de bemiddeling heeft gemaakt. Het feit dat verweerster niet op de hoogte was van de wettelijke norm, rechtvaardigt dit niet. Verweerster heeft dan ook in strijd met de wet gehandeld.
Verzoeker heeft ook een oordeel gevraagd over de opdrachtgever en deze zaken zijn ter zitting gevoegd behandeld. In deze gevoegde zaak is een oordeel gegeven met het nummer 2004-178.
Strijd met de wet.

RECHTERLIJKE UITSPRAKEN

Rechterlijke uitspraken, gewezen in 2004, over zaken waarover de Commissie Gelijke Behandeling reeds een oordeel heeft gegeven

	Paginanummer	*Rechterlijke instantie*	*Datum*	*Uitspraak*	*Grond*	*Vindplaats*
1998-33	Oordelenbundel 1998: p.154	Centrale Raad van Beroep	6 februari 2004	De rechter geeft aan dat het oordeel van de CGB in stand moet blijven, omdat het niet voldoende gemotiveerd voor de rechter is bestreden.	ras	LJN: AO3751, Centrale Raad van Beroep, 02/1896 AW
2001-24	Oordelenbundel 2001: p.115	Kantonrechter Heerlen	24 maart 2004	De rechter sluit zich expliciet aan bij het oordeel van de CGB en verwijst daar enkele malen naar.	geslacht	Pensioen Jurisprudentie aug/sept. 2004
2001-145	Oordelenbundel 2001: p. 263	Rechtbank 's-Gravenhage	6 juli 2004	Haagse Rechtbank nam oordeel CGB in eerste instantie niet over. De Centrale Raad van Beroep volgde in uitspraak van 20-11-2003 het CGB-oordeel wel en vernietigde het rechtbankvonnis. De zaak werd terugverwezen naar de Haagse Rechtbank, die vervolgens net als de CGB oordeelde dat sprake was van verboden onderscheid.	geslacht	LJN: AQ6543
2002-193	Oordelenbundel 2002: p. 291	Rechtbank Assen	1 december 2004	De Rechtbank noemt het CGB-oordeel (onderscheid op grond van geslacht) onder de feiten. In haar overwegingen noemt de rechter de CGB niet meer, maar volgt het vonnis van de kantonrechter (discriminatie op grond van geslacht in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf).	geslacht	Rechtspraak Arbeidsrecht 2005, 20
2003-58/59	Oordelenbundel 2003: p. 193/194	Rechtbank Amsterdam	16 juni 2004	De Rechtbank volgt de CGB voor een groot deel, maar wijkt uiteindelijk beperkt gemotiveerd van het oordeel van de CGB af.	geslacht	Pensioen Jurisprudentie okt. 2004
2004-44/45	p. 217	Rechtbank Utrecht	27 mei 2004	Oordeel CGB onderscheid wordt zonder meer door rechtbank gevolgd.	geslacht	LJN AP0146

Overzicht oordelen

1 = aard procedure
2 = terrein, discriminatiegrond(en) en inhoudelijke trefwoorden

Oordeel 2004-01
7 januari 2004
Verzoek over periode 3 mei 1978 – 1 januari 1988 niet ontvankelijk. Geen onderscheid op grond van geslacht, door verzoekster in periode 1 januari 1988 – 17 mei 1990 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling te geven, omdat zij standby-kracht was.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, CAO's, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-02
7 januari 2004
Verzoek over periode 3 mei 1978 – 1 januari 1988 niet ontvankelijk. Geen onderscheid op grond van geslacht, door verzoekster in periode 1 januari 1988 – 17 mei 1990 geen recht op aansluiting bij de pensioenregeling te geven, omdat zij standby-kracht was.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, CAO's, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Pensioenfondsen, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-03
15 januari 2004
Verweerder maakt onderscheid op grond van ras jegens verzoeker door onzorgvuldige sollicitatieprocedure.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Onderwijs, Selectie, Sollicitatie, Taaleis, Werving, Werving & selectie

Oordeel 2004-04
19 januari 2004
Onderscheid op grond van geslacht bij de beloning; geen onderscheid op grond van nationaliteit.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Nationaliteit, Bedrijfsleven, Beloning, Functiewaardering

Oordeel 2004-05
19 januari 2004
Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning door de voorgenomen wijze van afbouw van het salaris.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Bedrijfsleven, Beloning, Functiewaardering

Oordeel 2004-06
26 januari 2004
Onderscheid op grond van geslacht door verzoeker geen medaille toe te kennen voor zijn loopprestaties.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Geslachtbepaaldheid, Ontvankelijkheid, Voorkeursbeleid: vrouwen

Oordeel 2004-07
27 januari 2004
Verenigingsrecht. Commissie is niet bevoegd om te oordelen over bepalingen in de Statuten en het Huishoudelijk Reglement en de naleving daarvan.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Seksuele gerichtheid, Aanbieden van goederen en diensten, Bevoegdheid Commissie (CGB), Vereenvoudigde procedure

Oordeel 2004-08
29 januari 2004
Onderscheid op grond van ras en godsdienst door verzoeker niet te vrijwaren van discriminatie op de werkvloer.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Godsdienst, Arbeidsvoorwaarden, Discriminatie op de werkvloer, Islam, Midden- en kleinbedrijf

Oordeel 2004-09
29 januari 2004
Niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van arbeidsduur door voor het uitoefenen van de taak als afdelingsleider, naast het docentschap, een toelage te verstrekken die is gerelateerd aan de betrekkingsomvang.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Objectieve rechtvaardiging, Onderwijs

Oordeel 2004-10
2 februari 2004
Door het gevoerde voorkeursbeleid voor vrouwen voor de functie Lector heeft verweerder jegens verzoeker geen verboden onderscheid gemaakt. Door de wijze waarop verweerder de advertentie heeft gesteld wel.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Functiebenaming, Personeelsadvertentie, Selectie, Sollicitatie, Voorkeursbeleid: vrouwen, Werving & selectie

Oordeel 2004-11
5 februari 2004
Onderscheid op grond van ras door discriminerende bejegening en door het niet aangaan van een arbeidsverhouding
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-12
13 februari 2004
Verweerder heeft jegens verzoeker geen onderscheid op grond van ras gemaakt bij de bejegening, noch bij de advisering voor een vervolgopleiding, maar heeft wel onderscheid gemaakt op grond van ras vanwege het tekort schieten bij het onderzoek en de afhandeling van klachten van verzoeker.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aanbieden van goederen en diensten

Oordeel 2004-13
17 februari 2004
Verweerster maakt verboden onderscheid op grond van ras door verzoeker de toegang tot het uitgaanscentrum te weigeren en voorts door niet op zijn discriminatieklacht in te gaan.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aanbieden van goederen en diensten

Oordeel 2004-14
17 februari 2004
Indirect onderscheid op grond van de duur van de arbeidsovereenkomst in een arbeidsvoorwaardenreglement
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging

Oordeel 2004-15
1 maart 2004
Niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van ras door te weigeren in het postcodegebied waar verzoekster woont (gelegen in de Bijlmermeer in Amsterdam Zuidoost) een monteur langs te sturen voor het in orde maken van de ontvangst van programma's die verweerster als particuliere betaaltelevisieomroep uitzendt. Verzoekster noemt een dergelijke uitsluiting 'redlining'.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aanbieden van goederen en diensten, Dienstverlening, Objectieve rechtvaardiging

Oordeel 2004-16
1 maart 2004
Wachtjaar voor deelname aan pensioen niet objectief gerechtvaardigd.
1 Standaardprocedure
2 Vast of tijdelijk arbeidscontract, Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-17
1 maart 2004
Ongelijke behandeling op grond van de duur van de arbeidsovereenkomst. Wachttijd van een jaar niet objectief gerechtvaardigd. Verweerster is een stichting pensioenfonds.
1 Standaardprocedure
2 Vast of tijdelijk arbeidscontract, Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-18
2 maart 2004
Onderscheid op grond van arbeidsduur door verhogen eigen bijdrage voor gebruik lease-auto na vermindering arbeidsduur
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Dienstverlening

Oordeel 2004-19
4 maart 2004
Weigering vrijstelling van de leerplicht te verlenen voor vervulling godsdienstige verplichtingen. Verzoek deels niet ontvankelijk en Commissie deels niet bevoegd.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Aanbieden van goederen en diensten, Bevoegdheid Commissie (CGB), Ontvankelijkheid

Oordeel 2004-20
10 maart 2004
Door de dubbele verwijzing naar vrouwen in de wervingstekst maakt verzoekster onderscheid op grond van geslacht. Geen onderscheid bij de aanbieding van specifieke betrekking.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Geslacht, Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsbemiddeling, Functiebenaming, Personeelsadvertentie, Selectie, Vereenvoudigde procedure, Werving & selectie

Oordeel 2004-21
8 maart 2004
Een gemeente handelt in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte door een ambtenaar met een handicap niet te herplaatsen en door hem te ontslaan.
1 Spoedprocedure
2 Handicap/chronische ziekte, Handicap, Doeltreffende aanpassing

Oordeel 2004-22
10 maart 2004
Verweerster maakt indirect onderscheid op grond van ras en nationaliteit door te eisen dat in haar omgangshuis uitsluitend Nederlands wordt gesproken. Geen objectieve rechtvaardiging.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Nationaliteit, Aanbieden van goederen en diensten, Objectieve rechtvaardiging, Ontvankelijkheid, Taaleis

Oordeel 2004-23
12 maart 2004
Onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden, het laten volgen van onderwijs tijdens de arbeidsverhouding en bij het niet aangaan van een dienstverband
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer, Openbare dienst, Overheid

Oordeel 2004-24
18 maart 2004
Geen onderscheid op grond van ras bij de bejegening en de beëindiging van de arbeidsverhouding
1 Standaardprocedure
2 Ras, Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Dienstverlening, Discriminatie op de werkvloer, Zakelijke dienstverlening

Oordeel 2004-25
18 maart 2004
Geen onderscheid op grond van geslacht en arbeidsduur bij de bejegening en bij de beëindiging van het dienstverband van verzoekster omdat zij ouderschapsverlof heeft opgenomen en minder is gaan werken.
1 Spoedprocedure
2 Geslacht, Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Deeltijdarbeid, Dienstverlening, Ouderschapsverlof

Oordeel 2004-26
23 maart 2004
Onderscheid op grond van geslacht bij het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst in verband met zwangerschap.
1 Spoedprocedure
2 Geslacht, Aangaan arbeidsverhouding, Spoedprocedure, Tijdelijke dienst, Zwangerschap

Oordeel 2004-27
26 maart 2004
Werkgever maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door verzoeksters uit te sluiten van een pensioenvoorziening.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Geslacht, Objectieve rechtvaardiging, Onderwijs, Pensioenen

Oordeel 2004-28
26 maart 2004
Pensioenfonds maakt geen onderscheid op grond van geslacht door uitsluiting van verzoeksters van een pensioenvoorziening.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Onderwijs, Pensioenen, Pensioenfondsen

Oordeel 2004-29
30 maart 2004
Voorrangsregeling voor vakantieaanvragen van werknemers met schoolgaande kinderen en werknemers met ouders woonachtig op grote afstand is niet in strijd met de wet
1 Vereenvoudigde procedure
2 Burgerlijke staat, Ras, Arbeidsvoorwaarden

Oordeel 2004-30
30 maart 2004
Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Bedrijfsleven, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen

Oordeel 2004-31
30 maart 2004
Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Pensioenfondsen

Oordeel 2004-32
30 maart 2004
Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Pensioenfondsen

Oordeel 2004-33
30 maart 2004
Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Bedrijfsleven, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen

Oordeel 2004-34
30 maart 2004
Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren. Verweerster heeft geen verboden onderscheid gemaakt op grond van burgerlijke staat.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Burgerlijke staat, Objectieve rechtvaardiging, Openbare dienst, Pensioenen, Pensioenfondsen

Oordeel 2004-35
30 maart 2004
Verweerster heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door de kostwinnersfranchise bij de pensioenopbouw van verzoekster te hanteren. Verweerster heeft geen verboden onderscheid gemaakt op grond van burgerlijke staat.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Burgerlijke staat, Objectieve rechtvaardiging, Onderwijs, Pensioenen

Oordeel 2004-36
31 maart 2004
Verzoekster legt haar voorkeursbeleid ten aanzien van allochtonen en vrouwen bij de instroom en doorstroom van personeel ter toetsing aan de Commissie.
Geen onderscheid op grond van ras en geslacht.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Geslacht, Objectieve rechtvaardiging, Openbare dienst, Selectie, Voorkeursbeleid: allochtonen, Voorkeursbeleid: vrouwen, Werving & selectie

Oordeel 2004-37
1 april 2004
Onderscheid op grond van geslacht jegens verzoekster bij de berekening van de inkomensschade.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Ontvankelijkheid, Verzekeringen

Oordeel 2004-38
6 april 2004
Zaak wordt aangehouden in afwachting van informatie verzoekster.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Nationaliteit, Ras, Aanbieden van goederen en diensten, Dienstverlening, Onderwijs, Ontvankelijkheid

Oordeel 2004-39
13 april 2004
Geen onderscheid op grond van geslacht door verzoekster lager in te schalen en te belonen omdat de vergeleken functies niet van gelijke waarde zijn.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Beloning, Functiewaardering

Oordeel 2004-40
8 april 2004
Vergoeding eigen bijdrage kraamzorg alleen aan de vrouw uitkeren levert direct onderscheid op grond van geslacht op. Geen wettelijke uitzondering van toepassing.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Bescherming van de vrouw, Verzekeringen, Voorkeursbeleid: vrouwen, Zwangerschap

Oordeel 2004-41
22 april 2004
Verzoekster legt haar kledingvoorschrift op scholen ter beoordeling voor aan de Commissie. Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Aanbieden van goederen en diensten, Hoofddoek, Onderwijs, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-42
29 april 2004
Ontslag na getuigenis bij Commissie. Victimisatie niet aannemelijk gemaakt. Ook anderszins geen onderscheid.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Bevoegdheid Commissie (CGB), Victimisatie, Zorgsector

Oordeel 2004-43
29 april 2004
Verweerster heeft geen duidelijke procedure gevolgd bij haar besluit om de arbeidsovereenkomst met verzoekster niet te verlengen. Hierdoor heeft zij niet bewezen dat de zwangerschap van verzoekster hierbij geen enkele rol heeft gespeeld.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aangaan arbeidsverhouding, Beëindiging van arbeidsverhouding, Deeltijdarbeid, Zwangerschap, Zwangerschapsverlof

Oordeel 2004-44
29 april 2004
Verzekeraar maakt verboden onderscheid op grond van geslacht jegens een zelfstandige door voor toekenning van een zwangerschapsuitkering een wachttijd van twee jaar te hanteren, door als voorwaarde voor een zwangerschapsuitkering te stellen dat zowel een eerstejaars als een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering zijn afgesloten en door zwangerschap uit te sluiten van de vastekostenverzekering.
1 Spoedprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Verzekeringen, Zwangerschap

Oordeel 2004-45
29 april 2004
Verzekeraar maakt verboden onderscheid op grond van geslacht jegens een zelfstandige door voor toekenning van een zwangerschapsuitkering de voorwaarde te stellen dat zowel een eerstejaars als een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering zijn afgesloten en door zwangerschap uit te sluiten van de vastekostenverzekering.
1 Spoedprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Verzekeringen, Zwangerschap

Oordeel 2004-46
4 mei 2004
Onderscheid op grond van leeftijd bij de toekenning van salarisverhogingen en de opbouw van pensioenrechten
1 Standaardprocedure
2 Leeftijd

Oordeel 2004-47
4 mei 2004
Het Ministerie van Defensie heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van geslacht door verzoekster lager in te schalen en te belonen dan een mannelijke collega. Geen onderscheid doordat verzoekster werd overgeplaatst nadat zij bij verweerder klaagde over het beloningsonderscheid.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Beloning, Functiewaardering, Overheid

Oordeel 2004-48
7 mei 2004
Verweerster heeft bewezen dat bij de beslissing een tijdelijke arbeidsovereenkomst niet om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de afkomst van verzoeker niet mede een rol heeft gespeeld en dat ook overigens niet in strijd met de gelijke behandelingswetgeving is gehandeld. Geen onderscheid op grond van ras.
1 Spoedprocedure
2 Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Ontvankelijkheid, Spoedprocedure

Oordeel 2004-49
10 mei 2004
Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst en ras bij de bejegening leidend tot de beëindiging van het dienstverband.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Ras, Beëindiging van arbeidsverhouding

Oordeel 2004-50
10 mei 2004
Publieke uitlatingen van een werkvoorzieningschap over gehandicapte werknemers niet in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.
1 Standaardprocedure
2 Handicap/chronische ziekte, Discriminatie op de werkvloer, Handicap

Oordeel 2004-51
17 mei 2004
Publieke uitlatingen van een werkvoorzieningschap over gehandicapte werknemers niet in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.
1 Standaardprocedure
2 Leeftijd, Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen

Oordeel 2004-52
17 mei 2004
Werknemersbijdrage bij beschikbare premieregeling als percentage van de pensioengrondslag niet in strijd met WGB l. Werknemersbijdrage bij beschikbare premieregeling als percentage van de beschikbare premie in strijd met WGB l.
1 Standaardprocedure
2 Leeftijd, Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen

Oordeel 2004-53
14 mei 2004
Onderscheid op grond van geslacht bij de vervulling van een openstaande betrekking vanwege zwangerschap en vanwege de wens om ouderschapsverlof op te nemen.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsduur, Deeltijdarbeid, Openbare dienst, Overheid, Sollicitatie, Werving & selectie, Zwangerschap

Oordeel 2004-54
13 mei 2004
Deeltijder uitgesloten van jubileumuitkering. Onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd is.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Deeltijdarbeid, Objectieve rechtvaardiging

Oordeel 2004-55
18 mei 2004
De Commissie is niet bevoegd te oordelen over de vraag of een school voor volwasseneducatie zich houdt aan de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, wanneer geen sprake is van beroepsonderwijs.
1 Standaardprocedure
2 Handicap/chronische ziekte, Bevoegdheid Commissie (CGB), Handicap, Beroepsopleiding/beroepsonderwijs, Toegankelijkheid

Oordeel 2004-56
24 mei 2004
Verweerder maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit door verzoeker niet toe te laten tot zijn café omdat hij geen toerist is.
1 Standaardprocedure
2 Nationaliteit, Aanbieden van goederen en diensten

Oordeel 2004-57
24 mei 2004
Verweerder maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit door verzoekers niet toe te laten tot zijn café omdat zij Nederlanders zijn.
1 Standaardprocedure
2 Nationaliteit, Aanbieden van goederen en diensten

Oordeel 2004-58
25 mei 2004
Onderscheid op grond van arbeidsduur bij voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Beëindiging van arbeidsverhouding, Deeltijdarbeid, EG-recht, Industrie

Oordeel 2004-59
27 mei 2004
Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte nu onvoldoende aannemelijk is dat de studievertraging van verzoeker te wijten is aan de niet verkregen extra tentamentijd.
1 Standaardprocedure
2 Handicap/chronische ziekte, Doeltreffende aanpassing, Beroepsopleiding/beroepsonderwijs

Oordeel 2004-60
4 juni 2004
Verweerster, een school, maakt jegens verzoeker, een gescheiden man, onderscheid door hem niet gelijk als de moeder van zijn dochter te betrekken bij de schoolsituatie van zijn dochter, voorzover dit onderscheid niet voortvloeit uit de feitelijke woonsituatie van de dochter.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Geslacht, Burgerlijke staat, Aanbieden van goederen en diensten, Onderwijs

Oordeel 2004-61
8 juni 2004
Niet voldoende feiten aangevoerd die onderscheid op grond van burgerlijke staat dan wel geslacht kunnen doen vermoeden.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Burgerlijke staat, Aanbieden van goederen en diensten, Alleenstaande

Oordeel 2004-62
9 juni 2004
School maakt bij de toelating van leerlingen geen onderscheid op grond van ras. De Commissie geeft verweerder wel een aanbeveling voor een inzichtelijke, controleerbare en systematische toelatingsprocedure.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aanbieden van goederen en diensten, Onderwijs

Oordeel 2004-63
8 juni 2004
Onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst door geen bonus toe te kennen aan tijdelijke werknemer. Daarnaast onderscheid op grond van geslacht bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Geslacht, Aangaan arbeidsverhouding, Beloning, Objectieve rechtvaardiging, Zwangerschap

Oordeel 2004-64
8 juni 2004
Het uitsluiten van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van de bonusregeling is niet objectief gerechtvaardigd.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging

Oordeel 2004-65
11 juni 2004
Geen onderscheid in de zin van artikel 7:649 BW door de in het arbeidsvoorwaarden-reglement opgenomen bepaling over functionerings- en beoordelingsgesprekken alleen van toepassing te verklaren op werknemers met een contract voor onbepaalde tijd.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Vast of tijdelijk arbeidscontract, Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Tijdelijke dienst, Vereenvoudigde procedure

Oordeel 2004-66
26 mei 2004
Verzoek om versnelde behandeling wordt afgewezen.
1 Spoedprocedure
2 Politieke gezindheid, spoedprocedure

Oordeel 2004-67
10 juni 2004
Direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan vanwege het recente medische verleden.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Handicap/chronische ziekte, Aangaan arbeidsverhouding, Handicap, Chronische ziekte

Oordeel 2004-68
10 juni 2004
Verweerster maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door het aanbieden van een arbeidsongeschiktheidsverzekering waarbij geen uitkering wordt verstrekt bij arbeidsongeschiktheid die is ontstaan, bevorderd of verergerd door zwangerschap die is gevolgd uit fertiliteitsbehandeling.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten

Oordeel 2004-69
14 juni 2004
Geen onderscheid op grond van arbeidsduur door verhogen eigen bijdrage voor gebruik lease-auto na vermindering arbeidsduur.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Ondernemingsraden

Oordeel 2004-70
17 juni 2004
Commissie niet bevoegd te oordelen over afwijzing aanvraag verklaring van vakbekwaamheid.
1 Standaardprocedure
2 Nationaliteit, Ras, Bevoegdheid Commissie (CGB), EG-recht, Overheid

Oordeel 2004-71
15 juni 2004
Geen onderscheid op grond van geslacht bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst. Beleid met betrekking tot eisen aan diploma's en opleiding levert weerlegging van het vermoeden op.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aangaan arbeidsverhouding, CAO's, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-72
17 juni 2004
De Commissie acht zich niet bevoegd om te oordelen over de weigering een pruik en een eigen bijdrage voor die pruik te vergoeden op grond van respectievelijk de Zfw en de aanvullende verzekering.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Bevoegdheid Commissie (CGB), Gezondheidszorg, Zakelijke dienstverlening

Oordeel 2004-73
17 juni 2004
De Commissie acht zich niet bevoegd om te oordelen over de intrekking van een subsidie voor de kosten van epilatie, gebaseerd op de Zfw. Verweerster maakt verboden onderscheid op grond van geslacht door in de aanvullende verzekering te bepalen dat slechts een vergoeding wordt verstrekt aan als vrouw geboren verzekerden.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Bevoegdheid Commissie (CGB), Geslachtbepaaldheid, Gezondheidszorg, Zakelijke dienstverlening

Oordeel 2004-74
17 juni 2004
Commissie niet bevoegd een oordeel te geven over ongelijke behandeling op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst en de bejegening. Geen onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden. Verboden onderscheid op grond van ras bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst.
1 Standaardprocedure
2 Vast of tijdelijk arbeidscontract, Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Discriminatie op de werkvloer, Objectieve rechtvaardiging, Taaleis, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-75
17 juni 2004
Verweerster maakt geen onderscheid op grond van geslacht jegens verzoeker door de sauna één dag per week uitsluitend open te stellen voor vrouwen.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Geslachtbepaaldheid

Oordeel 2004-76
21 juni 2004
Het voor alle werknemers opnemen van een wacht- of drempeltijd van 6 maanden in pensioenregeling en het expliciet uitsluiten van de pensioenregeling van seizoenarbeiders leiden in het specifieke geval van verzoeksters niet tot onderscheid op grond van de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst.
1 Standaardprocedure
2 Vast of tijdelijk arbeidscontract, Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-77
24 juni 2004
Direct onderscheid op grond van ras door werknemer onvoldoende te beschermen tegen discriminerend gedrag van patiënt. Geen onderscheid op grond van ras bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer, Zorgsector

Oordeel 2004-78
25 juni 2004
Geen onderscheid bij de beloning op grond van geslacht. De salarisgarantieregeling is niet significant nadelig voor vrouwen.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Functiebenaming, Functiewaardering, Onderwijs

Oordeel 2004-79
28 juni 2004
Verzoeker heeft geen feiten aangedragen die kunnen doen vermoeden dat de beëindiging van de arbeidsverhouding verband houdt met zijn godsdienst.
1 Standaardprocedure
2 Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-80
29 juni 2004
Direct onderscheid op grond van godsdienst door het afwijzen van een stageplaats in een artsenpraktijk aan een stagiaire met hoofddoek. De klacht aangaande taaleis kan niet worden onderzocht.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Hoofddoek, Islam, Taaleis, Vereenvoudigde procedure

Oordeel 2004-81
1 juli 2004
Uitsluiten van tijdelijke, buitenlandse werknemers van deelname aan de pensioenregeling niet objectief gerechtvaardigd.
1 Standaardprocedure
2 Pensioenen, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-82
30 juni 2004
Verzoeksters klacht over seksuele intimidatie is niet zorgvuldig behandeld. Verweerster heeft het wel of niet verlengen van de arbeidsovereenkomst niet voldoende gescheiden gehouden van verzoeksters klacht over seksuele intimidatie.
1 Spoedprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer, Spoedprocedure

Oordeel 2004-83
5 juli 2004
Direct onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. Werkgever kan niet bewijzen dat het WAO-verleden van sollicitante geen rol heeft gespeeld bij de afwijzing voor de functie.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding

Oordeel 2004-84
5 juli 2004
Geen onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden als gevolg van een in 1985 ingevoerde salarisgarantieregeling in de gezondheidszorg.
1 Standaardprocedure
2 Beloning, Functiewaardering, Gezondheidszorg

Oordeel 2004-85
5 juli 2004
Geen onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarden als gevolg van een in de CAO voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen neergelegde salarisgarantieregeling.
1 Standaardprocedure
2 Beloning, CAO's, Functiewaardering, Gezondheidszorg

Oordeel 2004-86
6 juni 2004
Onderscheid op grond van geslacht doordat verweerder verzoekster onvoldoende heeft beschermd tegen discriminatie op de werkvloer. Commissie niet bevoegd te beoordelen of verweerder onderscheid op grond van arbeidsduur bij de bejegening heeft gemaakt.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Dienstverlening, Discriminatie op de werkvloer, Zorgsector

Oordeel 2004-87
6 juni 2004
Geen onderscheid op grond van godsdienst bij het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst en bij de bejegening.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Hoofddoek, Islam, Onderwijs

Oordeel 2004-88
8 juli 2004
Indirect onderscheid op grond van nationaliteit. De aangedragen objectieve rechtvaardigingsgrond kan niet door de Commissie worden beoordeeld zonder nadere informatie van de opdrachtgever over de functie van grondstewardess. Zaak wordt aangehouden tot nader te bepalen zitting waarbij de opdrachtgever als getuige zal worden gehoord.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Objectieve rechtvaardiging, Sollicitatie, Taaleis, Uitzendarbeid

Oordeel 2004-89
13 juli 2004
Het kledingvoorschrift voor de lessen lichamelijke opvoeding kan in situaties die niet door de daarbij voorgestelde uitzonderingsbepaling worden bestreken in bepaalde gevallen onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg hebben.
1 Standaardprocedure
2 Onderwijs, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-90
12 juli 2004
Een verzekeringsmaatschappij handelt in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte door de tandheelkundige behandeling van gehandicapten anders te vergoeden dan de tandheelkundige behandeling van niet-gehandicapten
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Bevoegdheid Commissie (CGB), Verzekeringen, Zakelijke dienstverlening, Handicap

Oordeel 2004-91
15 juli 2004
Verzoekster heeft geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid op grond van ras bij het weigeren van toegang tot een sportcentrum.
1 Standaardprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Bedrijfsleven

Oordeel 2004-92
19 juli 2004
De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of verzoekster onderscheid op grond van godsdienst maakt nu het doen van een bindende voordracht van leden van de Raad van Commissarissen niet onder de wetgeving gelijke behandeling valt.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Bevoegdheid Commissie (CGB)

Oordeel 2004-93
20 juli 2004
Geen onderscheid op grond van ras bij bejegening op werkvloer door collega's en leidinggevenden en bij toebedeling van werk. Strijd met wetgeving gelijke behandeling omdat verweerster klachten van verzoeker over discriminatie onvoldoende zorgvuldig heeft onderzocht.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Discriminatie op de werkvloer, Industrie

Oordeel 2004-94
20 juli 2004
MBO-school laat licht autistische student niet deelnemen aan toelatingsprocedure en aan het onderwijs. Strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte.
1 Standaardprocedure
2 Bevoegdheid Commissie (CGB), Handicap, Beroepsopleiding/beroepsonderwijs

Oordeel 2004-95
23 juli 2004
Verboden onderscheid op grond van godsdienst doordat de directeur van een basisschool weigerde te communiceren met een moeder die een gezichtsbedekkende sluier draagt.
1 Standaardprocedure
2 Objectieve rechtvaardiging, Onderwijs, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-96
30 juli 2004
Onderscheid op grond van geslacht bij de beloning door verzoekster lager te belonen dan haar mannelijke collega, terwijl de functies gelijkwaardig zijn.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, Beloning, Functiewaardering, Midden- en kleinbedrijf

Oordeel 2004-97
3 augustus 2004
In de periode 1985-1997 heeft verweerster jegens verzoekster onderscheid gemaakt op grond van geslacht bij de beloning. Dit geldt evenwel niet voor de periodes 1978-1985 en 1997-2003.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Functiebenaming, Functiewaardering

Oordeel 2004-98
9 augustus 2004
Verweerster heeft niet bewezen dat de zwangerschap van verzoekster geen rol heeft gespeeld bij het opzeggen van verzoeksters arbeidsovereenkomst tijdens haar proeftijd. Onderscheid op grond van geslacht.
1 Standaardprocedure
2 Beëindiging van arbeidsverhouding, Zwangerschap

Oordeel 2004-99
10 augustus 2004
Een werving- en selectiebureau heeft verboden onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen door een opdrachtgever te informeren over de zwangerschap van een kandidaat.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsbemiddeling, Werving & selectie, Zwangerschap

Oordeel 2004-100
10 augustus 2004
Verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen door verzoekster af te wijzen voor een functie mede omdat zij zwanger was.
1 Standaardprocedure
2 Werving & selectie, Zwangerschap

Oordeel 2004-101
12 augustus 2004
Onderscheid op grond van arbeidsduur bij de vaststelling van de hoogte van de ziektekostenpremie na afloop van de aanstelling.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Overheid, Verzekeringen

Oordeel 2004-102
13 augustus 2004
Vrijwillige beschikbare premieregeling, waarbij werknemers de beschikbare premie tot een afgetopte staffel kunnen aanvullen, is in strijd met de WGB l. Beschikbare premieregeling, waarbij een premie beschikbaar wordt gesteld die 4% van de pensioengrondslag bedraagt, is niet in strijd met WGB l.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Pensioenfondsen, Verzekeringen

Oordeel 2004-103
13 augustus 2004
Oordeel over de vraag of een naar leeftijd gedifferentieerde eigen bijdrage bij een beschikbare premieregeling in strijd is met de WGB l aangehouden.
Oordeel over de vraag of een vrijwillige beschikbare premieregeling, waarbij werknemers hun beschikbare premie kunnen aanvullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel in strijd is met de WGB l aangehouden.
1 Standaardprocedure
2 Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Pensioenfondsen, Verzekeringen

Oordeel 2004-104
17 augustus 2004
Verweerster heeft niet kunnen bewijzen dat de seksuele gerichtheid van verzoeker geen rol heeft gespeeld bij het afbreken van de onderhandelingen ten behoeve van een samenwerkingsovereenkomst.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Bevoegdheid Commissie (CGB), Selectie, Sollicitatie

Oordeel 2004-105
23 augustus 2004
Pensioen. Geen opbouw pensioen. Geen vermoeden van onderscheid op grond van geslacht.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Pensioenen, Pensioenfondsen

Oordeel 2004-106
23 augustus 2004
Pensioen. Geen opbouw pensioen. Geen vermoeden van onderscheid op grond van geslacht.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Pensioenen, Pensioenfondsen

Oordeel 2004-107
19 augustus 2004
Werkgever besluit het loon van een WAO-er niet te verhogen en om zijn sociaal loon af te bouwen. Het eerste is in strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte; het tweede is daarmee niet in strijd.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Handicap, Reïntegratie

Oordeel 2004-108
24 augustus 2004
Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door de arbeidsovereenkomst met verzoeker te beëindigen, omdat verzoeker geen feiten heeft aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden.
1 Spoedprocedure
2 Beëindiging van arbeidsverhouding, Handicap

Oordeel 2004-109
30 augustus 2004
Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door met verzoeker geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Handicap, Reïntegratie

Oordeel 2004-110
1 september 2004
Door invoering van haar kledingvoorschriften zal verzoekster, een scholengemeenschap, niet in strijd handelen met de wetgeving gelijke behandeling.
1 Standaardprocedure
2 Hoofddoek, Objectieve rechtvaardiging, Onderwijs, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-111
6 september 2004
Geen verboden onderscheid op grond van arbeidsduur en/of geslacht door de nieuwe wijze van inroosteren, waarbij het personeel wordt ingeroosterd op basis van het verwachte werkaanbod.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, Deeltijdarbeid, Objectieve rechtvaardiging, Ondernemingsraden

Oordeel 2004-112
8 september 2004
Verweerster maakt indirect onderscheid in strijd met de wet door bezoekers slechts toe te laten tot haar restaurant op voorwaarde dat zij hun hoofddoeken en -deksels afnemen.
1 Standaardprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Hoofddoek, Horeca, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-113
14 september 2004
Onderscheid op grond van ras en geslacht bij de bejegening en bij de beëindiging van de arbeidsverhouding nu verweerster het door verzoekster gevestigde vermoeden van onderscheid niet kan weerleggen.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-114
14 september 2004
Geen onderscheid op grond van ras en/of geslacht bij de bejegening en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wel strijd met de wet nu formele werkgever niet adequaat heeft gereageerd op klachten van verzoekster over discriminatie door feitelijk werkgever.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-115
16 september 2004
Geen onderscheid op grond van geslacht of arbeidsduur bij het aanbieden van functies gericht op de terugkeer naar het werk van verzoekster.
1 Spoedprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Bevoegdheid Commissie (CGB), Deeltijdarbeid, Ouderschapsverlof, Zwangerschap, Zwangerschapsverlof, Passende arbeid

Oordeel 2004-116
21 september 2004
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.
1 Spoedprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Ontvankelijkheid, Spoedprocedure, Zakelijke dienstverlening

Oordeel 2004-117
24 september 2004
Onderscheid op grond van arbeidsduur door alleen aan zittende deeltijders de mogelijkheid te bieden 50% van hun ADV in te ruilen voor 2,5% salarisverhoging.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Midden- en kleinbedrijf, Objectieve rechtvaardiging

Oordeel 2004-118
24 september 2004
Onderscheid naar leeftijd bij toekenning van extra vakantiedagen aan werknemers van 45 jaar en ouder en aan werknemers die meer dan 10, 15 of 20 jaar in dienst zijn en bij de toekenning van arbeidsduurvermindering aan werknemers van 60 jaar en ouder.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Midden- en kleinbedrijf, Objectieve rechtvaardiging

Oordeel 2004-119
24 september 2004
Geen onderscheid op grond van ras of afkomst door verzoeker niet langer in te zetten als panellid in een televisieprogramma.
1 Standaardprocedure
2 Beëindiging van arbeidsverhouding, Bevoegdheid Commissie (CGB), Cultuur

Oordeel 2004-120
27 september 2004
Geen onderscheid op grond van godsdienst bij het niet mogen uitstappen bij een bushalte. Zorgvuldige klachtbehandeling door verweerster.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Islam, Vervoer

Oordeel 2004-121
28 september 2004
Verweerster maakt onderscheid op grond van burgerlijke staat door niet te bemiddelen bij het zoeken van nieuwe woonruimte voor verzoekster en haar dochter na de scheiding van een partner met wie verzoekster noch gehuwd was, noch een geregistreerd partnerschap had.
1 Standaardprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten

Oordeel 2004-122
28 september 2004
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij een eindloonregeling, waarbij salarisverhogingen vanaf een bepaalde leeftijd niet meetellen voor de berekening van het pensioen of waarbij vanaf een bepaalde leeftijd van een eindloonsysteem wordt overgegaan op een geïndexeerd middelloonsysteem.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Verzekeringen

Oordeel 2004-123
28 september 2004
Oordeel over de vraag of een beschikbare premieregeling, waarbij de staffel is gebaseerd op een rekenrente van 3%, in strijd is met de WGB l aangehouden.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Verzekeringen

Oordeel 2004-124
30 september 2004
Onderscheid op grond van geslacht bij het niet aangaan van een detacherings-overeenkomst. Bedrijfseconomische omstandigheden niet bewezen.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Zwangerschap, Zwangerschapsverlof

Oordeel 2004-125
1 oktober 2004
Geen verboden onderscheid op grond van godsdienst, ras of nationaliteit bij afwijzing van sollicitante voor de functie van betontekenaar. Aanbevelingen aan verweerster.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsbemiddeling, Hoofddoek, Industrie, Islam, Selectie, Sollicitatie, Werving & selectie

Oordeel 2004-126
1 oktober 2004
Verweerster handelt niet in strijd met gelijkebehandelingswetgeving door het verlenen van een ontslagvergunning.
1 Standaardprocedure
2 Beëindiging van arbeidsverhouding

Oordeel 2004-127
4 oktober 2004
Geen onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst bij toekenning van eindejaarsuitkering en winstuitkering.
1 Spoedprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-128
5 oktober 2004
Verweerster, een aanbieder van een huiskamerproject voor mensen met een psychiatrische achtergrond, heeft jegens verzoeker onderscheid gemaakt op grond van godsdienst en ras door onvoldoende op te treden tegen discriminerende bejegening.
1 Standaardprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-129
11 oktober 2004
Verweerder maakt indirect onderscheid op grond van godsdienstige overtuiging door bezoekers slechts toe te laten tot zijn feestcafé op voorwaarde dat zij hun hoofddeksels afnemen.
1 Standaardprocedure
2 Hoofddoek, Horeca, Ontvankelijkheid, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-130
11 oktober 2004
Onderscheid op grond van leeftijd door verzoekster geen vacatures aan te bieden en geen nieuwe arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, CAO's, Onderwijs, Sollicitatie

Oordeel 2004-131
14 oktober 2004
Geen onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras bij aanbieding functie noch bij selectie voor die functie.
1 Standaardprocedure
2 Objectieve rechtvaardiging, Sollicitatie, Taaleis, Uitzendarbeid, Werving & selectie

Oordeel 2004-132
14 oktober 2004
Geen onderscheid naar nationaliteit en/of ras nu uitzendbureau verzoeker niet heeft afgewezen omdat hij niet in Spanje is geboren, maar omdat hij eerder via een ander uitzendbureau op dezelfde functie had gesolliciteerd.
1 Standaardprocedure
2 Objectieve rechtvaardiging, Taaleis, Uitzendarbeid, Werving & selectie

Oordeel 2004-133
14 oktober 2004
Geen onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras nu vaststaat dat uitzendbureau verzoeker die niet in Spanje is geboren – ondanks functie-eis 'native Spanish' – als kandidaat heeft voorgedragen bij een inlener.
1 Standaardprocedure
2 Sollicitatie, Taaleis, Uitzendarbeid, Werving & selectie

Oordeel 2004-134
14 oktober 2004
Bevoegdheid Commissie. Vaststelling hoogte van het instellingscollegegeld is beleid dat getoetst kan worden aan AWGB. Betreffende regeling maakt verboden onderscheid op grond van nationaliteit.
1 Spoedprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Bevoegdheid Commissie (CGB), Onderwijs

Oordeel 2004-135
15 oktober 2004
Ongelijke beloning. Verweerster niet geslaagd in de weerlegging van het vermoeden.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning

Oordeel 2004-136
18 oktober 2004
Geen feiten die onderscheid op grond van ras bij discriminatoire bejegening op werkvloer kunnen doen vermoeden. Klachtbehandeling levert geen strijd met wetgeving gelijke behandeling op.
1 Standaardprocedure
2 Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-137
19 oktober 2004
Geen verboden onderscheid op grond van nationaliteit bij taaleis. Indirect onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Aanbevelingen aan verweerster.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsbemiddeling, Objectieve rechtvaardiging, Personeelsadvertentie, Selectie, Sollicitatie, Taaleis, Uitzendarbeid, Werving & selectie

Oordeel 2004-138
25 oktober 2004
Door invoering van de voorgenomen kledingvoorschriften zullen de Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad en het bestuur van een vereniging van scholen voor primair katholiek onderwijs op onderdelen onderscheid op grond van godsdienst maken.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Hoofddoek, Kledingvoorschriften, Ontvankelijkheid, Onderwijs

Oordeel 2004-139
25 oktober 2004
Geen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Verzoeker is niet geschikt.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Bedrijfsleven, Handicap

Oordeel 2004-140
26 oktober 2004
Kosten voor aangepast examen doorberekend aan gehandicapten. Strijd met de wet.
1 Standaardprocedure
2 Bevoegdheid Commissie (CGB), Handicap, Doeltreffende aanpassing, Beroepsopleiding/beroepsonderwijs

Oordeel 2004-141
29 oktober 2004
Onderscheid op grond van leeftijd en op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst in pensioenregeling vanwege belonen van anciënniteit.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Bevoegdheid Commissie (CGB), Ondernemingsraden, Tijdelijke dienst, Leeftijd

Oordeel 2004-142
2 november 2004
Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij een beschikbare premieregeling, waarbij de beschikbare premie wordt vastgesteld op basis van een afgevlakte staffel.
1 Standaardprocedure
2 Leeftijd, Arbeidsvoorwaarden, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Verzekeringen

Oordeel 2004-143
2 november 2004
Onderscheid op grond van ras door verzoeker af te wijzen voor telemarketeer vanwege zijn buitenlandse accent.
1 Standaardprocedure
2 Bedrijfsleven, Objectieve rechtvaardiging, Sollicitatie, Taaleis

Oordeel 2004-144
2 november 2004
Onderscheid op grond van leeftijd ingeval van een overstap van een collectieve ziektekostenverzekering met een leeftijdsonafhankelijke premie naar een collectieve ziektekostenverzekering met een leeftijdsafhankelijke premie.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, Objectieve rechtvaardiging, Verzekeringen

Oordeel 2004-145
5 november 2004
Beoordelings- en beloningssysteem leidt niet tot onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Chronische ziekte

Oordeel 2004-146
5 november 2004
School wijst man met handicap af voor vacature wegens gebrek gezag en overwicht. Strijd met de WGB h/cz.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Werving & selectie, Handicap

Oordeel 2004-147
9 november 2004
Onderscheid op grond van geslacht zowel door verzoekster niet te vrijwaren van discriminatoire bejegening, als door haar klacht daaromtrent niet zorgvuldig te behandelen en door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, Discriminatie op de werkvloer, Tijdelijke dienst

Oordeel 2004-148
15 november 2004
Direct onderscheid op grond van godsdienst.
1 Standaardprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Bevoegdheid Commissie (CGB), Hoofddoek, Islam, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-149
15 november 2004
Verzoek niet-ontvankelijjk
1 Standaardprocedure
2 Aanbieden van goederen en diensten, Hoofddoek, Islam, Objectieve rechtvaardiging, Ontvankelijkheid, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-150
15 november 2004
Afbouwregeling en regeling leeftijdsvakantiedagen in strijd met WGB l.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden

Oordeel 2004-151
18 november 2004
Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur door verzoeker niet naar rato compensatie te geven voor feestdagen die onevenredig vaak op zijn vaste vrije dag vallen.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid

Oordeel 2004-152
25 november 2004
Geen vermoeden van onderscheid. Geen strijd met de wet.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer

Oordeel 2004-153
30 november 2004
Verboden onderscheid op grond van godsdienst door de cliënte van verzoekster vanwege haar kleding, waaronder haar hoofddoek, niet in aanmerking te laten komen voor een stageplaats.
Voorgelegde conceptrichtlijnen zijn in strijd met gelijkebehandelingswetgeving indien ze als beleid zouden worden vastgesteld.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Hoofddoek, Islam, Objectieve rechtvaardiging, Selectie, Sollicitatie, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-154
2 december 2004
Verboden onderscheid op grond van geslacht door in het kledingreglement geen bermuda op te nemen voor mannen.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, EG-recht

Oordeel 2004-155
2 december 2004
Direct onderscheid op grond van ras bij de arbeidsvoorwaarden door de woorden 'houding is correct, maar wel erg Surinaams' in het functioneringsverslag. Onderscheid op grond van ras bij de beëindiging van de arbeidsverhouding. Strijd met wet bij klachtbehandeling. Sprake van victimisatie vanwege klagen van verzoekster. Aanbevelingen aan verweerster.
1 Standaardprocedure
2 Ras, Arbeidsvoorwaarden, Beëindiging van arbeidsverhouding, Discriminatie op de werkvloer, Uitzendarbeid, Victimisatie

Oordeel 2004-156
3 december 2004
Onderscheid op grond van leeftijd door toepassen van leeftijdsbewust personeelsbeleid. Strijd met de WGB l door verzoeker niet te wijzen op klachtenregeling.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Bevoegdheid Commissie (CGB), Leeftijd

Oordeel 2004-157
3 december 2004
Thuishulp met oproepovereenkomst werd feitelijk beschouwd als vaste kracht. Geen strijd met de wet.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Handicap of chronische ziekte

Oordeel 2004-158
8 december 2004
Vergelijkbaarheid van verantwoordelijkheden van een medewerker en haar leidinggevende. Opdracht tot loontechnisch onderzoek.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsvoorwaarden

Oordeel 2004-159
9 december 2004
Ongelijke beloning op grond van geslacht. Dubbele weging van factoren van de functie en daardoor ongelijke toepassing van beloningsmaatstaven.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Functiewaardering

Oordeel 2004-160
13 december 2004
Verweerster heeft het vermoeden dat verzoekster is afgewezen voor een functie als leerkracht omdat zij geen islamitische achtergrond heeft, niet kunnen weerleggen en daarmee jegens haar onderscheid gemaakt op grond van godsdienst.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Onderwijs, Sollicitatie, Werving & selectie

Oordeel 2004-161
13 december 2004
WSW-medewerker kan zich wat betreft zijn loon niet vergelijken met
niet-gesubsidieerde collega's. Geen strijd met de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGB h/cz).
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, CAO's, Handicap of chronische ziekte

Oordeel 2004-162
17 december 2004
Onderscheid op grond van arbeidsduur bij toetreding tot de collectieve ziektekostenverzekering. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur bij de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming in de ziektekosten op basis van het inkomen.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, CAO's, Deeltijdarbeid, Onderwijs

Oordeel 2004-163
17 december 2004
Geen verboden onderscheid op grond van geslacht of leeftijd in weduwepensioen omdat pensioenrechten zijn opgebouwd voor 17 mei 1990 en voor inwerkingtreding WGBl
1 Vereenvoudigde procedure
2 Geslacht, Pensioenen, Vereenvoudigde procedure, Leeftijd

Oordeel 2004-164
20 december 2004
Verweerster handelt in strijd met de wet.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Godsdienst, Aangaan arbeidsverhouding, Hoofddoek, Islam, Schoonmaakbranche, Uitzendarbeid, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-165
20 december 2004
Verweerster maakt onderscheid op grond van godsdienst en geslacht.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Godsdienst, Aangaan arbeidsverhouding, Hoofddoek, Islam, Schoonmaakbranche, Uitzendarbeid, Kledingvoorschriften

Oordeel 2004-166
20 december 2004
Een leer-, werk-, en reïntegratiebedrijf maakt geen onderscheid op grond van handicap en/of chronische ziekte bij de aanstelling tot ambtenaar en/of bij de beloning jegens medewerkers die werkzaam zijn op basis van de Wet sociale werkvoorziening.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Functiebenaming, Functiewaardering, Handicap of chronische ziekte, Handicap, Chronische ziekte, Reïntegratie, Doeltreffende aanpassing, Passende arbeid

Oordeel 2004-167
21 december 2004
De voorwaarde die verweerder stelde om in aanmerking te komen voor een extra tegemoetkoming in de reiskosten levert verboden onderscheid op jegens deeltijders. Verweerder heeft jegens verzoekster geen onderscheid gemaakt op grond van geslacht.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsduur, Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, Deeltijdarbeid, Zwangerschap, Zwangerschapsverlof

Oordeel 2004-168
21 december 2004
Onderscheid op grond van godsdienst bij de beëindiging van een arbeidsverhouding niet verboden vanwege de identiteit van de onderwijsinstelling.
1 Standaardprocedure
2 Godsdienst, Beëindiging van arbeidsverhouding, Onderwijs, Bewijslast

Oordeel 2004-169
21 december 2004
Geen verboden onderscheid op grond van geslacht vanwege zwangerschap bij niet verlengen/omzetten van arbeidsovereenkomst. Wel aanbevelingen aan verweerster.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aangaan arbeidsverhouding, Dienstverlening, Verzekeringen, Zwangerschap

Oordeel 2004-170
21 december 2004
Geen vermoeden van onderscheid op grond van afkomst.
1 Spoedprocedure
2 Ras, Aangaan arbeidsverhouding, Spoedprocedure, Taaleis, Bewijslast, Intimidatie

Oordeel 2004-171
23 december 2004
Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat jegens verzoeker door het hanteren van een franchise ter hoogte van 10/7e maal de AOW aan alleenstaanden.
1 Standaardprocedure
2 Burgerlijke staat, Alleenstaande, Pensioenen

Oordeel 2004-172
23 december 2004
Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat jegens verzoeker door het hanteren van een franchise ter hoogte van 10/7e maal de AOW aan alleenstaanden.
1 Standaardprocedure
2 Burgerlijke staat, Alleenstaande, Pensioenen

Oordeel 2004-173
23 december 2004
Reservering functie voor een vrouw is geen toelaatbaar voorkeursbeleid. Bij aanbieden van vacature in strijd met wet gehandeld.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Personeelsadvertentie, Voorkeursbeleid: vrouwen

Oordeel 2004-174
24 december 2004
Verplichte beschikbare premieregeling, waarbij de werknemersbijdrage 40% van de gestaffelde premie bedraagt in strijd met de WGB l. Vrijwillige aanvullende beschikbare premieregeling, waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de beschikbare premie uit de basisregeling aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel niet in strijd met de WGB l.
1 Standaardprocedure
2 Arbeidsvoorwaarden, Beloning, Objectieve rechtvaardiging, Pensioenen, Verzekeringen, Leeftijd

Oordeel 2004-175
28 december 2004
Onderscheid op grond van geslacht door verzoeker geen Vierdaagsekruis toe te kennen.
1 Vereenvoudigde procedure
2 Geslacht, Aanbieden van goederen en diensten, Geslachtbepaaldheid, Ontvankelijkheid, Vereenvoudigde procedure

Oordeel 2004-176
27 december 2004
Geen onderscheid tussen mannen en vrouwen door verzoeker niet langer in te lenen.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Bedrijfsleven, Beëindiging van arbeidsverhouding

Oordeel 2004-177
28 december 2004
Onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen gelijke beloningsmaatstaven.
1 Standaardprocedure
2 Geslacht, Arbeidsvoorwaarden, Bedrijfsleven, Beloning, Functiewaardering

Oordeel 2004-178
30 december 2004
Onderscheid op grond van leeftijd bij de sollicitatie en de afwijzing voor een functie.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Leeftijd

Oordeel 2004-179
30 december 2004
Bemiddelingsbureau maakt onderscheid op grond van leeftijd door zich te conformeren aan de afwijzingsreden van de opdrachtgever.
1 Standaardprocedure
2 Aangaan arbeidsverhouding, Arbeidsbemiddeling, Leeftijd

Artikelenregister

ALGEMENE WET GELIJKE BEHANDELING

artikel 2 lid 1
2004-143

artikel 2 lid 2
2004-6, 2004-40, 2004-175

artikel 2 lid 3
2004-6

artikel 2 lid 5
2004-134

artikel 5
2004-3, 2004-10, 2004-11, 2004-20, 2004-23, 2004-24, 2004-43, 2004-74, 2004-78, 2004-79, 2004-82, 2004-92, 2004-97, 2004-104, 2004-113, 2004-114

artikel 5 lid 1
2004-3, 2004-4, 2004-8, 2004-11, 2004-23, 2004-24, 2004-29, 2004-36, 2004-48, 2004-49, 2004-77, 2004-80, 2004-85, 2004-87, 2004-88, 2004-93, 2004-113, 2004-114, 2004-119, 2004-125, 2004-126, 2004-131, 2004-132, 2004-133, 2004-136, 2004-137, 2004-138, 2004-143, 2004-152, 2004-153, 2004-155, 2004-171, 2004-172

artikel 5 lid 2
2004-138, 2004-160

artikel 6
2004-70, 2004-92, 2004-104

artikel 7
2004-7, 2004-22, 2004-37, 2004-38, 2004-40, 2004-61, 2004-62, 2004-92, 2004-110, 2004-128, 2004-134, 2004-148, 2004-149

artikel 7 lid 1
2004-6, 2004-12, 2004-13, 2004-15, 2004-19, 2004-22, 2004-37, 2004-38, 2004-40, 2004-41, 2004-44, 2004-45, 2004-56, 2004-57, 2004-60, 2004-68, 2004-70, 2004-72, 2004-73, 2004-75, 2004-89, 2004-91, 2004-95, 2004-112, 2004-116, 2004-120, 2004-121, 2004-129, 2004-138, 2004-175

artikel 7 lid 2
2004-138

artikel 8
2004-42

artikel 8 lid 1
2004-42

artikel 9
2004-175

artikel 10
2004-87, 2004-114, 2004-160

artikel 12 lid 2
2004-6, 2004-42, 2004-129, 2004-138, 2004-175

BESLUIT GELIJKE BEHANDELING

artikel 1 Besluit gelijke behandeling
2004-6, 2004-40, 2004-73, 2004-75, 2004-175

artikel 2 Besluit gelijke behandeling
2004-40

BURGERLIJK WETBOEK

artikel 7:646
2004-1, 2004-2, 2004-42, 2004-63, 2004-105, 2004-106, 2004-113, 2004-114, 2004-115, 2004-124, 2004-135, 2004-159, 2004-169

artikel 7:646 lid 1
2004-1, 2004-2, 2004-4, 2004-5, 2004-25, 2004-26, 2004-27, 2004-28, 2004-30, 2004-31, 2004-32, 2004-33, 2004-34, 2004-35, 2004-39, 2004-71, 2004-84, 2004-86, 2004-96, 2004-98, 2004-100, 2004-105, 2004-106, 2004-111, 2004-147, 2004-154, 2004-162, 2004-163

artikel 7:646 lid 5
2004-86, 2004-100, 2004-111

artikel 7:646 lid 6
2004-111

artikel 7:646 lid 8
2004-26, 2004-71, 2004-86, 2004-105, 2004-106, 2004-114, 2004-147

artikel 7:648
2004-25, 2004-54, 2004-115, 2004-151, 2004-167

artikel 7:648 lid 1
2004-9, 2004-18, 2004-58, 2004-69, 2004-111, 2004-117, 2004-162

artikel 7:649
2004-14, 2004-16, 2004-17, 2004-63, 2004-64, 2004-65, 2004-74, 2004-76, 2004-157

artikel 7:649 lid 1
2004-65, 2004-74, 2004-76, 2004-81, 2004-127

WET GELIJKE BEHANDELING HANDICAP OF CHRONISCHE ZIEKTE

artikel 1
2004-50

artikel 2
2004-21, 2004-59, 2004-140

artikel 3 lid 1
2004-67, 2004-107

artikel 4
2004-21, 2004-67, 2004-83, 2004-90, 2004-107, 2004-108, 2004-109, 2004-139, 2004-145, 2004-146, 2004-157, 2004-161, 2004-166

artikel 6
2004-55, 2004-59, 2004-94, 2004-140

WET GELIJKE BEHANDELING LEEFTIJD BIJ DE ARBEID

artikel 3
2004-46, 2004-51, 2004-52, 2004-118, 2004-130, 2004-141, 2004-144, 2004-150, 2004-156

artikel 7 lid 1
2004-46, 2004-102, 2004-103, 2004-118, 2004-122, 2004-141, 2004-142, 2004-144, 2004-150, 2004-156

artikel 8 lid 2
2004-46, 2004-141

artikel 8 lid 3
2004-46, 2004-51, 2004-52, 2004-102, 2004-123, 2004-142

WET GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN

artikel 1a
2004-158

artikel 1a lid 1
2004-47, 2004-53

artikel 1b
2004-1, 2004-2

artikel 3
2004-173

artikel 3 lid 1
2004-53, 2004-99, 2004-173

artikel 3 lid 2
2004-173

artikel 3 lid 3
2004-173

artikel 6a
2004-53

artikel 7
2004-39, 2004-96, 2004-158, 2004-159

artikel 8
2004-39, 2004-96, 2004-159

artikel 9
2004-39, 2004-96, 2004-159

artikel 10
2004-39, 2004-96, 2004-159

artikel 12
2004-31, 2004-163

artikel 12b
2004-2, 2004-28, 2004-32, 2004-34, 2004-106

Overig

artikel III lid 1 WOA
2004-101

artikel 31 Besluit werkwijze CGB
2004-175

Trefwoordenregister

Aanbieden van goederen en diensten
2004-6, 2004-7, 2004-12, 2004-13, 2004-15, 2004-19, 2004-22, 2004-37, 2004-38, 2004-40, 2004-41, 2004-44, 2004-45, 2004-56, 2004-57, 2004-60, 2004-61, 2004-62, 2004-68, 2004-72, 2004-73, 2004-75, 2004-91, 2004-112, 2004-116, 2004-120, 2004-121, 2004-128, 2004-134, 2004-148, 2004-149, 2004-173, 2004-175

Aangaan arbeidsverhouding
2004-3, 2004-11, 2004-20, 2004-23, 2004-26, 2004-43, 2004-48, 2004-63, 2004-67, 2004-71, 2004-74, 2004-80, 2004-82, 2004-83, 2004-87, 2004-88, 2004-92, 2004-104, 2004-109, 2004-115, 2004-124, 2004-130, 2004-139, 2004-146, 2004-147, 2004-152, 2004-153, 2004-169

Alleenstaande
2004-61, 2004-171, 2004-172

Arbeidsbemiddeling
2004-20, 2004-99, 2004-125, 2004-137

Arbeidsduur
2004-162, 2004-167

Arbeidsvoorwaarden
2004-1, 2004-2, 2004-8, 2004-9, 2004-11, 2004-14, 2004-16, 2004-17, 2004-18, 2004-23, 2004-24, 2004-25, 2004-29, 2004-42, 2004-51, 2004-52, 2004-54, 2004-64, 2004-65, 2004-69, 2004-74, 2004-76, 2004-77, 2004-78, 2004-82, 2004-86, 2004-87, 2004-90, 2004-93, 2004-96, 2004-97, 2004-101, 2004-102, 2004-105, 2004-106, 2004-107, 2004-111, 2004-113, 2004-114, 2004-115, 2004-117, 2004-118, 2004-122, 2004-123, 2004-127, 2004-135, 2004-141, 2004-142, 2004-144, 2004-145, 2004-147, 2004-150, 2004-151, 2004-154, 2004-155, 2004-156, 2004-157, 2004-158, 2004-159, 2004-161, 2004-162, 2004-166, 2004-167

Bedrijfsleven
2004-4, 2004-5, 2004-11, 2004-30, 2004-33, 2004-91, 2004-96, 2004-111, 2004-139, 2004-143, 2004-144, 2004-147, 2004-154

Beëindiging van arbeidsverhouding
2004-11, 2004-23, 2004-24, 2004-25, 2004-43, 2004-49, 2004-58, 2004-77, 2004-79, 2004-82, 2004-98, 2004-108, 2004-113, 2004-114, 2004-119, 2004-126, 2004-155

Beloning
2004-4, 2004-5, 2004-39, 2004-42, 2004-47, 2004-51, 2004-52, 2004-54, 2004-63, 2004-76, 2004-78, 2004-84, 2004-85, 2004-96, 2004-97, 2004-135, 2004-145, 2004-157, 2004-159

Beroepsopleiding/beroepsonderwijs
2004-55, 2004-59, 2004-94, 2004-140

Bescherming van de vrouw
2004-40

Bevoegdheid Commissie (CGB)
2004-7, 2004-19, 2004-42, 2004-55, 2004-70, 2004-72, 2004-73, 2004-90, 2004-92, 2004-94, 2004-104, 2004-115, 2004-119, 2004-134, 2004-140, 2004-141, 2004-148, 2004-156

Burgerlijke staat
2004-171, 2004-172

CAO's
2004-1, 2004-2, 2004-71, 2004-85, 2004-130, 2004-161, 2004-162

Chronische ziekte
2004-67, 2004-145, 2004-166

Cultuur
2004-119

Deeltijdarbeid
2004-9, 2004-18, 2004-25, 2004-43, 2004-53, 2004-54, 2004-58, 2004-69, 2004-86, 2004-101, 2004-111, 2004-115, 2004-117, 2004-151, 2004-162, 2004-167

Dienstverlening
2004-15, 2004-18, 2004-24, 2004-25, 2004-38, 2004-86, 2004-169

Discriminatie op de werkvloer
2004-8, 2004-11, 2004-23, 2004-24, 2004-50, 2004-74, 2004-77, 2004-79, 2004-82, 2004-86, 2004-93, 2004-113, 2004-114, 2004-128, 2004-136, 2004-147, 2004-152, 2004-155

Doeltreffende aanpassing
2004-21, 2004-59, 2004-140, 2004-166

EG-recht
2004-58, 2004-70, 2004-154

Functiebenaming
2004-10, 2004-20, 2004-78, 2004-97, 2004-166

Functiewaardering
2004-4, 2004-5, 2004-39, 2004-47, 2004-78, 2004-84, 2004-85, 2004-96, 2004-97, 2004-159, 2004-166

Geslacht
2004-154, 2004-158, 2004-162, 2004-163, 2004-167, 2004-169, 2004-173, 2004-175

Geslachtbepaaldheid
2004-6, 2004-73, 2004-75, 2004-175

Gezondheidszorg
2004-72, 2004-73, 2004-84, 2004-85

Godsdienst
2004-160

Handicap
2004-21, 2004-50, 2004-55, 2004-67, 2004-90, 2004-94, 2004-107, 2004-108, 2004-109, 2004-139, 2004-140, 2004-146, 2004-166

Handicap of chronische ziekte
2004-157, 2004-161, 2004-166

Hoofddoek
2004-41, 2004-80, 2004-87, 2004-110, 2004-112, 2004-125, 2004-129, 2004-148, 2004-149, 2004-153

Horeca
2004-112, 2004-129

Industrie
2004-58, 2004-93, 2004-125

Islam
2004-8, 2004-80, 2004-87, 2004-120, 2004-125, 2004-148, 2004-149, 2004-153

Kledingvoorschriften
2004-41, 2004-89, 2004-95, 2004-110, 2004-112, 2004-129, 2004-148, 2004-149, 2004-153

Leeftijd
2004-141, 2004-156, 2004-163

Midden- en kleinbedrijf
2004-8, 2004-96, 2004-117, 2004-118

Objectieve rechtvaardiging
2004-1, 2004-2, 2004-9, 2004-14, 2004-15, 2004-16, 2004-17, 2004-22, 2004-27, 2004-30, 2004-31, 2004-32, 2004-33, 2004-34, 2004-35, 2004-36, 2004-51, 2004-52, 2004-54, 2004-63, 2004-64, 2004-65, 2004-74, 2004-76, 2004-88, 2004-95, 2004-102, 2004-103, 2004-110, 2004-111, 2004-117, 2004-118, 2004-122, 2004-123, 2004-131, 2004-132, 2004-137, 2004-142, 2004-143, 2004-144, 2004-149, 2004-153

Ondernemingsraden
2004-69, 2004-111, 2004-141

Onderwijs
2004-3, 2004-9, 2004-27, 2004-28, 2004-35, 2004-38, 2004-41, 2004-60, 2004-62, 2004-78, 2004-87, 2004-89, 2004-95, 2004-110, 2004-130, 2004-134, 2004-160, 2004-162

Ontvankelijkheid
2004-6, 2004-19, 2004-22, 2004-37, 2004-38, 2004-48, 2004-116, 2004-129, 2004-149, 2004-175

Openbare dienst
2004-23, 2004-34, 2004-36, 2004-53

Ouderschapsverlof
2004-25, 2004-115

Overheid
2004-23, 2004-47, 2004-53, 2004-70, 2004-101

Passende arbeid
2004-115, 2004-166

Pensioenen
2004-1, 2004-2, 2004-16, 2004-17, 2004-27, 2004-28, 2004-30, 2004-31, 2004-32, 2004-33, 2004-34, 2004-35, 2004-51, 2004-52, 2004-76, 2004-81, 2004-102, 2004-103, 2004-105, 2004-106, 2004-122, 2004-123, 2004-142, 2004-163, 2004-171, 2004-172

Pensioenfondsen
2004-2, 2004-28, 2004-31, 2004-32, 2004-34, 2004-102, 2004-103, 2004-105, 2004-106

Personeelsadvertentie
2004-10, 2004-20, 2004-137, 2004-173

Ras
2004-152, 2004-155

Reïntegratie
2004-107, 2004-109, 2004-166

Selectie
2004-3, 2004-10, 2004-20, 2004-36, 2004-104, 2004-125, 2004-137, 2004-153

Sollicitatie
2004-3, 2004-10, 2004-53, 2004-88, 2004-104, 2004-125, 2004-130, 2004-131, 2004-133, 2004-137, 2004-143, 2004-153, 2004-160

Spoedprocedure
2004-26, 2004-48, 2004-66, 2004-82, 2004-116

Taaleis
2004-3, 2004-22, 2004-74, 2004-80, 2004-88, 2004-131, 2004-132, 2004-133, 2004-137, 2004-143

Tijdelijke dienst
2004-1, 2004-2, 2004-16, 2004-17, 2004-26, 2004-65, 2004-71, 2004-74, 2004-76, 2004-81, 2004-127, 2004-141, 2004-147

Toegankelijkheid
2004-55

Uitzendarbeid
2004-88, 2004-131, 2004-132, 2004-133, 2004-137, 2004-155

Vereenvoudigde procedure
2004-7, 2004-20, 2004-65, 2004-80, 2004-163, 2004-175

Vervoer
2004-120

Verzekeringen
2004-37, 2004-40, 2004-44, 2004-45, 2004-90, 2004-101, 2004-102, 2004-103, 2004-122, 2004-123, 2004-142, 2004-144, 2004-169

Victimisatie
2004-42, 2004-155

Voorkeursbeleid: allochtonen
2004-36

Voorkeursbeleid: vrouwen
2004-6, 2004-10, 2004-36, 2004-40, 2004-173

Werving
2004-3

Werving & selectie
2004-3, 2004-10, 2004-20, 2004-36, 2004-53, 2004-99, 2004-100, 2004-125, 2004-131, 2004-132, 2004-133, 2004-137, 2004-146, 2004-160

Zakelijke dienstverlening
2004-24, 2004-72, 2004-73, 2004-90, 2004-116

Zorgsector
2004-42, 2004-77, 2004-86

Zwangerschap
2004-26, 2004-40, 2004-43, 2004-44, 2004-45, 2004-53, 2004-63, 2004-98, 2004-99, 2004-100, 2004-115, 2004-124, 2004-167, 2004-169

Zwangerschapsverlof
2004-43, 2004-115, 2004-124, 2004-167

Overzicht auteurs

HOOFDREDACTEUR

- dr. S.D. Burri, docent-onderzoeker, sectie Gender en recht, Universiteit Utrecht

REDACTIELEDEN

- mr. E. Cremers-Hartman, zelfstandig onderzoeker en publicist op het gebied van het arbeidsrecht
- mr. M.J.J. Dankbaar, onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht, Radboud Universiteit Nijmegen
- mr. M. Kroes, beleidsmedewerker non-discriminatie CG-Raad
- mr. P.R. Rodrigues, hoofd van de afdeling Onderzoek en Documentatie bij de Anne Frank Stichting te Amsterdam
- 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
- mr. C. Waaldijk, universitair hoofddocent, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek, Universiteit Leiden
- mr. D.J.B. de Wolff, advocaat en procureur te Utrecht en lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
- dr. C.M. Zoethout, universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam

GASTAUTEURS

- mr. M.J. Strijkers, beleidsmedewerker Meldpunt Discriminatie Amsterdam
- dr. R.C. Tobler, LL.M., docent Europees recht, universiteiten Basel (Zwitserland) en Leiden
- mr. dr. A.G. Veldman, universitair hoofddocent arbeids- en socialezekerheidsrecht aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht